

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

L. DEMEYERE, Voorlopige en bewarende maatregelen (art. 24 EEX) na het arrest Van Uden en het arrest Mietz 1353
D. CUYPERS en A. OVERBEEKE, Vastheid van betrekking in het vrij gesubsidieerd onderwijs 1363

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Strafverordering** – Verjaringstermijn – Schorsing
 Arbitragehof 19 januari 2000 1369
Eredienst – Interne organisatie – Niet-inmenging van de Staat – Recht van verdediging
 Cass. 3 juni 1999 (*met noot*) 1372
Douane en accijnzen – Onderzoek – Ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie – Visitatierecht – Bijstand aan de ambtenaren van douane en accijnzen – Eigen bevoegdheden van de ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie
 Cass. 8 juni 1999 (*met noot van H. Vanderlinden, «De bijzondere belastinginspectie, van alle markten thuis»*) 1372
Burgerlijke rechtspleging – Wraking – Wrakingsgronden – Schending art. 6 E.V.R.M.
 Cass. 4 februari 2000 1374
Onderwijs – 1. Vrij gesubsidieerd onderwijs – Rechtspositiedecreet – Gerechtelijke ontbinding uitgesloten – Geen ontslag mogelijk bij wijze van tuchtmaatregel – Geen eenzijdige beëindiging wegens volgehouden onverenigbaarheden – Geen gedwongen reïntegratie mogelijk – 2. Vrijheid van onderwijs – Inhoud – Actieve en passieve onderwijsvrijheid
 Arbh. Antwerpen, Afd. Hasselt 25 oktober 1999 (*met noot*) 1374
Hypotheek – Hypothecaire volmacht – Omzetting – Geen voorafgaande verwittiging van de schuldeiser – Toetsing aan het verbod van rechtsmisbruik
 Kh. Brussel 9 november 1999 1379

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – 1. Begrip – Verlies van contractueel voordeel – 2. Schadebeperking – Geen algemene verplichting – Vereiste van afwezigheid van schuldig verzuim – Een beroep doen op de verzekeraar eigen schade – 3. Voertuigschade – Minderwaarde na herstelling – Criteria voor begroting van de schade
 Pol. Gent 26 november 1998 1380

Boeken

B. Tilleman, Ontbinding van vennootschappen (*door Ph. Ernst*) 1381
 J. Van Compernelle en G. Tarzia (red.), Les mesures provisoires en droit belge, français et italien (*door J. Laenens*) 1383
 J. Velu, Considérations sur les rapports entre les enquêtes parlementaires et les droits de l'homme (*door A. De Nauw*) 1383

Erratum

De nieuwe voetbalwet: het openbaar ministerie getackeld 1384

Mededelingen

Vacatures assistente mandaten departement Rechten UIA 1384
 Zomercursussen Amsterdam Law School 1384
 Gespecialiseerde opleiding: Ondernemingsrecht 1384
 Gespecialiseerde studie: Fiscaal Recht 1384
 Vervolmakingscyclus: Ontwikkelingen van de Sociale Zekerheid 1995-2000 1384

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
M. Gelders
P. Humblet
W. Lambrechts
R. Leysen
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
H. Vanhees
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Advocatenkantoor Ghysels, Flamey & Partners

te Brussel zoekt voltijds

twee medewerkers en/of stagiairs

met belangstelling voor het administratief recht in het algemeen, milieurecht, ruimtelijke ordening en stedenbouw, overheidsopdrachten en onteigening in het bijzonder, voor medewerkers strekt een balie-ervaring van twee jaar tot aanbeveling, interesse voor wetenschappelijk werk en juridische publicaties is vereist

Curriculum vitae sturen naar
Ghysels, Flamey & Partners
Aarlenstraat 25 te 1050 Brussel
tel. 02/230.37.57 - fax 02/230.55.15

MARX VAN RANST VERMEERSCH & PARTNERS

Advocatenkantoor in Brussel

Voor uitbreiding van onze praktijkgroepen

- arbeidsrecht
- intellectueel eigendomsrecht
- vennootschapsrecht en fiscaliteit

zoeken wij kandidaten met het volgende profiel:

- twee tot vier jaar / meer dan vier jaar ervaring als advocaat
- interesse voor dossiers met een internationaal karakter
- goede kennis van het Nederlands, Frans en Engels (of Duits)
- passie om een zaak op creatieve en grondige wijze te behandelen en op te lossen.

Schrijf of bel ons:

Marx Van Ranst Vermeersch & Partners
ter attentie van Nicole Van Ranst
Tweekerkenstraat 37 - 1000 Brussel
Tel.: 02/285.01.00 - Fax: 02/230.33.39
Nicole.Van.Ranst@mvvp-law.be

VOORLOPIGE EN BEWARENDE MAATREGELLEN (ART. 24 EEX) NA HET ARREST VAN UDEN EN HET ARREST MIETZ

I. INLEIDING

De snelheid waarmee transacties in het internationale rechtsverkeer totstandkomen, wordt nog het best geïllustreerd met de titel van het jongste boek van Bill Gates «Zaken doen met de snelheid van de gedachte».¹

Deze ontwikkeling confronteert de schuldeiser in het internationale rechtsverkeer met de uitdaging effectief genoegdoening te verkrijgen voor de gerechtvaardigde aanspraken tegen zijn schuldenaar.

De vaststelling dat het doen gelden van aanspraken in een procedure ten gronde kan worden voorafgegaan door, of al dan niet gecombineerd kan worden met voorlopige of bewarende maatregelen, bracht zowel de nationale wetgevers als de internationale verdragsteksten ertoe aandacht te hebben voor deze duale aanpak inzake procesvoering. In hetgeen hierna volgt worden voorlopige maatregelen en bewarende maatregelen zowel afzonderlijk als cumulatief bedoeld.

De bevoegdheid van de rechterlijke macht is een materie die bij uitstek tot het imperium van de nationale wetgever behoort. Deze bepaalt welke bevoegdheid de nationale rechter heeft ten aanzien van eigen onderdanen en niet-onderdanen en welke vorderingsrechten aan eigen onderdanen en niet-onderdanen tegenover eigen onderdanen en/of niet-onderdanen toekomen (zie art. 15 B.W., art. 570 Ger. W., art. 635 (meer bepaald 635, 5°), 636, 637, 638 Ger. W.). Aan de nationale rechter kan ook op grond van internationale verdragen een internationale rechtsmacht worden toegekend,² en ongetwijfeld zijn het de multilaterale internationale verdragen die voor de praktijk het belangrijkste zijn, met name het EEX-verdrag en het EVEX-verdrag.³

Benevens deze multilaterale verdragen zijn er ook de bilaterale verdragen,⁴ en omdat huidige bijdrage zich richt naar de voorlopige en bewarende maatregelen, kan nog even melding worden gemaakt van art. 9 van het Belgisch-Franse

verdrag van 8 juli 1899⁵ en art. 8 van het Belgisch-Nederlandse verdrag van 28 maart 1925.⁶

Deze beide bilaterale verdragen behouden hun werking voor die aangelegenheden welke niet onder het toepassingsgebied van het EEX- en EVEX-verdrag vallen. Inzake voorlopige maatregelen hebben zij bijgevolg enkel nog een beperkte betekenis. Huidige bijdrage zal zich in hoofdzaak toespitsen op art. 24 EEX-verdrag, dat identiek is aan art. 24 EVEX-verdrag en ongewijzigd is gebleven sedert de eerste versie van het EEX-verdrag van 27 september 1968.

Bij het bepalen van de bevoegdheid van de aangezochte rechter zal vanzelfsprekend de hiërarchie der rechtsnormen dienen te worden in acht genomen.

II. ART. 24 EEX- EN EVEX-VERDRAG

Art. 24 EEX- en EVEX-verdrag bepaalt dat de in de wetgeving van een verdragsluitende staat bepaalde voorlopige of bewarende maatregelen bij de rechterlijke autoriteiten van die staat kunnen worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere verdragsluitende staat krachtens dit verdrag bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.⁷

Dit artikel erkent het onderscheid tussen bodemgeschil enerzijds en voorlopige en bewarende maatregelen anderzijds in de context van internationale bevoegdheidsregels. Voorts erkent het dat de rechtsmacht die de voorlopige en bewarende maatregelen kan uitspreken, tot een andere verdragsluitende Staat kan behoren dan de rechtsmacht die bevoegd is om zich over de procedure ten gronde uit te spreken. Ten slotte verwijst het voor de aard van de voorlopige en bewarende maatregelen naar de maatregelen die in de staat van de daartoe aangezochte rechter kunnen worden bevolen.

Het Hof van Justitie heeft zich reeds in een aantal gevallen over de draagwijdte en de toepassingsmodaliteiten van deze bepaling kunnen uitspreken, en de arresten Van Uden⁸ en Mietz⁹ hebben nog belangrijke preciseringen ge-

¹ Amsterdam, 1999.

² N. JANSSENS, «De internationale rechtsmacht van de voorzitter in kort geding», *Proces en Bewijs*, 1993, 197 e.v.

³ B. DE GROOTE, «Verdragen van San Sebastian en Lugano in werking in België: het internationaal procesrecht grondig gerevisieerd», *T.P.R.*, 1997, 1937 e.v.; B. DE GROOTE, «Nieuwigheden in het Belgisch Internationaal Procesrecht - Een toelichting bij de gevolgen van de inwerkingtreding van de verdragen van San Sebastian en Lugano voor de rechtspraak», *R.W.*, 1998-99, 169 e.v.

⁴ J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, in *Gandius Monografiën*, nr. 1, Antwerpen, 1997, 935 p.

⁵ Verdrag tussen België en Frankrijk van 8 juli 1899 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de uitvoering van de rechterlijke uitspraken, van de scheidsrechterlijke uitspraken en rechtsgeldige akten, *B.S.*, 31 juli 1900.

⁶ Verdrag tussen België en Nederland van 28 maart 1928 betreffende de territoriale bevoegdheid, het faillissement, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, *B.S.*, 27 juli 1929.

⁷ In de navolgende tekst zal niet telkens expliciet melding gemaakt worden van «en EVEX-verdrag».

⁸ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2; *T.B.H.*, 1999 (weergave H. VAN HOUTTE), 134.

bracht aan de wijze waarop de nationale rechter art. 24 EEX-verdrag dient toe te passen.

De Belgische rechtspraak beleeft reeds enkele decennia een toegenomen belangstelling voor het kort geding¹⁰ en het beslagrecht is van oudsher een gezocht en efficiënt middel om aanspraken veilig te stellen.¹¹ Voor de voorwaarden, de aard en draagwijdte van deze maatregelen wordt verwezen naar de rechtsleer en de rechtspraak terzake. Het zou ons immers te ver leiden een overzicht te verstrekken van de aard en het voorwerp van de maatregelen die kunnen worden gevorderd.

Art. 24 EEX- en EVEX-verdrag verleent aan de Belgische rechter, net zoals aan zijn collega's in de andere verdragstaten, een internationale rechtsmacht die door de procespartijen geschikt kan worden aangewend om in een conflict situatie hun aanspraken tegen een buitenlandse tegenstrever te vrijwaren. Aldus ontstaat een «*cross border litigation*» waarbij, in vergelijking met een louter nationale procedure, door de rechtspracticus heel wat bijkomende aspecten in rekening te brengen zijn.

Aldus kan het zijn dat een Belgische procespartij zich gebonden weet door een bevoegdheidsclausule die territoriale bevoegdheid ten gronde toekent aan een buitenlandse rechtbank, wat in vergelijking met een bevoegdheidsclausule ten gronde voor een Belgische rechtbank supplementaire kosten en onzekerheden zal veroorzaken. Voor de Belgische procespartij rijst dan ook de vraag of zij, door een beroep te doen op een Belgische rechter teneinde voorlopige of bewarende maatregelen uit te lokken, in afwachting van een uitspraak ten gronde, bepaalde rechten zal kunnen vrijwaren. De buitenlandse procespartij die gebonden is door een bevoegdheidsclausule ten gronde die bevoegdheid toekent aan de Belgische rechtbanken zal zich dezelfde vraag stellen. Vandaar dat de vuistregel «*Jura vigilantibus*» hier ten volle speelt. Bovendien is de aard van de maatregelen die de eiser in de ene jurisdictie in vergelijking met de andere kan verkrijgen, vaak erg verschillend, waardoor het verrassings-effect toeneemt.¹²

De mogelijkheden geboden door, bijvoorbeeld, de «*référé-provision*» om bij wege van voorlopige maatregel toegekend

door de nationale rechter van de eiser, «aan zijn geld te raken»,¹³ ongeacht de bevoegdheid ten gronde, houdt vanzelfsprekend de mogelijkheid in om de verdragsrechtelijke en contractuele bepalingen inzake bevoegdheid ten gronde buitenspel te zetten. Deze vaststelling klemmt des te meer indien op eenzijdig verzoekschrift maatregelen kunnen worden verkregen. In octrooi-aangelegenheden werpt de internationale rechtsmacht specifieke vragen op.¹⁴ Het Hof van Cassatie wees onlangs nog een belangwekkend arrest inzake octrooirechten en beslag inzake namaak, dat hierna zal worden besproken.¹⁵ Tevens kan zich de hypothese voordoen dat een kortgedingrechter wordt verzocht om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen. Vragen gesteld door de kortgedingrechter werden ontvankelijk verklaard door het Hof van Justitie, en het is raadzaam dat de kortgedingrechter, in afwachting van het antwoord op de prejudiciële vraag, in dezelfde beschikking waarin de prejudiciële vraag wordt gesteld, voorlopig de toestand van partijen organiseert.¹⁶

De vraag is dan ook onder welke voorwaarden dergelijke maatregelen verenigbaar zijn met de bepalingen van het EEX-verdrag en EVEX-verdrag.¹⁷ Hierna volgt een overzicht van de casussen die het Hof van Justitie¹⁸ in staat stelden de draagwijdte van dit art. 24 te preciseren.

III. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN HET EEX-VERDRAG EN EVEX-VERDRAG

Art. 1 EEX-verdrag en EVEX-verdrag bepalen dat het wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, en sluit van het toepassingsgebied uit: fiscale zaken, zaken van douane en administratiefrechtelijke zaken. Bovendien worden van het toepassingsgebied uitgesloten: 1° de staat en de bevoegdheid van de natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen; 2° het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures; 3° de sociale zekerheid; 4° arbitrage.

¹³ J. NORMAND, «Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé», *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 177 e.v.

¹⁴ A. PUTS, «L'intervention du Juge des référés par une interdiction 'cross border' en matière de contrefaçon internationale de brevets», *Ing. Cons.*, 1998, 120 e.v., met verwijzingen aldaar en bijzondere aandacht voor art. 6 EEX-verdrag.

¹⁵ Cass., 3 september 1999, *T.B.H.*, 2000, 128 met noot M. PARTIGAS SENDER, «Litiges internationaux en matière de droit de la propriété intellectuelle: une saisie-contrefaçon extra-territoriale?», *R.W.*, 1999-2000, 877.

¹⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, «Le juge du provisoire et les questions préjudicielles», en J. NORMAND, «Le juge du provisoire et les questions préjudicielles», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, 1998, 187 e.v. en 225 e.v.

¹⁷ H. BOURLABAH, «Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano», *T.B.H.*, 1999, 604 e.v.

¹⁸ Zie Protocol 3 juni 1971 betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het EEX (B.S., 6 augustus 1975, *P.B.* C189, 1990), als later gewijzigd; inzake het EVEX: Protocol nr. 2, 16 september 1988 betreffende de eenheid in uitlegging van het Verdrag, opge maakt te Lugano (B.S., 8 januari 1998); op dit ogenblik zijn het enkel nog IJsland, Noorwegen en Zwitserland die geen lid zijn van de Europese Unie en partij tot het EVEX.

⁹ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, R.W., 1999-2000, 407 (weergave I. COUWENBERG).

¹⁰ E. KRINGS, «Het kort geding naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1991, 1059-1082; J. VAN COMPERNOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de Jurisprudence (1985-1998). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1999, 150-186; 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, 257-283; D. LINDEMANS, *Kort Geding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 358 p.; E. KRINGS, «La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Parijs, Dalloz, 1996, 205-220; J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Etude de droit comparé*, Brussel, 1998.

¹¹ K. BROECKX, «Recente ontwikkelingen in het beslagrecht», in *Gandius actueel III*, Antwerpen, Story-Scientia, 1998, 1-24; E. DIRIX en K. BROECKX, «Overzicht van rechtspraak (1991-1996). Beslagrecht», *T.P.R.*, 1996, 1391-1552; X., *Het nieuwe beslagrecht*, Brussel, 1993, 187 p.; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, 1992, 454 p.

¹² Bijvoorbeeld: «Negative declarations - a global review», *International Commercial Litigation*, June 1998, 37 e.v.

Inzake de artikelen 1 en 24 EEX-verdrag verstrekke het Hof preciseringen met betrekking tot de relaties tussen echtgenoten en arbitrage.

A. Relaties tussen echtgenoten - Aard der maatregelen - Hoofdvorderingen en accessoire vorderingen

In het arrest *De Cavel*¹⁹ oordeelde het Hof dat het verdrag rehtens geen grondslag biedt om, wat zijn materieel toepassingsgebied betreft, tussen voorlopige en definitieve maatregelen te onderscheiden.²⁰ Met toepassing van dit beginsel stelde het Hof dat de vraag of het verdrag kan worden toegepast op conservatoire maatregelen als verzegeling en beslaglegging, niet door de aard van de maatregelen wordt bepaald, maar door de aard van de rechten die door die maatregelen worden bewaard.²¹

In *casu* betrof het geschil bewarende maatregelen - beslag en verzegeling -, op goederen van de echtgenoten tijdens een echtscheidingsprocedure. Het Hof maakte met betrekking tot de goederen van de echtgenoten tijdens een echtscheidingsprocedure het onderscheid tussen: ²² 1) vragen betreffende de staat der personen; 2) de vermogensrechtelijke betrekkingen met de echtgenoten, welke rechtstreeks uit de huwelijksband - of uit het slaken van die band - voortvloeien, 3) vermogensrechtelijke relaties van de echtgenoten die met het huwelijk geen verband houden. Het Hof besliste dat geschillen die tot beide eerstgenoemde categorieën behoren niet onder het toepassingsgebied van het verdrag kunnen worden gebracht, in tegenstelling tot geschillen behorende tot de laatstgenoemde categorie, die er wel onder kunnen vallen.

Het Hof besloot ²³ dat *buiten* het toepassingsgebied van het verdrag vallen, rechterlijke beschikkingen waarbij tijdens een echtscheidingsprocedure verlof wordt verleend tot conservatoire maatregelen als verzegeling of beslaglegging op de goederen van de echtgenoten, wanneer zij betreffen - *c.q.* nauw samenhangen met - vragen aangaande de staat van de bij de echtscheidingsprocedure betrokken partijen dan wel de vermogensrechtelijke betrekkingen die rechtstreeks uit de huwelijksband of uit het slaken van die band, voortvloeien.

In de procedure tussen dezelfde echtelieden diende het Hof van Justitie zich nog in een tweede arrest ²⁴ uit te spreken over de vraag of vorderingen gebaseerd op onderhoudsverplichtingen tijdens of na de echtscheiding al dan niet onder het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen.

Het Hof oordeelde dat geen enkele bepaling van het executieverdrag, wat het toepassingsgebied hiervan betreft, het

lot van de accessoire vorderingen verbindt met dat van de hoofdvorderingen. Toepassingsgevallen van dit beginsel worden geleverd in art. 42, 24 en *Squatro* van het EEX-verdrag. Bovendien heeft art. 5, 2°, EEX-verdrag precies betrekking op onderhoudsverplichtingen, zodat onderhoudsverplichtingen zowel voor de duur van de echtscheiding als na de echtscheiding *onder* het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen. Er wordt aan herinnerd dat de voorlopige of definitieve aard van de rechterlijke beslissingen niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of zij binnen het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen.²⁵

De keerzijde van deze regel is dat art. 24 EEX-verdrag niet kan worden ingeroepen om voorlopige of bewarende maatregelen te verkrijgen met betrekking tot materies die van het toepassingsgebied van het EEX-verdrag zijn uitgesloten, zoals vastgesteld in het arrest van het Hof van 31 maart 1982.²⁶ In dit laatstgenoemde arrest beoogde de eiser een tussen echtgenoten opgesteld document te doen afgeven teneinde te voorkomen dat het als bewijs zou worden gebruikt in een geschil betreffende het beheer door de man van het vermogen van de vrouw. Een dergelijk geschil valt dus buiten het toepassingsgebied van het EEX-verdrag.

B. Het toepassingsgebied van het EEX- en EVEX-verdrag en arbitrage

Met betrekking tot de uitsluiting van de arbitrage uit het toepassingsgebied van het verdrag wordt in het naar aanleiding van het verdrag opgestelde deskundigenrapport ²⁷ verklaard: «art. 220 van het Verdrag van Rome noemt ook de arbitrale uitspraken». Deze stof is echter reeds in talrijke internationale overeenkomsten geregeld. Bovendien heeft de Raad van Europa een Europees verdrag opgesteld, houdende een eenvormige wet op het gebied van de arbitrage, waaraan waarschijnlijk nog een protocol zal worden gehecht. Meer dan in het Verdrag van New York beoogt dit protocol de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken te vergemakkelijken. Men heeft daarom gemeend dat het beter was de arbitrage uit te sluiten.²⁸

Bedoelde internationale overeenkomsten, met name het verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale uitspraken (New York, 10 juni 1958, *Recueil des traités des nations unies*, deel 333, blz 3) stellen echter regelen vast die niet door de arbiters zelf, maar door de rechterlijke instanties van de verdragsluitende staten moeten worden in acht genomen. Zij betreffen bijvoorbeeld de verwijzing van de partijen bij een geschil naar arbitrage of de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken. Hieruit volgt dat de verdragsluitende partijen, door arbitrage uit te sluiten van de toepassing van het ver-

¹⁹ H.v.J. 27 maart 1979 (*De Cavel/De Cavel*), nr. 143/78, *J.T.* 1979, 422; *Jur. H.v.J.* 1979, 1055.

²⁰ H.v.J. 27 maart 1979 (*De Cavel/De Cavel*), nr. C-143/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 1055, overweging 9.

²¹ H.v.J. 27 maart 1979 (*De Cavel/De Cavel*), nr. C-143/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 1055, overweging 9.

²² H.v.J. 27 maart 1979 (*De Cavel/De Cavel*), nr. C-143/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 1055, overweging 8.

²³ H.v.J. 27 maart 1979 (*De Cavel/De Cavel*), nr. C-143/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 1055, overweging 10.

²⁴ H.v.J. 6 maart 1980 (*De Cavel/De Cavel*), nr. 120/79, *Jur. H.v.J.* 1980, 731.

²⁵ Bijvoorbeeld: Antwerpen 30 september 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 354, met noot K. LAMBEIN.

²⁶ H.v.J. 31 maart 1982 (C.H.W./G.J.H.), nr. 25/81, *J.D.I. (Fr.)* 1982, 942, met noot HUET, A.; *P.B.C.* 1982, 106/2; *Jur. H.v.J.* 1982, 1189, met conclusie van advocaat-generaal S. NOZES.

²⁷ *P.B.* 1979, C 59, blz. 1.

²⁸ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95; *T.B.H.*, 1999 (weergave H. VAN HOUTTE), 134; *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2., overweging 32.

drag om reden dat die materie reeds in de internationale overeenkomst is geregeld, de arbitrage in zijn geheel hebben willen uitsluiten, met inbegrip van de voor de overheidsrechtshouders ingeleide procedures.

In het arrest *Marc Rich & Co AG*²⁹ betrof het geschil tussen partijen de benoeming van een arbiter en de prealabele vraag over het bestaan of de geldigheid van een arbitrageovereenkomst. *In casu* had de ene partij een dagvaarding uitgebracht voor de rechtbank te Genua (Italië), terwijl de andere partij te Londen een arbitrageprocedure had ingeleid en, bij weigering van de eerste partij om een arbiter aan te wijzen, een beroep had gedaan op de High Court of Justice te Londen om over te gaan tot aanwijzing van een arbiter.

Het Hof oordeelde dat, om te bepalen of het EEX-verdrag op een geding van toepassing is, men alleen dient te letten op het onderwerp van het geding. Valt dit wegens zijn onderwerp, bijvoorbeeld aanwijzing van een arbiter, buiten het toepassingsgebied van het verdrag, dan kan het bestaan van een prealabele vraag waarop de rechter een antwoord moet geven om het geding te kunnen beslissen, ongeacht de inhoud ervan, de toepassing van het EEX-verdrag niet rechtvaardigen.³⁰ Aldus is een zaak die betrekking heeft op de aanwijzing van een arbiter uitgesloten uit het toepassingsgebied van het EEX-verdrag, welke uitsluiting niet wordt beïnvloed door de prealabele vraag die betrekking heeft op het bestaan of de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.³¹ De partijen zijn bijgevolg aangewezen op hun nationale bevoegdheidsregels en op bilaterale verdragen, indien die voorhanden zijn.

Het arrest *Van Uden*³² heeft een voor de praktijk belangrijke precisering gebracht aan de uitsluiting van de arbitrage uit het toepassingsgebied van het verdrag.

Het Nederlandse *Van Uden Maritime BV* had met de Duitse *Kommanditgesellschaft Firma Deco-Line* een «slot/ space charter agreement» gesloten op grond waarvan *Deco-Line* charter-huur aan *Van Uden* diende te betalen volgens de tussen partijen overeengekomen tarieven. *Deco-Line* laat een deel van de facturen van *Van Uden* onbetaald en *Van Uden* begint conform de overeenkomst een arbitrage tegen *Deco-Line* in Nederland. *Van Uden* vindt dat *Deco-Line* draait met de benoeming van arbiters en dat het uitblijven van betaling op haar facturen een zware wissel trekt op haar liquiditeitspositie. Om deze reden start *Van Uden* een kortgedingprocedure waarin zij betaling vordert van onbetaalde facturen. Aldus werd in een geschil waarbij partijen een arbitrale overeenkomst hadden gesloten, in kort geding een veroordeling tot betaling van geldsommen gevorderd.

Bij het onderzoek van de gestelde vragen, in zover zij het toepassingsgebied van het EEX-verdrag inzake arbitrage be-

troffen, verwees het Hof naar het deskundigenrapport opgesteld bij de toetreding van Denemarken, Ierland en Groot-Brittannië tot het Executieverdrag (*PB* 1997, C 59, blz. 71, 92), waarin werd gepreciseerd dat het Executieverdrag niet van toepassing is op rechterlijke beslissingen waarin de geldigheid of ongeldigheid van een arbitrageovereenkomst wordt vastgesteld of waarbij de partijen wordt bevolen de arbitrageprocedure niet voort te zetten vanwege de ongeldigheid, en evenmin op procedures of beslissingen over verzoeken tot vernietiging, wijziging, erkenning en tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraken. Voorts vallen buiten de werkingssfeer van het EEX-verdrag, procedures die dienstig zijn aan de arbitrageprocedure, zoals die voor de benoeming of wakening van arbiters, voor de bepaling van de plaatsen van de arbitrage en voor de verlenging van de termijn voor de uitspraak.³³

Het Hof overwoog voorts dat evenwel dient te worden vastgesteld dat voorlopige maatregelen en beginselen niet strekken tot het voeren van een arbitrageprocedure maar parallel aan een dergelijke procedure worden genomen en een ondersteunende functie hebben. Ze hebben immers geen betrekking op arbitrage als zodanig, maar dienen ter bewaring van rechten van zeer onderscheiden aard. Of het executieverdrag erop kan worden toegepast, wordt dus niet bepaald door de aard van die maatregelen, maar door de aard van de rechten die erdoor worden bewaard.³⁴

Belangrijk is de vaststelling dat het Hof van Justitie aanvaardt dat er parallel aan de arbitrageprocedure ook voor de overheidsrechtbanken voorlopige en bewarende maatregelen kunnen worden gevorderd. Het Hof besluit dan ook dat, wanneer de gevorderde maatregelen, zoals in het hoofdgeding, betrekking hebben op een onderwerp dat tot de materiële werkingssfeer van het EEX-verdrag behoort, dit verdrag van toepassing is en de kortgedingrechter bevoegdheid kan ontlenen aan art. 24 EEX-verdrag, ook indien er reeds een bodemprocedure aanhangig is of kan worden gemaakt en ongeacht of deze procedure voor arbiters moet worden gevoerd.³⁵

Doorslaggevend is dan ook de vraag of zowel het hoofdgeding als de voorlopige maatregelen betrekking hebben op burgerlijke zaken en handelszaken in de zin van het EEX-verdrag.

Sedert de wet van 9 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende arbitrage kan het scheidsgerecht, onverminderd de toepassing van art. 1679, 2°, Ger. W., op verzoek van een partij voorlopige en bewarende maatregelen bevelen, met uitzondering van een bewarend beslag. Door de toepassing van art. 1679, 2°, Ger. W. onverminderd te handhaven, heeft de wetgever tot uiting gebracht dat partijen zich ook tot de rechter in kort geding kun-

²⁹ H.v.J. 25 juli 1991 (*Marc Rich/Società Italiana Impianti*), nr. C-190/89, *T. Not.* 1991, 451, met noot F. BOUCKAERT; *R.W.* 1991-92 (verkort), 237; *J.T.* 1992, 494, met noot M. EKELMANS; *N.I.P.R.* (Ned.) 1993, 218; *E.L. Rev.* 1991 (weergave T. HARTLEY), 529; *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3855.

³⁰ H.v.J. 25 juli 1991 (*Marc Rich/Società Italiana Impianti*), nr. C-190/89, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3855 e.v., overweging 26.

³¹ H.v.J. 25 juli 1991 (*Marc Rich/Società Italiana Impianti*), nr. C-190/89, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3855 e.v., overweging 29.

³² H.v.J. 17 november 1998 (*Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*), nr. C-391/95; *T.B.H.*, 1999 (weergave H. VAN HOUTTE), 134; *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2.

³³ H.v.J. 17 november 1998 (*Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*), nr. C-391/95; *T.B.H.*, 1999 (weergave H. VAN HOUTTE), 134; *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2., overweging 32.

³⁴ H.v.J. 26 maart 1992 (*Reichert & Kockler/Dresdner Bank*), nr. C-261/90, *R.W.* 1991-92, 1478; *N.I.P.R.* (Ned.) 1995, 456; *Jur. H.v.J.* 1992, I, 2149, overweging 32.

³⁵ H.v.J. 17 november 1998 (*Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*), nr. C-391/95; *T.B.H.*, 1999 (weergave H. VAN HOUTTE), 134; *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2., overweging 33.

nen wenden, en dit zelfs na de instelling van het scheidsrecht. Een uitzondering hierop is de hypothese waarin de partijen uitdrukkelijk contractueel hun beroep op de rechter in kort geding zouden hebben uitgesloten, maar zelfs in dat geval kan een partij zich nog steeds tot de rechter in kort geding wenden teneinde een feitelijke toestand te doen ophouden.³⁶

IV. OMSCHRIJVING DOOR HET HOF VAN JUSTITIE VAN VOORLOPIGE EN BEWARENDE MAATREGELEN

A. De rechtspraak van het Hof van Justitie

In de zaak Reichert³⁷ besliste het Hof van Justitie dat onder «voorlopige of bewarende maatregelen» in de zin van art. 24 EEX-verdrag moeten worden verstaan, de maatregelen die terzake van onderwerpen die binnen het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen, bedoeld zijn om een feitelijke of juridische situatie te handhaven ter bewaring van rechten waarvan de erkenning langs andere weg wordt gevraagd voor de rechter die van het bodemgeschied kennisneemt (cursivering toegevoegd). Zulks houdt volgens het Hof in dat een analyse van de in het hele systeem van art. 24 togedachte functie tot de conclusie leidt dat voor dergelijke maatregelen in een bijzondere regeling is voorzien met het oog op de bijzondere behoedzaamheid en de grondige kennis van de concrete omstandigheden die het toestaan van dergelijke maatregelen vereist, alsmede met het oog op de vaststelling van de voorwaarden die het voorlopige of bewarende karakter van die maatregelen moeten garanderen,³⁸ al naar gelang het geval, en met name gelet op de handelsgebruiken, moet de rechter zijn toestemming kunnen beperken in de tijd of, met het oog op de aard van de tegoeden of goederen die door de voorgenomen maatregelen worden genomen, bankgaranties kunnen eisen of een sekwester kunnen aanstellen en, in het algemeen, aan zijn toestemming alle voorwaarden kunnen verbinden die het voorlopige of bewarende karakter van de door hem bevolen maatregelen garanderen.³⁹

Aldus zal de rechter die de voorlopige of bewarende maatregelen dient uit te spreken, niet alleen bedachtzaam moeten tewerkgaan, maar eveneens de *volledige* omkeerbaarheid van de bevolen maatregelen moeten inbouwen. Met deze omschrijving heeft het Hof van Justitie een verdragsautonome interpretatie verstrekt, waarbij aan de rechter die

de maatregelen oplegt een ruime organisatorische bevoegdheid wordt gelaten.

Het Hof van Justitie preciseerde dit nog nader in het arrest Van Uden,⁴⁰ door te beslissen dat het toestaan van voorlopige of bewarende maatregelen krachtens art. 24 met name afhankelijk is van de voorwaarde dat er *een reële band bestaat tussen het voorwerp van de gevraagde maatregelen en de op territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de verdragsluitende staat van de aangezochte rechter* (cursivering toegevoegd). Wat onder een dergelijke *reële band* dient te worden verstaan, kan aanleiding geven tot uiteenlopende interpretaties (zie verder).

B. De verwijzing naar het nationale recht

De tekst van art. 24 EEX-verdrag verwijst naar de interne regelen, niet alleen wat de bevoegdheid van de kortgedingrechter betreft, maar ook wat betreft de mogelijkheid, de aard van de op te leggen maatregelen en de bijkomende voorwaarden. Zulks betekent dat alle maatregelen die internrechtelijk in de onderscheiden verdragsluitende staten kunnen worden opgelegd, ook internationaal uitwerking kunnen krijgen. De Belgische rechter in kort geding zal zijn internationale rechtsmacht ontleen aan art. 24 EEX-verdrag in samenhang met art. 584 en art. 1035 Ger.W. e.v. of art. 1280 Ger. W. Doordat in de onderscheiden jurisdicties afwijkende tendenzen bestaan inzake hetgeen in het raam van voorlopige en bewarende maatregelen kan worden gevorderd, houdt art. 24 EEX-verdrag de mogelijkheid tot forumhopping in, aan welke mogelijkheid het Hof van Justitie paal en perk heeft willen stellen, zoals hierna zal worden toegelicht.

Ook al verwijst art. 24 EEX-verdrag naar «in de wetgeving van een verdragsluitende staat voorziene voorlopige of bewarende maatregelen», wordt gepleit voor een verdragsautonome interpretatie van het concept van «voorlopige of bewarende maatregelen».⁴¹ Het Hof van Justitie is, zoals uit voorliggend onderzoek blijkt, duidelijk de weg van de verdragsautonome interpretatie ingeslagen.

Wat meer bepaald het Belgische recht betreft, geldt dat de voorzitter bij voorraad uitspraak doet in gevallen 'die hij spoedeisend acht' (art. 584 Ger.W.). De vraag is dan ook of in de gevallen waarin de internationale rechtsmacht gegrond is op art. 24 EEX-verdrag het vereiste van urgentie dient aanwezig te zijn. Art. 24 EEX-verdrag houdt geen dergelijk vereiste in, zodat de stelling kan worden verdedigd dat geen voorwaarde aan deze tekst mag worden toegevoegd. Nochtans houdt art. 24 EEX-verdrag zelf een verwijzing naar het nationale recht in. Het Belgische Hof van Cassatie⁴² beslis-

³⁶ L. DEMEYERE, «De wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage», *R.W.*, 1998-99, 867 en referenties aldaar.

³⁷ H.v.J. 26 maart 1992 (Reichert en Kockler/Dresdner Bank), nr. C-261/90, *R.W.*, 1991-92, 1478; *Jur. H.v.J.* 1992, I, 2149, 3; *N.I.P.R.* (Ned.) 1995, 456, overweging 34.

³⁸ H.v.J. 26 maart 1992 (Reichert en Kockler/Dresdner Bank), Nr. C-261/90, *Jur. H.v.J.* 1992, I, 2149, overweging 33; zie ook H.v.J. 21 mei 1980 (Denilauler/Couchet), nr. 125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, (1553), overwegingen 15 en 16, met conclusie van advocaat-generaal H. MAYRAS.

³⁹ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2, overweging 38; zie ook H.v.J. 21 mei 1980 (Denilauler/Couchet), nr. 125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, (1553), overweging 15.

⁴⁰ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2, overweging 40.

⁴¹ M. FALLON, «Le référé international en matière civile et commerciale», *Rev. Dr. ULB*, 1993, (43) 49; M. PERTEGAS SENDER, «Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen» in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (red.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 131-132; zie ook: N. WATTE en V. MARQUETTE, «La convention de Bruxelles et sa récente interprétation dans les matières commerciales», *T.B.H.*, 1996, 783 e.v.

⁴² Cass., 11 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, 1045; Cass., 11 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, 1050.

te dat het vereiste van urgentie te maken heeft met de volstrekte bevoegdheid van de voorzitter en dat, indien de voorzitter vaststelt dat er geen urgentie is, hij de vordering ongegrond verklaart en aldus zijn rechtsmacht uitput. Het vereiste van hoogdringendheid lijkt dan ook verband te houden met de gegrondheid van de vordering.⁴³ De vraag is evenwel of deze voorwaarde voor nationale bevoegdheid ook onverminderd kan worden gehandhaafd indien de rechter uitspraak doet op grond van een internationale bevoegdheid.

C. Art. 25 EEX-verdrag

Art. 25 EEX-verdrag definieert wat moet worden verstaan onder een beslissing die in aanmerking komt voor tenuitvoerlegging in het raam van het EEX-verdrag. Deze definitie heeft een zeer ruim toepassingsgebied, omdat de tenuitvoerlegging in een jurisdictie van een andere verdragsluitende staat kan worden gevorderd voor elke door een gerecht van een verdragsluitende staat gegeven beslissing, ongeacht de daaraan gegeven benaming, zoals arrest, vonnis, beschikking of rechterlijk dwangbevel, alsmede de vaststelling door de griffier van het bedrag van de proceskosten.

Zulks betekent dat het systeem van de tenuitvoerlegging, georganiseerd door het EEX- en EVEX-verdrag wordt opgesteld voor voorlopige en bewarende maatregelen genomen in een andere verdragsluitende Staat. Deze vaststelling verhoogt het belang uit te maken welke de territoriaal bevoegde rechter is om voorlopige en bewarende maatregelen op te leggen (zie verder). De rechtsprakticus zal zich ook de vraag dienen te stellen naar de efficiëntie van de in een bepaalde jurisdictie verkregen voorlopige of bewarende maatregelen, indien de uitvoerbaarverklaring ervan in een andere verdragstaat dient te worden verkregen.

V. BEVOEGDHEID VAN DE RECHTSMACHT TEN GRONDE TEGENOVER DE BEVOEGDHEID VOOR VOORLOPIGE EN BEWARENDE MAATREGELEN

In het arrest Van Uden stelde het Hof van Justitie als eerste regel dat de rechter die op grond van de artikelen 2 en 5 tot en met 18 EEX-verdrag bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen, ook bevoegd is de nodige voorlopige of bewarende maatregelen te nemen.⁴⁴ In het Belgisch gerechtelijk recht vinden we onder meer een toepassing van dit beginsel in art. 19, tweede lid, Ger. W. Aldus kan de eiser in voorlopige of bewarende maatregelen zich steeds wenden tot de rechter van de plaats die bevoegd is voor de beoordeling ten gronde van het geschil. Deze rechter zal dan ook voorlopige maatregelen met een uitsluitend extra-territoriale werking kunnen uitvaardigen.⁴⁵ In de praktijk zal het ongetwijfeld niet steeds onmiddellijk duidelijk zijn wel-

ke rechter bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.⁴⁶ Tevens geldt evenmin als voorwaarde voor het uitlokken van voorlopige of bewarende maatregelen, dat een procedure ten gronde reeds aanhangig zou zijn of, in sommige gevallen, zou worden gemaakt.

Als tweede regel stelde het Hof van Justitie⁴⁷ dat art. 24 EEX-verdrag, opgenomen in afdeling 9 van dit verdrag, een aanvullende bevoegdheidsregel bevat die geen deel uitmaakt van het stelsel van de artikelen 2 en 5 tot en met 18. Zulks houdt in dat, ook indien een gerecht niet bevoegd is om kennis te nemen van het bodemgeschil, het voorlopige of bewarende maatregelen kan bevelen, mits het maatregelen betreft die kunnen worden bevolen krachtens de wetgeving van de staat van de rechter bij wie de vordering wordt ingesteld.

Aldus verschaft art. 24 EEX-verdrag een autonome bevoegdheidsgrond voor de voorlopige en bewarende maatregelen, voor zover het voorwerp van het geding binnen de materiële werkingssfeer - burgerlijke en handelszaken - van het executieverdrag valt.

In het arrest Mietz⁴⁸ waren de feiten als volgt: Mietz, een Duitser wonende in Duitsland, had van het te Sneek in Nederland gevestigde Intership Yachting Sneek BV een boot gekocht. De heer Mietz had ter gelegenheid van de «Bootmesse» te Düsseldorf (Duitsland) Intership Yachting bezocht en stelde dat hij en Intership Yachting op alle punten van de bestelling van de - voor zijn persoonlijk gebruik bestemde - boot overeenstemming hadden bereikt, en dat een week later te Sneek het contract werd ondertekend. Dit koopcontract werd schriftelijk opgesteld te Sneek betreffende de aankoop van een boot Intership, type 1150G, waaraan een aantal wijzigingen moesten worden aangebracht. Als tegenprestatie moest Mietz een koopprijs van 250 000 DM betalen, verdeeld in vijf termijnen.

Op de overwegingen van dit arrest met betrekking tot de artikelen 13 en 14 EEX-verdrag inzake door consumenten gesloten overeenkomsten wordt in huidige bijdrage niet ingegaan.

Nadat Mietz niet de hele prijs had betaald, verkreeg Intership Yachting in het raam van een contradictoire kortgedingprocedure te Leeuwarden een veroordeling van Mietz tot betaling van 143 750 DM met rente, welke vonnis uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard. Intership Yachting vorderde uitvoerbaarverklaring van deze Nederlandse uitspraak in Duitsland.

In het concrete geval had het gerecht van herkomst niets gezegd over de grondslag van zijn bevoegdheid, en overwoog het Hof van Justitie dat het belang, te voorkomen dat de regels van EEX-verdrag worden omzeild, meebrengt dat de beslissing van de rechter aldus moet worden verstaan, dat hij zijn bevoegdheid tot het bevelen van voorlopige maatregelen op zijn nationale rechtsregels inzake het kort geding heeft gebaseerd en niet op een aan het executieverdrag ontleende bevoegdheid om van het bodemgeschil kennis te ne-

⁴³ M. PERTEGAS SENDER, «Mesures provisoires extra-territoriales et compétence internationale du juge belge», *T.B.H.*, 1997, 323 e.v.

⁴⁴ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditengesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20, (2), overweging 19.

⁴⁵ H. BOURLABAH, «Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano», *T.B.H.*, 1999, 605.

⁴⁶ Bijvoorbeeld: Bergen, 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1989, 198.

⁴⁷ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditengesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20, (2), overweging 20.

⁴⁸ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96.

men.⁴⁹ Het Hof stelde bijgevolg vast dat de rechter had nagelaten zijn internationale bevoegdheid te motiveren, zodat de door een Nederlandse rechter bevolen maatregel geen voorlopige maatregel was in de zin van art. 24 EEX-verdrag, en er bijgevolg ook geen uitvoerbaarheid kon worden aan verleend op grond van titel III van het EEX-verdrag.⁵⁰ Aldus zal de eiser in voorlopige of bewarende maatregelen de internationale rechtsmacht van de aangezochte rechter dienen te motiveren, onverminderd de hypothese dat de aangezochte rechtsmacht ook die is welke bevoegd is om over de grond van de zaak te oordelen.

Het Hof van Cassatie⁵¹ besliste dat art. 24 EEX-verdrag immers op evidente wijze de mogelijkheid biedt dat verdringen tot het nemen van bewarende maatregelen en verdringen over de zaak zelve voor rechters van twee of meer lidstaten worden gebracht. Belangwekkend is de vaststelling dat het Hof van Cassatie uitdrukkelijk de mogelijkheid van meer dan twee fora erkent.

In het arrest Van Uden preciseerde het Hof van Justitie nog dat het in art. 3 EEX-verdrag neergelegde verbod op exorbitante bevoegdheidsregels in te roepen, niet geldt voor de bijzondere regeling van art. 24 EEX-verdrag.⁵² Aldus wordt het autonome karakter van de internationale bevoegdheid van art. 24 EEX-verdrag nog beklemtoond.

Artikelen 21 en 22 EEX-verdrag (aanhangigheid en samenhang) kunnen niet met succes worden ingeroepen indien in de ene jurisdictie een bodemprocedure aanhangig is en in de andere jurisdictie een kortgedingprocedure, omdat laatstgenoemde zich per definitie niet over de grond mag uitspreken. De vraag is evenwel of de artikelen 21 en 22 EEX-verdrag wel toepassing zouden kunnen vinden indien twee kortgedingprocedures in onderscheiden jurisdicties aanhangig werden gemaakt.⁵³

VI. DE TERRITORIAAL BEVOEGDE RECHTER OM VOORLOPIGE EN BEWARENDE MAATREGELEN TE BEVELEN

Het feit dat art. 24 EEX-verdrag een autonome bevoegdheidsgrond oplevert, laat de vraag nog onbeantwoord welke rechter, wiens bevoegdheid uitsluitend is gebaseerd op art. 24 EEX-verdrag, territoriaal bevoegd is om voorlopige of bewarende maatregelen te bevelen. Concreet zouden immers meer dan één rechter in onderscheiden verdragsstaten van oordeel kunnen zijn dat zij op basis van deze autonome bevoegdheidsgrond territoriaal bevoegd zijn. Juist omdat art. 24 EEX-verdrag een autonome bevoegdheidsgrond oplevert, bestaat het risico dat de bevoegdheidsregels van

art. 2 en 5 tot en met 18 EEX-verdrag zouden worden omzeild, op welke becommernis het Hof van Justitie bij herhaling heeft gewezen.⁵⁴ De ruime omschrijving in art. 25 EEX-verdrag van de voor tenuitvoerlegging vatbare titels kan deze becommernis enkel ondersteunen.

In het arrest Denilauler⁵⁵ besliste het Hof van Justitie dat het ongetwijfeld de plaatselijke rechter is of, in ieder geval, de rechter van de verdragsluitende staat waarin zich de door de gevraagde maatregelen getroffen tegoeden bevinden, die het beste in staat is de omstandigheden te beoordelen op grond waarvan de gevraagde maatregelen moeten worden toegestaan of geweigerd, dan wel door wie de modaliteiten en voorwaarden moeten worden vastgesteld die de verzoeker in acht zal hebben te nemen om het voorlopige en bewarende karakter van de toegestane maatregelen te garanderen.

Het is zeer de vraag of de lokalisatie van tegoeden in alle hypothesen kan volstaan om de territoriaal bevoegde rechter voor voorlopige en bewarende maatregelen aan te wijzen. Aldus werd ook verdedigd dat de territoriaal bevoegde rechter in kort geding moet worden aangeduid via de plaats waar de voorlopige maatregel moet worden uitgevoerd, omdat deze rechter daarvoor het best is geplaatst.⁵⁶ De plaats waar voorlopige maatregelen moeten worden uitgevoerd, valt niet noodzakelijk samen met de plaats waar zich tegoeden van de verweerder bevinden. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan een expertiseopdracht met betrekking tot een machine geleverd en geplaatst in een jurisdictie buiten de jurisdictie van de fabrikant van de machine.⁵⁷ Ook een bevel tot getuigenverhoor hoeft niet noodzakelijk te geschieden in de jurisdictie waarin de verweerder tegoeden heeft. Tevens kunnen zowel maatregelen «*in rem*» als «*in personam*» worden bevolen.⁵⁸

In het arrest Van Uden werd daar de reeds vermelde reële band tussen het voorwerp van de gevraagde maatregelen en de op territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de verdragsluitende staat van de aangezochte rechter aan toegevoegd. De feitenrechter zal over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikken om uit te maken of aan het vereiste van 'reële band' is voldaan. Meer bepaald zal de feitenrechter de vraag moeten beantwoorden op welk tijdstip het

⁵⁴ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20, (2), overweging 46; H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, overweging 47.

⁵⁵ H.v.J. 21 mei 1980 (B. Denilauler/Couchet), nr. 125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, (1553), overweging 16.

⁵⁶ N. JANSSENS, «De Internationale Rechtsmacht van de voorzitter in kort geding», *Proces en Bewijs*, 1993, 199.

⁵⁷ Gent, 8 december 1994, *A.J.T.*, 1995-96, 151, met noot M. CLAEYS; Kh. Namen, 7 mei 1985, *T.B.H.*, 1987, 435, met noot N. WATÉ; in deze beide gevallen achtte de rechtbank zich *ratione loci* niet bevoegd tot benoeming van een deskundige; zie ook Vz. Kh. Hasselt, 20 september 1996, *T.B.H.*, 1997, 323, met noot M. PERTEGAS SENDER, (*in casu* werd niet vermeld waar de expertise zou moeten plaatshebben).

⁵⁸ Inzake de Mareva injunction als maatregel «*in personam*»: S. JACOBY, «Extraterritorial Mareva injunctions in a European context: a comparative approach (England, France and Germany)», *Ann. dr. Iur.* 1996, 245 e.v.; sedert de «Woolf reform», in werking getreden in april 1999, spreekt men in Engeland van «freezing order».

⁴⁹ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, overweging 55.

⁵⁰ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, overweging 56.

⁵¹ Cass., 3 september 1999, *T.B.H.*, 2000, 128 met noot M. PARTÉ-GAS SENDER, «Litiges internationaux en matière de droit de la propriété intellectuelle: une saisie-contrefaçon extra-territoriale?»; *R.W.*, 1999-2000, 877.

⁵² H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, overweging 42.

⁵³ Zie bijvoorbeeld: Pres. Rb. 's Gravenhage, 17 april 1997, *I.E.R.* (Ned), 1997, 116.

betrokken goed of de betrokken persoon zich binnen het territorium van zijn jurisdictie dient te bevinden.⁵⁹ Tevens zal moeten worden uitgemaakt of deze «reële band» eraan in de weg staat dat wordt gekeken naar de plaats waar de maatregelen effect moeten sorteren.⁶⁰

Het Hof van Cassatie⁶¹ stelde dat, terwijl octrooirechten slechts gelden binnen de staat die de octrooirechten verleent, maatregelen ter bewaring van recht die in zonderheid ertoe strekken de bewijsmogelijkheden te vrijwaren van de octrooihouder, niet onderworpen zijn aan dezelfde begrenzing. *In casu* was in België een beslag inzake namaak (art. 1481 Ger.W.) gelegd teneinde een octrooi-inbreuk vast te stellen op een niet-Belgisch octrooi. Onder verwijzing naar het arrest van Uden besliste het Hof van Cassatie in voormeld arrest dat de appelrechter die onderzoekt of naar het nationale recht een beslag inzake namaak kan worden toegestaan op in België gelegen goederen en documenten, art. 24 EEX-verdrag niet schendt. Aldus wordt België een aantrekkelijk forum om octrooi-inbreuken vast te stellen.

VII. ART. 24 EEX-VERDRAG EN HET CONTRADICTOIRE KARAKTER VAN DE GEVORDERDE MAATREGELEN

Art. 26 en 28 EEX-verdrag en EVEX-verdrag zijn gebaseerd op het principe dat de aangezochte rechter, mits voldaan is aan de vereiste voorwaarden, het exequatur aan de buitenlandse uitspraak zal verlenen, zonder de bevoegdheid van de oorspronkelijke rechter die de voorlopige en bewarende maatregelen heeft bevolen, te controleren.

In het arrest Denilauler⁶² had de voorzitter van een Franse rechtbank toelating verleend tot een bewarend beslag op de rekening van de debiteur bij een bank te Frankfurt/Main, en zulks op eenzijdig verzoek van de schuldeiser en zonder dat de debiteur was uitgenodigd om te verschijnen. De Franse beschikking was uitvoerbaar bij voorraad en de uitvoering ervan werd in Duitsland gevorderd.

Het Hof van Justitie overwoog dat de soepelheid van het verdrag ten aanzien van de tenuitvoerlegging precies haar rechtvaardiging vindt in de zekerheid dat in de staat van herkomst een contradictoire behandeling heeft plaatsgevonden of heeft kunnen plaatsvinden. Het Hof stelde vast dat procedures waarin het nemen van voorlopige en bewarende maatregelen wordt toegestaan, weliswaar in de rechtsordes van alle verdragsluitende staten bekend zijn en onder bepaalde omstandigheden kunnen worden geacht geen schending in te houden van de rechten van de verdediging. Het Hof merkte evenwel op dat de aangezochte rechter aan zijn toestemming alle voorwaarden moet verbinden die het voorlopig of bewarend karakter van de door hem bevoegde maat-

regelen garanderen, zoals het eisen van een bankgarantie of de aanstelling van een sekwester. Het Hof overwoog voorts dat de plaatselijke rechter of in ieder geval de rechter van de verdragsluitende staat waarin zich de door de gevraagde maatregelen getroffen goederen bevinden, het beste in staat is de omstandigheden te beoordelen op grond waarvan de gevraagde maatregelen moeten worden toegestaan of geweigerd, dan wel de modaliteiten en voorwaarden moeten worden vastgesteld die de verzoeker zal hebben in acht te nemen om het voorlopige en bewarende karakter van de toegestane maatregelen te garanderen. Het Hof vervolgde dat art. 24 EEX-verdrag niet uitsluit dat voorlopige of bewarende maatregelen die in de staat van herkomst in een - zij het bij verstek gevoerde - procedure op tegenspraak zijn bevolen, onder de in art. 25 tot en met 49 EEX-verdrag neergelegde voorwaarden kunnen worden erkend en ten uitvoer gelegd. Het Hof besloot evenwel dat de voorwaarden die titel III van het verdrag aan de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen verbindt, niet vervuld zijn in het geval van door een rechter bevolen of toegestane voorlopige of bewarende maatregelen, indien de partij tegen wie zij zijn gericht, niet is opgeroepen te verschijnen en zij moeten worden ten uitvoer gelegd zonder voorafgaande betekening aan die partij (cursivering toegevoegd). Dergelijke rechterlijke beslissingen komen niet in aanmerking voor de in titel III van het verdrag bepaalde vereenvoudigde tenuitvoerlegging.⁶³ Art. 24 EEX-verdrag verschaft bijgevolg geen internationale rechtsmacht indien het contradictoire karakter van de bevolen maatregelen niet is gevrijwaard.

VIII. ART. 24 EEX-VERDRAG EN DE 'RÉFÉRÉ-PROVISION'

De uiteenzetting van de feiten in Van Uden⁶⁴ en Mietz⁶⁵ toonde aan dat het in beide geschillen de uitvoerbaarverklaring van een door een Nederlandse rechter bevolen betaling in kort geding betrof. Ook de Franse rechtspraak, en in mindere mate de Belgische rechtspraak, is geneigd veroordelingen tot betaling in kort geding toe te kennen.⁶⁶

⁶³ H.v.J. 21 mei 1980 (Denilauler/Couchet), nr. 125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, 1553, met conclusie van advocaat-generaal H. MAYRAS; zie overwegingen 13 t.e.m. 17.

⁶⁴ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line), nr. C-391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20.2.

⁶⁵ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96.

⁶⁶ Zie voor België o.a. J. VAN DROOGHENBROECK, «Aspects actuels du référé-provision», in *Les procédures en référé*, Luik, Formation Permanente CUP, 1998, 7-36; J. ENGLEBERT, «Inédits de droit judiciaire-référé», *J.L.M.B.*, 1992, 508-530; G. BOURGEOIS, «Le référé-provision», *Rev.not.b.* 1987, 566-573; G. BOURGEOIS, «Le référé-provision of de provisie in kort geding», in X., *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 569-580; J. VAN DROOGHENBROECK, «Le référé-provision entre parties liées par une convention d'arbitrage», (noot onder Bergen 10 april 1996), *R.G.A.R.* 1998, nr. 12.952, W. DERUCKE, «Faillite, référé-provision, administration de fait et droits de la défense», (noot onder Brussel, 10 februari 1997), *Rev. prot. soc.*, 1997, 173-177; C. PARMENTIER, «Le référé-provision», (noot onder Kh. Luik, Kort ged., 23 juli 1991), *T.B.H.*, 1992, 278; R. BROEKMANS, «Voorstel tot hervorming van de procedure strekkende

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: Vz. Kh. Brussel, 27 april 1999, *T.B.H.*, 1999, 625, met noot H. BOURLABAÏ.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: Hoge Raad, 19 januari 1996, *N.I.P.R.* (Ned.), 1996 (verkort), 161; Hof Amsterdam, 10 september 1992; *N.I.P.R.* (Ned.), 1993 (verkort), 458.

⁶¹ Cass., 3 september 1999, *T.B.H.*, 2000, 128, met noot M. PARTIGAS SENDER, «Litiges internationaux en matière de droit de la propriété intellectuelle: une saisie-contrefaçon extra-territoriale?»; *R.W.*, 1999-2000, 877.

⁶² H.v.J. 21 mei 1980 (Denilauler/Couchet), nr. 125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, 1553, met conclusie van advocaat-generaal H. MAYRAS.

Het Hof van Justitie nam inzake de toelaatbaarheid van een veroordeling tot een geldsom in kort geding een erg genuanceerde houding aan. Het Hof overwoog dat niet bij voorbaat, in algemene en abstracte zin, kan worden uitgesloten dat betaling van een voorschot op een contractuele tegenprestatie, ook al is het bedrag ervan gelijk aan dat van de vordering in de hoofdzaak, noodzakelijk is om de werking van het arrest in de hoofdzaak te waarborgen en in voorkomend geval, gelet op de betrokken belangen, gerechtvaardigd voorkomt.⁶⁷ Het Hof heeft de «référé-provision» in zijn algemeenheid dus niet afgewezen. Nochtans gaf het Hof concrete richtlijnen mee aan de kortgedingrechter die, zich baserende op zijn internationale rechtsmacht, zou veroordelen tot een geldsom. Er zij opgemerkt dat deze richtlijnen als zodanig niet gelden indien de rechter aangezocht voor de veroordeling eveneens de rechter is die ten gronde bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. In deze hypothese geldt het nationale recht van deze rechter.

Wanneer zo'n identiteit van bevoegdheden (ten gronde/kort geding) evenwel niet gegeven is, zal de betaling van een voorschot op een contractuele tegenprestatie niet als een voorlopige maatregel in de zin van art. 24 EEX kunnen worden aangemerkt, tenzij is gegarandeerd dat het toegewezen bedrag aan de verweerder wordt terugbetaald indien de eiser in het bodemgeschil in het ongelijk mocht worden gesteld en de gevorderde maatregel slechts betrekking heeft op bepaalde vermogensbestanddelen van de verweerder die zich in de territoriale bevoegdheidssfeer van de aangezochte rechter (zullen) bevinden.⁶⁸ Een dergelijke formulering werd hernomen in het arrest Mietz.⁶⁹ M.b.t. de zaak Mietz kan er trouwens aan worden herinnerd dat het vonnis van de kortgedingrechter geen motivering bevatte waaruit zou blijken dat het gerecht van herkomst bevoegd was om van het bodemgeschil kennis te nemen. Het Hof oordeelde dan ook dat geen uitvoerbaarverklaring op grond van titel III van het EEX-verdrag kon worden verleend.

De rechter die bij wijze van voorlopige of bewarende maatregel veroordeelt tot betaling van een geldsom, dient bijgevolg deze veroordeling te koppelen aan modaliteiten die de volledige omkeerbaarheid ervan moeten vrijwaren. Aangezien de eiser in een «référé-provision» vaak zijn krappe financiële toestand zal moeten aantonen om betaling in kort geding te verantwoorden, is het zeer de vraag of hij aan de maatregelen die de omkeerbaarheid moeten garanderen, zal kunnen voldoen.

Tevens verwijst het Hof van Justitie, voor de internationale bevoegdheid op grond van art. 24 EEX-verdrag, naar de lokalisatie van de vermogensbestanddelen van de verweerder, zulks met de precisering dat deze vermogensbestanddelen zich in de territoriale bevoegdheidssfeer van de aangezochte rechter bevinden of zullen bevinden. De richt-

lijnen geformuleerd door het Hof van Justitie om via een *référé-provision* betaling voor de rechtsmacht van een andere verdragsluitende staat af te dwingen, vormen ongetwijfeld een inperking van de vrijheid om bij een kortgedingrechter in een min of meer willekeurige verdragsluitende staat een veroordeling tot betaling bij wege van voorlopige maatregel te verkrijgen. Anderzijds zal in ieder concreet geval moeten worden uitgemaakt of vermogensbestanddelen van de verweerder zich in de territoriale bevoegdheidssfeer van de aangezochte rechter bevinden of zullen bevinden, en, wat het «zullen bevinden» betreft, is er ongetwijfeld ruimte voor tegenstrijdige standpunten.

IX. ART. 24 EEX-VERDRAG EN DE ACTIO PAULIANA

In het arrest Reichert⁷⁰ stelde het Hof van Justitie vast dat de *actio pauliana* naar Frans recht (vergelijkbaar met die naar Belgisch recht) niet strekt tot veroordeling van de schuldenaar tot vergoeding van de schade die hij door zijn bedrieglijke handeling aan zijn schuldeiser heeft toegebracht, maar tot ongedaanmaking, ten opzichte van de schuldeiser, van de gevolgen van de door de schuldenaar verrichte beschikkingshandeling. Het Hof besloot dan ook dat de *actio pauliana* niet kan worden beschouwd als een rechtsvordering die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen in de zin bedoeld in art. 5, 3° van het EEX-verdrag, zodat de *actio pauliana* buiten het toepassingsgebied van dit art. 5, 3° EEX-verdrag valt.

X. ART. 24 EN ART. 17 EEX-VERDRAG

Art. 17 EEX-verdrag bepaalt de voorwaarden waaronder partijen moeten worden geacht een geldig forumbeding te hebben aangegaan. In het raam van dit overzicht van art. 24 EEX-verdrag is het niet de plaats om de toepassingsvoorwaarden van art. 17 EEX-verdrag te onderzoeken.⁷¹

Net zoals art. 24 EEX-verdrag, onder de hierboven vermelde voorwaarden, een autonome bevoegdheidsgrond oplevert waarbij de bevoegdheidsregels van art. 2 en 5 tot en met 18 EEX-verdrag buitenspel kunnen worden gezet, dient een bevoegdheidsclausule waarin beide partijen zelf de bevoegde rechter hebben aangeduid, buitenspel te kunnen worden gezet indien en in zoverre internationale rechtsmacht op grond van art. 24 EEX kan worden ingeroepen. Bijgevolg kunnen voorlopige maatregelen worden aangevraagd bij een rechter, zelfs indien een andere rechter op grond van een forumclausule bevoegd is om van het geschil kennis te nemen.

De vraag kan worden gesteld of een forumclausule die geen expliciete verwijzing inhoudt naar voorlopige en bewarende maatregelen, geacht moet worden niet enkel de bevoegdheid van de rechter ten gronde contractueel vast te leggen, maar ook de territoriale bevoegdheid van de rechter bevoegd voor voorlopige en bewarende maatregelen. Het lijdt geen twijfel dat partijen uitdrukkelijk de territoriaal bevoegd-

tot het bekomen van provisies in kort geding» (noot onder Antwerpen 3 juni 1996), *Limb. Rechtsl.* 1997, 35-36; Rb. Kortrijk 27 februari 1993, *R.W.*, 1994-95, 546 en 728.

⁶⁷ H.v.J. 17 november 1998 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line), nr. 391/95, *P.B.C.* 23 januari 1999, afl. 20 (2), overweging 45.

⁶⁸ *Ibid.*, overweging 47

⁶⁹ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek BV), nr. C-99/96, overweging 53 *in fine*.

⁷⁰ H.v.J. 26 maart 1992 (Reichert & Kockler/Dresdner Bank), nr. C-261/90, *Jur. H.v.J.* 1992, I, 2149.

⁷¹ H.v.J. 16 maart 1999 (Castelletti), nr. C-159/97, *R.W.*, 1999-2000, 309, als weergegeven door I. COUWENBERG, met verwijzingen aldaar.

de rechter voor voorlopige en bewarende maatregelen zouden kunnen vastleggen, maar het is zeer de vraag of onder alle omstandigheden de rechter aan wie internationale rechtsmacht op grond van art. 24 EEX-verdrag toekomt en die niet de door partijen aangewezen rechter is, zich door deze contractuele territoriale bevoegdheidsregeling zal gebonden (dienen te) achten. Luidt de forumclausule algemeen, omdat partijen het kort geding niet hebben vermeld of er niet aan hebben gedacht, zal de rechter aan wie de internationale rechtsmacht op grond van art. 17 EEX-verdrag toekomt, dienen uit te maken of de forumclausule een beperking van zijn territoriale bevoegdheid inhoudt. Zulks leidt ongetwijfeld tot een casuïstische benadering, maar dit lijkt in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgevers die in iedere jurisdictie onder een of ander vorm voorlopige en bewarende maatregelen hebben ingevoerd. Het Hof van Justitie heeft, zoals hierboven aangegeven, de aanbevelingen en richtlijnen geëxpliciteerd die door de aangezochte rechter in acht genomen dienen te worden.

XI. ART. 24 EN ART. 18 EEX-VERDRAG

Art. 18 EEX-verdrag betreft de hypothese waarin de verweerder verschijnt, maar uitsluitend met het doel de bevoegdheid van de rechter voor wie de verweerder werd gedagvaard, te betwisten.

In het arrest C.H.W. tegen G.J.H.⁷² verwees het Hof van Justitie reeds naar zijn eerdere rechtspraak op grond waarvan art. 18 EEX-verdrag aldus moet worden uitgelegd dat het de verweerder is toegestaan niet enkel de bevoegdheid te betwisten, maar tegelijkertijd ook, subsidiair, verweer ten gronde te voeren, zonder daardoor het recht te verliezen een exceptie van onbevoegdheid op te werpen.

In het arrest Mietz⁷³ besliste het Hof dat het feit dat een verweerder verschijnt in een procedure gericht op het verkrijgen van voorlopige of bewarende maatregelen, niet voldoende is om op grond van art. 18 EEX-verdrag een onbeperkte bevoegdheid van deze rechter aan te nemen tot het bevelen van alle door hem passend geachte voorlopige of bewarende maatregelen, alsof hij krachtens het executieverdrag bevoegd was om van het bodemgeschil kennis te nemen. Aldus zal de verweerder in een art. 24 EEX-procedure het voordeel van art. 18 EEX-verdrag kunnen inroepen. Deze stellingname van het Hof van Justitie wordt betwist.⁷⁴

XII. ART. 24 EEX-VERDRAG EN DE ANTI SUIJ INJUNCTION

Een bijzondere maatregel die voornamelijk in Engeland en in de Verenigde Staten op een bepaalde geschiedenis kan terugvallen is de zogenaamde *Anti-Suit Injunction*. Deze maatregel kan best worden omschreven als een verbod dat wordt uitgesproken door een rechter in een land om in een ander

land een rechterlijke procedure te beginnen of voort te zetten. Deze verbodsmaatregel wordt uitgesproken *in personam*, namelijk tegen een procespartij en/of haar raadsman. Niettegenstaande een dergelijke maatregel dus niet is gericht tegen een buitenlandse rechtbank, wordt de *Anti-Suit Injunction de facto* vaak beschouwd als zijnde een inmenging in de werking van het rechtssysteem van een andere Staat. In voorkomend geval zal de rechter gevestigd in laatstgenoemde Staat dienen uit te maken of aan de buitenlandse *Anti-Suit Injunction* in de eigen jurisdictie enig rechtsgevolg kan worden toegekend.

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zitting houdende in kort geding,⁷⁵ besliste dat de Belgische rechter in kort geding op eenzijdig verzoekschrift vermag voor recht te zeggen dat een advocaat het recht heeft namens een partij een procedure in te leiden en te voeren voor zover de procesrechtelijke regelen dit toelaten, ondanks een door een Amerikaanse rechter terzake opgelegd verbod. *In casu* had de in België gevestigde sponsor van een wielploeg een procedure ingesteld tegen een beroepsrenner van Amerikaanse nationaliteit wegens dreigende schending van de contractuele verbintenissen door de beroepsrenner. De beroepsrenner had in de staat Nevada (USA) een *Anti-Suit Injunction* uitgelokt tegen de Belgische sponsor en zijn raadsman om de in België aanhangig gemaakte procedure voort te zetten. Op basis van de essentiële beginselen inzake toegang tot het gerecht en bijstand door een advocaat werd het recht van de Belgische sponsor bevestigd om een kortgedingprocedure of enige andere procedure in te leiden en te voeren voor zover de procesrechtelijke regelen dit toelaten. Bovendien werd ten laste van de beroepswielrenner het verbod opgelegd, onder verbeurte van een dwangsom, enige procesrechtelijke stap te ondernemen tegen de raadslieden van de Belgische sponsor. Aldus werd de soevereiniteit van de Belgische nationale rechtsorde bekrachtigd. Voor de Belgische partij en haar raadsman zal evenwel de vraag blijven of de overtreding van een maatregel bevoelen door een rechtbank in Nevada hen ervan dient te weerhouden een bezoek aan deze staat te brengen.

XIII. KOMEND RECHT

Bij de geplande herziening van het EEX-verdrag wordt een herschikking voorgesteld van de bepalingen betreffende de voorlopige en bewarende maatregelen, die ertoe strekt afstand te nemen van de diverse nationale wetgevingen en de regelgeving een Europese dimensie te verschaffen. Aldus zou het voorgestelde art. 18bis, tweede lid, een verdragsautonome definitie van het concept inhouden: «Au sens de la présente convention, les mesures provisoires et conservatoires sont des mesures urgentes destinées à instruire un litige, à assurer la conservation de preuves ou de biens en vue de la décision ou de l'exécution forcée, à maintenir ou à régler une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée au juge de fond.»⁷⁶

⁷² H.v.J. 31 maart 1982 (C.H.W./G.J.H.), nr. 25/81, *Jur. H.v.J.* 1982, 1189, met conclusie van advocaat-generaal S. ROZES

⁷³ H.v.J. 27 april 1999 (H.-H. Mietz/Intership Yachting Sneek), nr. C-99/96, overweging 52.

⁷⁴ H. BOURLABAH, «Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano», *T.B.H.*, 1999, 608.

⁷⁵ Rb. Brussel, Kord ged., 18 december 1989, *R.W.*, 1990-91, 676.

⁷⁶ B. DE GROOTE, «Verdragen van San Sebastian en Lugano in werking in België: het internationaal procesrecht grondig gerevisieerd», *T.P.R.*, 1997, 2038, nr. 222, voetnoot 292.

XIV. BESLUIT

Het nut van voorlopige of bewarende maatregelen voor de nationale of internationale procesvoering dient niet meer te worden beklemtoond. Vaak zal een uitspraak gewezen in kort geding of een bewarend beslag immers het verdere verloop van het geschil en/of van de procedure in verregaande mate bepalen en eventueel een procedure ten gronde «overbodig» maken. Het Hof van Justitie heeft de rechters die zijn geroepen om voorlopige of bewarende maatregelen uit te

spreken, aangemaand tot behoedzaamheid, en door de voorwaarden van volledige omkeerbaarheid en territoriale samenhang nader te preciseren, kan paal en perk worden gesteld aan de verleiding een maatregel uit te lokken in een jurisdictie die volslagen vreemd is aan het voorwerp van het geschil.

Luc DEMEYERE
Advocaat

VASTHEID VAN BETREKKING IN HET VRIJ GESUBSIDIEERD ONDERWIJS

1. Het verder in dit nummer gepubliceerde arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 25 oktober 1999 heeft in de pers verdiende aandacht gekregen. Ook in de vakpers zal zeker meer dan een commentaar verschijnen. Veeleer dan een discussie af te sluiten lijkt het arrest pas het debat te openen. Het is dan ook niet de bedoeling hierbij alle aspecten ten gronde te behandelen. Wel willen we de discussiepunten van het huidige en het toekomstige debat scherper formuleren. Er zit meer in het besproken arrest dan men bij eerste lezing kan opmaken. Het arrest heeft wel de onmiskenbare verdienste als eerste enkele delicate discussiepunten aan te snijden. Het kon zich hierbij baseren op een rijk gestoffeerd advies van het openbaar ministerie.

2. De feiten, kort samengevat en voor zover af te leiden uit het arrest, zijn als volgt. In 1995 start een vrije onderwijsinstelling overeenkomstig het Rechtspositiedecreet¹ (hierna af te korten als DRP) een tuchtprocedure tegen een directeur. Op 8 juli 1996 volgt een preventieve schorsing. Deze wordt aangevochten in kort geding, maar bevestigd in beroep door zowel het Arbeidshof als het Hof van Beroep, in afwachting van de definitieve beslissing. Op 7 oktober 1996 wordt door de inrichtende macht tegen de directeur de tuchtmaatregel van ontslag genomen. Deze maatregel wordt door een beroepsinstantie (de Kamer van Beroep) vernietigd en hervormd tot een terbeschikkingstelling van twee jaar op halve wedde. Na deze termijn, in maart 1999, biedt de direc-

teur zich opnieuw aan, maar de inrichtende macht weigert hem toe te laten. De inrichtende macht wendt zich tot de Arbeidsrechtbank te Tongeren om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden of toelating te krijgen tot eenzijdige beëindiging. De arbeidsrechtbank weigert de ontbinding, maar laat de opzegging toe.² De directeur vecht dit vonnis aan voor het Arbeidshof.

3. Dat de rechtsverhouding tussen inrichtende machten van het vrij onderwijs en hun personeel essentieel een arbeidsovereenkomst blijft, wekt geen verrassing. De rechtspraak was al in die zin gevestigd.³ Sedert het arrest van het Arbitragehof van 17 juni 1999⁴ is er over dit principe nauwelijks nog betwisting mogelijk.⁵ Dat het gaat om een arbeidsovereenkomst, belet niet dat sedert het DRP van 1991 de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet uitgesloten is.⁶ Daarmee komen echter leemten in het DRP aan het licht, vooral inzake het ontslagrecht. Het ware wenselijker geweest dat de decreetgever een coherente regeling had uitgewerkt en duidelijker rechtspolitieke keuzes had gemaakt.⁷ Wel bestaat er geen discussie meer over het ant-

² Arbrb. Tongeren, 10 november 1998, *T.O.R.B.*, 1998-99, 277 met noot P. DESENDER.

³ Cass., 4 oktober 1993, *T.O.R.B.*, 1993-94, 120, met noot B. PLETINCK; *Soc. Kron.*, 1994, 73, met noot J. JACOMAIN; *Arr. Cass.*, 1993, 798; *R.W.*, 1994-95, 1161, *J.T.T.*, 1994, 231; Cass., 21 maart 1994, *J.T.T.*, 1994, 227 en *Soc. Kron.*, 1994, 161.

⁴ Arrest, nr. 66/99, *A.A.*, 1999, 777; *B.S.*, 27 augustus 1999 en *R.W.* 1999-2000, 531.

⁵ R. VERSTEGEN, «Voor het handhaven van een contractuele grondslag voor de arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs bestaat een grondwettelijke verantwoording», *R.W.*, 1999-2000, 531 e.v.

⁶ L. LENAERTS, Noot onder Arbh. Antwerpen, 12 januari 1996, *Soc. Kron.*, 1997, 24.

⁷ R. VERSTEGEN, »De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard», *R.W.*, 1998-99, 76.

¹ Decr. VI. Gem. 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding, *B.S.*, 25 mei 1991, err. *B.S.*, 4 januari 1991, als gewijzigd door Decr. 17 juli 1991, *B.S.*, 31 augustus 1991; Decr. 9 april 1992, *B.S.*, 16 mei 1992; Decr. 28 april 1993, *B.S.*, 28 mei 1993; Decr. 15 december 1993, *B.S.*, 1 maart 1994; Decr. 21 december 1994, *B.S.*, 16 maart 1995; Decr. 19 april 1995, *B.S.*, 20 juli 1995; Decr. 16 april 1996, *B.S.*, 1 juni 1996; Decr. 8 juli 1996, *B.S.*, 5 september 1996; Decr. 15 juli 1997, *B.S.*, 21 augustus 1997; Decr. 14 juli 1998, *B.S.*, 29 augustus 1998; Decr. 1 december 1998, *B.S.*, 10 april 1999; Decr. 2 maart 1999, *B.S.*, 21 augustus 1999; Decr. 18 mei 1999, *B.S.*, 31 augustus 1999.

woord op de vraag of de arbeidsgerechten bevoegd zijn.⁸ De algemene beginselen van het klassieke overeenkomstenrecht blijven echter wel van toepassing.⁹

4. De vraag of de rechtsband statutair dan wel contractueel is, is geen zuiver juridisch-technische kwestie. In wezen raakt de discussie aan het werkgeversgezag. Zij houdt bovendien verband met de grondwettelijke onderwijsvrijheid (art. 24, § 1, G.W.) en met de gelijkheid (art. 10, 11 en 24, § 4, G.W.). Indien de rechtsband tussen inrichtende machten en hun onderwijspersoneel zuiver statutair wordt, wordt immers de beleidsvrijheid van de inrichtende machten m.b.t. de personeelskeuze, een element van diezelfde onderwijsvrijheid, beperkt. De vraag is: in hoeverre staat de eis tot gelijke behandeling van onderwijzend personeel in de publieke sector én de private sector de vrijheid van onderwijs in de weg? De afdeling wetgeving van de Raad van State formuleerde het als volgt: «Men weet dat de vrijheid van onderwijs, gewaarborgd door art. 17 (thans 24) van de Grondwet, de vrijheid van inrichting insluit, welke vrijheid steeds zeer gevoelig heeft gelegen. Een regel die met het oog op de bescherming van de belangen van de personeelsleden zo ver gaat dat aan de betrokken onderwijsinstelling het recht van beslissing wordt onzegd, botst dan ook, wat het vrij onderwijs betreft, met de vrijheid om onderwijs te organiseren.¹⁰ Het Arbitragehof heeft al erkend dat de vrijheid van organisatie van onderwijs impliceert dat de inrichtende machten vrij kunnen kiezen wie zij tewerkstellen.¹¹ De grondwettelijke vrijheid van onderwijs werkt door in de arbeidsovereenkomst.¹²

5. De decretale onduidelijkheid inzake de ontslagmodaliteiten wordt onder meer verklaard door de praktijk die erin bestaat bij het vaststellen van decretale regelen pragmatisch naar juridisch-technische oplossingen te zoeken die de goedkeuring wegdragen van de betrokken partijen: inrichtende machten, vakorganisaties en het departement Onderwijs. Er bestaat in het Belgische arbeidsrecht daarenboven een sterke terughoudendheid om de uitzonderingspositie van «ten-densondernemingen» in het arbeidsrecht principieel te erkennen.¹³ Dat verklaart wellicht dat inzake de ontslagrege-

ling van het vrij gesubsidieerd onderwijs een constructie is ontstaan die aanleunt bij het administratief recht en fundamenteel afwijkt van het arbeidsovereenkomstenrecht en gebaseerd is op het principe van de gelijke behandeling, ongeacht de aard van de inrichtende macht. In de Franstalige en de Duitstalige gemeenschap daarentegen lijkt men de eis van volstrekte gelijke behandeling opgegeven te hebben en kwam men tot afzonderlijke decretale regelingen m.b.t. de rechtspositie van het onderwijspersoneel in het vrij gesubsidieerd onderwijs.¹⁴

6. De oude vraag hoe de ontslagmogelijkheden in het algemeen onderwijsrecht en in het DRP in het bijzonder aangevuld kunnen worden door rechtsregels uit het algemene verbintenissenrecht kwam opnieuw aan de orde. In tegenstelling tot het bestreden vonnis, oordeelt het arrest dat het DRP opzegging als in het arbeidsrecht uitsluit. Het arrest stelt tevens dat art. 1184 B.W. (gerechtelijke ontbinding) niet van toepassing is, althans niet zoals geformuleerd door de verzoekende partij, omdat de ontbindingsmogelijkheid zich niet verdraagt met de ontslagregeling van het DRP (overweging 4.2.5.). Art. 69, § 2, DRP bepaalt immers dat de Kamer van Beroep *in laatste aanleg* oordeelt over de tekortkomingen die ontslag als tuchtmaatregel rechtvaardigen. Art. 1184 B.W. biedt geen ontsnappingsroute t.o.v. bestaande wettelijke en contractuele ontslagbeperkingen. Dit sluit aan bij het vigerende Belgische arbeidsrecht.¹⁵ De Belgische rechtsleer heeft in de discussie m.b.t. de beschermde werknemers de toepassing van art. 1184 B.W. verworpen voor zover het een ongeoorloofde uitholling van de wettelijke ontslagmodaliteiten zou betekenen.¹⁶ Wel valt op hoe sterk het Belgische ontslagrecht zich verwijderd van het Nederlandse ontslagrecht, waarin de gerechtelijke ontbinding door de kantonrechter «om gewichtige redenen» het sluitstuk van het ontslagrecht is geworden en mogelijk is bij een ernstige verstoring van de arbeidsrelaties.¹⁷ Dit heeft uiteraard te maken met het feit dat in Nederland het ontslag in strijd met het BBA¹⁸ nietig is en de werknemer zijn aanspraak op loon-

⁸ Cass., 4 oktober 1993, *T.O.R.B.*, 1993-94, 120 met noot B. PLETINCK; *T.S.R.*, 1993, 410; *J.T.T.* 1994, 231; *Soc. Kron.*, 1994, 73 met noot J. JACOMAIN; *Arr. Cass.*, 1993, 789 en *R.W.*, 1994-95, 1161; *R.v.St.*, nr. 30.870, 27 september 1998, *Arr.R.v.St.* 1998, z.p.

⁹ W. RAUWS, «De rechtspositie van het personeel in het vrij gesubsidieerd onderwijs» in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, IV, M. RIGAUX (red.), Antwerpen, Maklu, 1993, 379.

¹⁰ Bij art. 26 van het voorontwerp van decreet, *Parl.St.*, VI. R. 1990-91, nr. 471/1, 60.

¹¹ Arbitragehof, arrest nr. 34/98, 1 april 1998, *B.S.*, 1 mei 1998 en *T.O.R.B.*, 1998-99, 65 met noot, overweging B.4.5.; Arbitragehof, arrest nr. 19/99, 17 februari 1999, *B.S.*, 17 maart 1999, overweging B.4.2.; Arbitragehof, arrest 66/99, 17 juni 1999, *B.S.*, 27 augustus 1998, overweging B.3.4.; Arbitragehof, arrest 85/99, 15 juli 1999, *B.S.*, 7 oktober 1999, overweging B.3.5.

¹² Arbitragehof, arrest 66/99, 17 juni 1999, *B.S.*, 27 augustus 1998, overweging B.3.4.

¹³ P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, in *Reeks Sociaal Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 273-275; F. HENDRICKX, *Privacy en Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 53; W. RAUWS, «De

bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding», in K. RIMANQUE, (red.) *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 223-228; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurige ontslag*, Brugge, Die Keure, 1990, 276.

¹⁴ Decr. Fr. Gem. 1 februari 1993 houdende statuut van de gesubsidieerde personeelsleden van het gesubsidieerd vrij onderwijs, *B.S.* 17 februari 1993; Decr. Fr. Gem. 6 juni 1994 houdende statuut van de gesubsidieerde personeelsleden van het gesubsidieerd officieel onderwijs, *B.S.* 17 februari 1993; Arbitragehof 10/96, 8 februari 1996, *B.S.*, 20 februari 1996 en *A.A.* 1996, 89; Decr. D. Gem. 14 december 1998 houdende het statuut van de gesubsidieerde personeelsleden van het gesubsidieerd vrij onderwijs, *B.S.*, 6 mei 1999.

¹⁵ Cass., 26 oktober 1981, *J.T.T.*, 1981, 314; *Arr. Cass.*, 1981-82, 291 en *R.W.*, 1982-83, 1599; Cass., 23 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 402 en *R.W.*, 1981-82, 1405.

¹⁶ W. RAUWS, *Civilrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 581.

¹⁷ H.L. BAKELS, *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 146-154.

¹⁸ Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen van 1945; L.J.M. DE LEEDE, *Bijzondere overeenkomsten*, in *Mr. C. Asser's Handleiding*

betaling behoudt. Om de eeuwigdurende impasse te vermijden, is de ontbinding dan ook begrijpelijk, hoewel deze «noodoplossing» niet onomstreden is. Vermeldenswaard is wel dat de Nederlandse rechter de loonvordering kan matigen wanneer deze hem overdreven lijkt.¹⁹

7. Toch lijkt de toepassing van art. 1184 B.W. in Belgische onderwijsmateries niet *volledig* uitgesloten door het arbitragehof. Overweging 4.4. noteert dat geen partij de vernietiging of herziening van de beslissing van de Kamer van Beroep heeft gevraagd, zodat het hof geen uitspraak diende te velen over een, eventueel marginaal, toetsingsrecht van de arbeidsgerechten t.a.v. deze beslissing. Het arrest wijst *in concreto* de toepassing van art. 1184 B.W. af, maar laat de deur op een kier. Het is echter maar de vraag of deze kier alsnog een ontsnapingsroute biedt. Men kan meteen speculeren wat een «marginaal toetsingsrecht» wel zou inhouden. Het decreet bepaalt immers dat de Kamer van Beroep oordeelt in *laatste aanleg*. Wat houdt «marginale controle» in, gelet op de duidelijke decretale tekst? Het begrip «marginale toetsing» is trouwens in het sociaal recht niet evident.²⁰ Voor zover het zou betekenen dat de betwisting niet fundamenteel meer ter beoordeling kan worden voorgelegd aan de rechter, ontstaat een grondwettelijk probleem. De uitsluiting van beroep bij de rechter staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel. Men weet dat het Arbitragehof een groot belang hecht aan de mogelijkheid om geschillen aan de rechter voor te leggen.²¹ Aangenomen wordt dat het rechtzoekende personeelslid nog wel toegang heeft tot de rechter.²² In het licht van het gelijkheidsbeginsel en het algemeen rechtsbeginsel van de toegang tot een onafhankelijke rechter, lijkt een «niet zo marginale» rechtsmacht van de arbeidsgerechten onvermijdelijk.²³ De Raad van State was op dit punt eveneens formeel in zijn advies bij het voorontwerp van decreet,²⁴ zij het niet bij de in art. 69, § 2, DRP aan de Kamer van Beroep toegekende beslissingsmacht in laatste aanleg. Deze bevoegdheid was immers nog niet te vinden in het aan de Raad van State voorgelegde voorontwerp. Ze werd achteraf in het ontwerp opgenomen. Op het punt van de beslissingsbevoegdheid in laatste aanleg inzake tuchtmaatregelen verschilt het DRP overigens wezenlijk van de recente decreten van de Franse en Duitstalige Gemeenschap, die deze bevoegdheid niet hebben overgenomen.²⁵

tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, nr. 5 - III, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1994, 302; Voor een uitvoerige historische en fundamentele kritiek: H. NABER, *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht*, Deventer, Kluwer, 1981, 439 p.

¹⁹ Art. 7:680 a Ned.B.W., H.L. BAKELS, o.c., 114.

²⁰ D. CUYPERS, o.c., 197 e.v.; A. SIMON, «Les sanctions dans la réglementation du chômage», *J.T.T.*, 1999, 115.

²¹ Arbitragehof nr. 72/92, 18 november 1992, *J.T.T.*, 1993, 193 en *R.W.*, 1992-93, 673; Arbitragehof nr. 82/97, 17 december 1997, *R.W.*, 1998-99, 39.

²² Memorie van Toelichting, *Parl.St.*, VI.R. 1990-91, nr. 471/1, 22.

²³ W. RAUWS, «De rechtspositie van het personeel in het vrij onderwijs», o.c., 400.

²⁴ Advies R.v.St. L 20.413/1, 21 februari 1991, *Parl.St.*, VI.R. 1990-91, 163.

²⁵ Art. 82, § 2, Decr.D.Gem. 14 december 1998: de «Einspruchskammer» geeft een «mit Gründen versehenes Gutachten»; art. 74

8. Ingeval de rechter enige rechtsmacht heeft om het geschil te beoordelen, moet hij de feiten van de tuchtprocedure in de beoordeling betrekken. De ruime beoordelingsmacht van de rechter met toepassing van art. 1184 B.W. vereist immers dat de rechter de ernstige tekortkomingen in hun geheel bekijkt en beoordeelt.²⁶ Daarbij kan men het verleden en de tuchtprocedure niet volledig uitgommen. Men ziet niet goed in op welke andere gronden men ontbinding moet vragen, omdat de partijen geen feitelijk contact meer hebben en de oorzaak van deze relatiebreuk juist ligt in de feiten, als behandeld in de tuchtprocedure. Onze conclusie luidt derhalve: een volledig sluitende ontslagregeling van het DRP, als geformuleerd in het arrest, valt enerzijds niet te verzoenen met de (zelfs eventuele) toepassing van art. 1184 B.W.; anderzijds vormt de ingevolge het DRP uitermate beperkte rechtsmacht van de arbeidsgerechten een probleem inzake het gelijkheidsbeginsel en het recht om een geschil voor te leggen aan de beoordeling van de rechterlijke macht.

9. Het arbeidshof achtte zich evenwel niet geroepen om dit delicate probleem te beantwoorden, omdat het, volgens het Hof, niet als zondanig werd geformuleerd door de partijen. Wel werd door de inrichtende macht fundamenteel bezwaar aangetekend tegen de ontslagbeperkingen in het DRP, omdat deze in conflict komen met de onderwijsvrijheid en het verbod van levenslange binding in het Belgische arbeidsrecht.²⁷ Naar Belgisch arbeidsrecht is het wel toegestaan het ontslag te bemoeilijken, maar niet volledig onmogelijk te maken.²⁸ De ontslagmacht is in het Belgische arbeidsrecht een fundamenteel gegeven.²⁹ Die ontslagmacht is gebaseerd op de niet-afdwingbaarheid van duurovereenkomsten (art. 1142 B.W.) en geldt nog altijd als rechtsbeginsel in het arbeidsrecht, zoals het arrest aangeeft. Men neemt aan dat een dergelijke dwanguitvoering zeer moeilijk, zo niet onmogelijk is af te dwingen in de praktijk. Wel ontstaat bij rechtmatig ontslag een verplichting tot betaling van schadevergoeding.³⁰ In

§ 2 Decr.Fr. Gem. 1 februari 1993: «Le chambre de recours... transmet un avis motive».

²⁶ Vgl. Cass. 6 november 1997, *R.W.*, 1999-2000, 638.

²⁷ Art. 1780 B.W.; Arbh. Brussel, 17 februari 1987, *J.T.T.*, 1987, 267; C. ENGELS, «De vastheid van betrekking in het katholiek onderwijs opnieuw ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het cassatiearrest van 10 oktober 1988», *R.W.*, 1988-89, 870-879; M. JAMOULE, «Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services», *R.C.J.B.*, 1970, 535 e.v.; R. VAN RANSBEEK, «De opzegging», *R.W.*, 1995-96, 349; D. CUYPERS, «Is het ontslag te duur? Enkele kritische beschouwingen over het Belgische ontslagrecht», in C. REYNS (red.), *Werkgelegenheid en inkomen*, Antwerpen, UFSIA, 1996, 67-92.

²⁸ Cass., 16 oktober 1969, *Arr.Cass.*, 1970, 167; *R.W.*, 1969-70, 1187 en *R.C.J.B.* 1970, 527 met noot M. JAMOULE.

²⁹ Cass. 20 juni 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1368; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 623; W. VAN ECKHOUTTE, *Arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 283; M. RIGAUX en P. HUMBLET, «Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem», *R.W.* 1988-89, 729-743; K. RASCHAEFT, «Beperking van de ontslagmacht van de werkgever door werkzekerheidsbedingen: afdwining bij gebrek aan expliciete sanctie», *J.T.T.*, 1996, 381-389.

³⁰ Cass., 20 juni 1988, *J.T.T.*, 1988, 493; *R.W.*, 1988-89, 678 en *Soc.Kron.*, 1988, 345; M. RIGAUX en P. HUMBLET, o.c., *R.W.*, 1988-89, 729-743.

die optiek had de eerste rechter aangenomen dat de opzegging nog altijd mogelijk is. Dit standpunt verwekte wrevel bij de vakorganisaties, aangezien hierdoor de vastheid van betrekking van het DPR volkomen op de helling werd gezet. Een parallelle opzeggingsmogelijkheid naast het DRP maakt het voor de inrichtende machten interessanter om meteen opzegging te geven i.p.v. de decretaal bepaalde tuchtprocedure te volgen. Bovendien moet de opzegging naar Belgisch recht zelfs niet worden gemotiveerd, wat haaks staat op de beperkte ontslaggronden geformuleerd in het DRP. Het arbeidshof oordeelt dan ook wijselijk dat de mogelijkheid tot beëindiging volgens de Arbeidsovereenkomst door art. 60, 62 en 64 DRP impliciet maar zeker wordt uitgeloten. Daarmee vermijdt het hof ook een lastige vervolgwquestie, namelijk die van de begroting van de opzeggingsvergoeding en de eventuele aanvullende schadevergoeding wegens schending van de overeengekomen vastheid van betrekking.

De eerste rechter had zich hier bevoegd verklaard en de zaak naar de rol verwezen om de partijen hierover hetzij een akkoord te laten sluiten hetzij te concluderen. Aangezien de opzegging echter niet was gegeven, ging het manifest om een *actio ad futurum*. Arbeidsgerechten kunnen geen advies afleveren inzake de gepaste opzeggingstermijn. Als de partijen er zelf van uitgaan dat de overeenkomst nog bestaat, hoe zou de rechter dan het onbestaande recht op opzeggingsvergoeding kunnen evalueren?³¹

10. Het voorstel om via een grondwetsconforme interpretatie van het DRP een mogelijkheid tot opzegging en ontbinding binnen te loodsen in het onderwijsrecht, werd aldus door het arbeidshof afgewezen. Daarom verzocht de inrichtende macht subsidiair om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof. Het opleggen van een beëindigingsverbod aan het vrij onderwijs zou een ernstig conflict tussen de grondwettelijke vrijheid van onderwijs en de fundamentele rechten van het personeelslid opleveren. Het hof heeft de prejudiciële vraag vermeden door te oordelen dat de vermelde oplossingen (onmogelijkheid van gerechtelijke ontbinding, onmogelijkheid tot opzegging) niet beletten dat de werkgever wel degelijk onrechtmatig de overeenkomst kan *verbreken*, waarbij de sanctie alsnog buiten beschouwing wordt gelaten. De prejudiciële vraag is gebaseerd op een onvrijheid die er niet is (overweging 4.8.). Over de sancties in het algemeen en over de vraag hoe hoog de billijke schadevergoeding *in concreto* moet zijn, hoefde het Arbeidshof zich dan weer niet uit te spreken, aangezien het hier manifest gaat om een *actio ad futurum*.

11. Men kan speculeren op de toetsing van dit conflict door het Arbitragehof.³² Kunnen vrije onderwijsinstellingen wel worden verplicht personeelsleden in dienst te houden, waarvan ze menen dat samenwerking onmogelijk wordt in het raam van het pedagogisch project? De vraag heeft niet alleen een principieel en theoretisch belang, maar kan voor scholen een kwestie van overleven zijn, aangezien scholen

met slepende personeelsconflicten door b.v. massaal leerlingenverlies in hun bestaan worden bedreigd. Het arbeidshof moest derhalve een antwoord geven op de vraag van de rechtzoekende betreffende het conflict tussen het grondwettelijk recht op onderwijs en het DRP. Daarbij moest het gedeeltelijk *ultra petitem* stelling innemen.

De stelling van het arbeidshof dat de inrichtende macht «de vrijheid heeft,... hetzij om de overeenkomst eenzijdig te verbreken» en het gedeeltelijk aanreiken van een oplossing zijn evenwel niet zo logisch als op het eerste gezicht lijkt. Indien men ervan uitgaat dat het ontslag als tuchtmaatregel nietig werd verklaard, zoals de partijen ook lijken aan te nemen in het voorgelegde geschil, is het denkbaar dat een tweede en nieuw ontslag eveneens zal worden aangevochten bij de Kamer van Beroep, waardoor de hele procedure zich telkens dreigt te herhalen. Op deze wijze komt een carroussel op gang, die niet kan worden beëindigd, tenzij zich nieuwe ernstige tuchtfeiten voordoen en de Kamer van Beroep het ontslag bevestigt. Enerzijds stellen dat het DRP sluitend is en anderzijds dat wel een onrechtmatige eenzijdige beëindiging (verbreking) mogelijk is, valt moeilijk te rijmen. De *verbreking* is immers een vorm van ontslag!³³ De vrijheid om het contract te verbreken impliceert dan ook logisch dat het DRP niet volledig sluitend is.

12. En dan is er nog het probleem van de schadevergoeding. De Vlaamse decreetgever heeft de vraag omtrent de sanctie van een onrechtmatig ontslag op een niet mis te verstane wijze beantwoord.³⁴ Het door het art. 10 Onderwijsdecreet-I van 5 juli 1989³⁵ ingevoegde art. 28, § 2, Schoolpactwet «verzilvert» de vastheid van betrekking in het vrij gesubsidieerd onderwijs door de verdere betaling van de wedde te stipuleren in het geval een arbeidsgerecht of een Kamer van Beroep een ontslag van een personeelslid onrechtmatig acht, dan wel vernietigt. De inrichtende macht verliest de weddetoeelage van dit personeelslid voor zover zij diens betrekking aan een ander personeelslid toewijst. De memorie van toelichting bij art. 28, § 2, Schoolpactwet is bijzonder helder over het doel van deze bepaling: «In het gesubsidieerd vrij onderwijs is de relatie tussen werkgever en werknemer, ook na de inwerkingtreding van het statuut, van contractuele aard. Bij onrechtmatig ontslag kan de inrichtende macht hoogstens tot schadevergoeding worden veroordeeld. In de huidige toestand is een reïntegratie van het personeelslid onmogelijk. Er is bijgevolg een duidelijk verschil in de rechtspositie tussen de personeelsleden van het vrij onderwijs en die van het officieel onderwijs, en inzonderheid met betrekking tot een van de meest fundamentele aspecten van het statuut, namelijk zijn afdwingbaarheid. Teneinde de wettelijke verplichting inzake gelijkheid in de mate van het mogelijke te verzekeren, werd (...) voorzien in een onrechtstreekse reïntegratie, door middel van het verder toe-

³¹ Vgl. Cass., 4 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 467 en *R.W.*, 1990-91, 305; *Arbh. Brussel* 18 november 1988, *Soc. Kron.*, 1990, 11.

³² Zie P. DESENDER, «Omtrent de zaak HUGO V.-bis», *T.O.R.B.* 1998-99, 283; *Arbitragehof*, 85/99, 15 juli 1999, *B.S.*, 7 oktober 1999, overweging B.3.5.

³³ Het *Sociaalrechtelijke Woordenboek* (Brussel, Benelux, 1977, 266); kent de term *verbreking* niet, maar vertaalt «rupture» door *beëindiging*. De meer gepaste term is *onregelmatige beëindiging*: cf. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium*, Diegem, Kluwer/Ced. Samson, 1999, 1269-1270, 1432-1433 en meer bepaald nr. 5339.

³⁴ J. VAN DER HOEVEN, «Vaste benoeming in het vrij onderwijs. Een lege doos?», *Brandpunt*, 1999, 104-108.

³⁵ *B.S.* 25 augustus 1989.

kennen, na de uitspraak van een arbeidsgerecht, van de wedentoeelagen aan het ten onrechte ontslagen personeelslid.»³⁶ Van het betrokken personeelslid wordt slechts gevraagd het in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest ofwel de uitspraak van de beroepskamer die het ontslag als tuchtmaatregel vernietigt, aan het departement te betekenen.

Deze «onrechtstreekse reïntegratieverplichting», zoals de memorie van toelichting de maatregel noemt, is door haar quasi-permanent karakter (het langdurig verlies van een loon) tegelijkertijd een zware sanctie én een garantie voor de vaste aanstelling van het personeelslid, althans voor het pecuniaire aspect daarvan. De administratie houdt zich dus aan haar eigen regelen bij de doorstorting en verrekening van de wedde van het personeelslid. Het personeelslid mag zich op grond van een subjectief recht rechtstreeks richten tot de Gemeenschap om loondoorbetaling te verkrijgen.³⁷ Deze oplossing wijkt af van het klassieke arbeidsrecht, waarin in principe geen aanspraak op loon bestaat indien de werknemer niet heeft gewerkt en de wetgever geen loonwaarborg heeft bedongen.³⁸

13. Het debat over het conflict tussen de grondrechten werd vermeden, maar niet opgelost. De door het arbeidshof geschetste *vrijheid* om de overeenkomst te verbreken, is twijfelachtig, gelet op de loondoorbetalingsplicht. Het arrest kon hierover weliswaar geen uitspraak vellen, omdat het niet in die bewoordingen aan de rechter werd voorgelegd. Krachtens het beschikkingsbeginsel kan de rechter immers alleen uitspraak doen over het geschil zoals het hem wordt voorgelegd.³⁹ Het Hof geeft zelf de grenzen van zijn bevoegdheid aan: «Overwegende dat de vorderingen ervan uitgaan dat partijen nog steeds onderling door een arbeidsovereenkomst gebonden zijn» (overweging 4.1. en overweging 4.9.) Deze overweging suggereert o.i. een radicalere stelling. Het bestaan van de arbeidsovereenkomst betwisten, impliceert onvermijdelijk ook de betwisting van de *vernietigingsbevoegdheid* van de Kamer van Beroep in laatste aanleg inzake tuchtmaatregelen. De decretale bepaling «uitspraak in laatste aanleg» in tuchtaangelegenheden verhindert dus niet dat het ontslag hetzij geldig blijft, hetzij rechtsgeldig uitwerking krijgt na een (zelfs andersluidende) beslissing van de Kamer van Beroep. De afwijzing van de prejudiciële vraag op grond van de *ontslagvrijheid* is alleen verdedigbaar, indien impliciet maar zeker wordt uitgegaan van de beperkte bevoegdheid van deze beroepsinstantie. De bevoegdheid van deze Kamer is overigens niet onomstreden. Het decreet vermeldt immers niet uitdrukkelijk dat de Kamer van Beroep het ontslag *nietig* kan verklaren. De tuchtstraffen worden in laatste aanleg «uitgesproken» door de Kamer van Beroep. (Art. 69, § 2, DRP). Art. 64, tweede lid, DRP suggereert dan weer dat een tuchtmaatregel «definitief is indien de termijn van een beroep is verstreken of nadat in beroep een definitieve beslissing werd genomen». Deze bepalingen suggereren wel dat het ontslag «nietig» kan wor-

den verklaard, maar er is al geruime tijd (niet gepubliceerde) discussie over de grondwettigheid van deze bevoegdheid, die niet eens expliciet en ondubbelzinnig in het decreet werd verankerd en die niet ten volle aan de kritiek van de Raad van State werd voorgelegd. Vanuit administratief-rechtelijk standpunt lijkt de vernietigingsbevoegdheid logisch, vanuit verbintenisrechtelijk standpunt veel minder. Gelet op de contractuele aard van de rechtsverhouding, de grondwettelijke onderwijsvrijheid en het fundamentele recht om een geschil aan de rechtelijke macht voor te leggen, had men wel explicieter mogen zijn.

14. De stelling dat het DRP de onrechtmatige beëindiging door de inrichtende macht niet belet, maar slechts aanleiding geeft tot schadevergoeding, is niet zo evident als op het eerste gezicht lijkt. Het is een terugkeer naar de bekende situatie vóór het DRP.⁴⁰ Het DRP is niet meer sluitend, omdat het de eenzijdige beëindiging (verbreking) niet belet. De arbeidsgerechten worden evenwel slechts geroepen uitspraak te doen over een billijke schadevergoeding. In die hypothese komt vooral art. 28, § 2, Schoolpactwet op de heling. Men ziet immers niet goed in waarom en hoe de rechter zich kan uitspreken over een bijkomende schadevergoeding indien het loon volledig wordt doorbetaald tot de pensioenleeftijd. Wat is de zin van een gerechtelijke procedure over een billijke schadevergoeding, staande de loondoorbetalingsplicht zonder arbeidsprestaties?

Behoudens de niet-afdwingbare feitelijke reïntegratie lijdt het ontslagen personeelslid toch geen bijkomende schade door het ontslag? De bevoegdheid van de arbeidsgerechten om uitspraak te doen over een schadevergoeding naar aanleiding van een beëindiging impliceert onvermijdelijk ook de mogelijkheid om een einde te maken aan de loondoorbetalingsplicht. Vanuit die optiek moet vooral art. 28, § 2, Schoolpactwet de toets van het Arbitragehof doorstaan. Men moet zich goed realiseren dat in het betwiste geval de loonaanspraak wegens de jonge leeftijd van de directeur kan gelijkstaan aan het equivalent van meer dan twintig jaar loon. Dit verklaart wel de hardnekkigheid van de partijen in het conflict, maar doet ook vragen rijzen omtrent de proportionaliteit van de sanctie.

Kan men, gelet op de omvang van de sanctie, wel spreken van een *vrijheid*? De schadevergoeding overtreft ver alle beschermingsregelingen die het Belgische arbeidsrecht kent. Gelet op de geringe werkingstoelagen van scholen, betekent dit in feite dat vrije scholen de deuren moeten sluiten, tenzij de inrichtende macht bereid is om de wedde van de vervanger met eigen penningen te vergoeden. De hoge vergoeding ingeval van onrechtmatig ontslag vormt dus een belangrijk beleidsprobleem. Enerzijds worden kleinere en minder financieel draagkrachtige inrichtende machten in hun onderwijsvrijheid bedreigd, anderzijds kan men de factuur ook niet ten laste leggen van de belastingbetaler (Vlaamse Gemeenschap). Een oplossing zou erin kunnen bestaan dat men als inrichtende machten een soort fonds opricht dat met variabele bijdragen (een soort verzekeringspremie dus) wordt gespijsd. Door het instellen van een dergelijk fonds of door een ander verzekeringsmechanisme, kan de financiële smart

³⁶ *Gedr. St.*, VI. R., 1988-89, nr. 222/1, 17.

³⁷ Cass., 10 mei 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1161.

³⁸ Cass., 8 maart 1999, *R. W.*, 1999-2000, 364.

³⁹ Cass., 9 november 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 360 en *R. W.*, 1984-85, 2978; Cass., 1 maart 1999, *J. T. T.*, 1999, 423.

⁴⁰ Vgl. *Arbh.* Antwerpen, 14 november 1996, *Soc. Kron.* 1999, 423 over een ontslag voordat de beroepsprocedure uitvoerbaar was.

van een ontslag (van de zeldzame toepassing van het twistbare art. 28, § 2, Schoolpactwet of van welke ontslagvergoeding dan ook) gedeeld worden. Voor het katholiek onderwijs is dit, gezien de schaalgrootte, en wegens de geringe frequentie van «accidenten» als in het besproken arrest, een haalbare kaart. Deze «onderlinge verzekering» brengt mee dat de onderwijsvrijheid voor financieel zwakke inrichtende machten niet tot een wassen neus wordt. Ten slotte, en dit is niet van belang ontbloeit met het oog op een gezond klimaat voor het sociaal overleg, houdt het van de inrichtende machten de erkenning in dat onderwijsvrijheid (meer bepaald de vrijheid een personeelsbeleid te voeren) niet gratis is, althans niet kan worden gevrijwaard op rekening van de personeelsleden die men uiteindelijk niet meer kan of wenst te handhaven.

15. Hoewel het resultaat van het arrest vakorganisaties ongetwijfeld zal verheugen, bevat het arrest in de overwegingen ter afwijzing van de prejudiciële vraag een aantal elementen die het sluitende karakter van het DRP op de helling kunnen zetten. Een grondige (maar speculatieve) lezing van het arrest lijkt uit de nodigen tot een expliciete betwisting van de grondwettigheid van het DRP én de loonbetaling op grond van art. 28, § 2, Schoolpactwet. Dit geschil raakt echter de relatie «inrichtende macht-Vlaamse Gemeenschap», die niet in het geding was betrokken. De hete aardappel en de grondwettigheidsdiscussie wordt aldus doorgeschoven naar de toepassing van de sanctie. Het arbeidshof zegt in feite: de hamvraag betreft niet de beëindigingsmogelijkheid, maar de schadevergoedingskwestie. De prejudiciële vraag werd bijgevolg afgewezen, omdat er te weinig elementen in zaten voor een volledige beoordeling van het probleem. Daar schuilt wel een grond van waarheid in. De ontbindingsvraag op grond van art. 1184 B.W. en de betwisting inzake de juridische draagwijdte van de beslissing van de Kamer van Beroep hebben weinig zin indien art. 28, § 2, Schoolpactwet niet expliciet in de discussie wordt betrokken.

16. Volkomen onduidelijk blijft het ogenblik waarop die *ontslagvrijheid* wel ontstaat: tijdens of pas na de tuchtprocedure? De door het arbeidshof aangereikte oplossing schept daarbij onbehagen. Het lijkt paradoxaal, maar het aanvaarden van de *vrijheid* om ontslag te geven zet het DRP meer op de helling dan de toepassing van art. 1184 B.W. Toepassing van dit artikel lijkt, alles afgewogen, nog het best een compromis te verwoorden tussen de vastheid van betrekking enerzijds en de vrijheid van de inrichtende macht anderzijds. De inrichtende macht heeft inderdaad geen ontslagmacht meer en het ontslagen personeelslid behoudt loonbetaling tijdens de hele tuchtprocedure en de procedure voor de arbeidsgerechten (gedurende jaren dus). De rechter zal pas de overeenkomst beëindigen indien hij voldoende ernstige redenen erkent en tegen een billijke en ruime schadevergoeding (nog enkele jaren schadevergoeding). De procedure voor de Kamer van Beroep blijft een belangrijke tussenschakel en moet alleszins ernstig worden genomen door de inrichtende macht, die het best een rijk gestoffeerd en juridisch sluitend dossier indient. Het beschikkend gedeelte van het vonnis of arrest dat ontbinding toestaat, verschaft meer rechtzekerheid tegenover en voor de Vlaamse Gemeenschap, voor zover men althans aanneemt dat art. 28,

§ 2, Schoolpactwet onder het snoeimes van de grondwettigheidstoetsing valt. Een eenzijdige beëindiging door de inrichtende macht kan moeilijk een tegenwerpbare en twistbare titel creëren. Meer nog: de mogelijkheid bestaat dat het personeelslid zelf vaststelt dat de inrichtende macht de overeenkomst beëindigt door niet tewerk te stellen. De tewerkstellingsimmesseeressentieelelementvande arbeids-overeenkomst. De eenzijdige wijziging van een essentieel element maakt eventueel op zichzelf reeds een onrechtmatige eenzijdige beëindiging uit, zodat een opzeggingsvergoeding verschuldigd is.⁴¹ Naast de sanctie van de loonbetaling hangt dus een fikse schadevergoeding boven het hoofd van de inrichtende macht. Wel rijst dan de vraag hoelang het personeelslid deze eenzijdige beëindiging nog kan inroepen, omdat het langdurig stilzwijgend aanvaarden van deze wijziging een afstand kan inhouden.

17. Wegens de diverse mogelijkheden tot interpretatie van het DRP moet de prejudiciële vraag zeer ruim worden geformuleerd. Deze zou bv. als volgt kunnen luiden: «Schen-den art. 28, § 2, Schoolpactwet in samenhang met art. 60, 62 en 64 DRP art. 10, 11 en 24, § 1, G.W., aldus geïnterpreteerd dat zij uitsluiten dat de inrichtende machten van het vrij gesubsidieerd onderwijs de arbeidsovereenkomst met hun personeelsleden kunnen beëindigen buiten de regeling van de voormelde artikelen om, door toepassing van de regelen van het arbeidsrecht, door toepassing van art. 1142, 1184 en 1780 B.W.?» Daarbij wordt dan nog in het midden gelaten of de macht tot eenzijdige beëindiging dan wel de toepassing van art. 1184 B.W. behouden blijft en in hoeverre de toepassing van de loonbetaling beperkt moet worden.

18. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat vanaf 1 september 2000 (door het invoeren van de mandaatconstructie) in het secundair onderwijs elke nieuwe aanstelling in het bevorderingambt van *directeur* nadien door de inrichtende macht onder bepaalde voorwaarden beëindigd kan worden. In een dergelijk geval krijgt de directeur als vastbenoemd personeelslid een betrekking bij de inrichtende macht volgens zijn vaste benoeming voor zijn mandaat. Deze constructie is overigens zowel in het vrij als in het officieel onderwijs ingevoerd.⁴² Door de invoering van het mandaat verkrijgt een inrichtende macht een ruime flexibiliteit in het personeelsbeleid van de onderwijsinstelling. Het gaat niet om een uitbreiding van ontslagrecht ten opzichte van het personeelslid (het personeelslid van wie het mandaat eindigt blijft immers personeelslid), maar wel van de taaktoewijzing. Dit laat meer beleidsruimte voor de inrichtende macht en voorkomt waarschijnlijk ook conflictsituaties. De onrechtmatig ontslagen directeur moet na verloop van tijd terugkomen als leerkracht. In die omstandigheden kan hij er eerder voordeel bij hebben om de eenzijdige onrechtmatige beëin-

⁴¹ Cass. 22 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 906; Cass. 30 december 1985, *Arr. Cass.*, 1958-86, 616, *Arbrb.* Charleroi, 12 april 1999, *Soc. Kron.*, 1999, 454.

⁴² Zie voor het gesubsidieerd onderwijs art. 44^{quater}-44^{terdecies} DRP, ingevoegd door art. 148 Decr. VI. Parl. 14 juli 1998 houdende diverse maatregelen met betrekking tot het secundair onderwijs en tot wijziging van het decreet van 25 februari 1997 betreffende het onderwijs, *B.S.* 29 augustus 1998.

diging vast te stellen. De vanaf volgend schooljaar onder het mandaatsysteem aangestelde directeuren bevinden zich dus in een heel andere juridische en feitelijke machtsverhouding. Voor de eerder aangestelde directeuren blijft de oude regeling gelden.

19. Omdat de vraag van de sancties bij onrechtmatige beëindiging niet werd voorgelegd, verschaft het arrest allesbehalve definitieve antwoorden. De rechtsonzekerheid is groter geworden. Het is de vraag hoe het nu verder moet. Moeten inrichtende machten voortaan kritisch de bevoegdheid van de Kamer van Beroep betwisten op grond van het grondwettelijk gewaarborgde recht op toegang tot de rechter? Men kan ook stellen dat de toepassing van art. 28, § 2, Schoolpactwet zuiver een geschil betreft tussen inrichtende macht en de Vlaamse Gemeenschap. Maar dat is lang niet zeker, aangezien het een subjectief recht van het ontslagen personeelslid betreft en de loondoorbetalingen enkel kunnen worden stopgezet indien minstens een beschikkend gedeelte van een rechterlijke uitspraak stelt dat de overeenkomst beëindigd is. Het zijn dan de arbeidsgerechten en niet de Raad van State die de knoop moeten doorhakken.⁴³

De mogelijkheid bestaat uiteraard dat de decreetgever tussenkomt, maar dat lijkt weinig waarschijnlijk. Ook sociaal overleg, hoe wenselijk dat ook zou zijn, lijkt niet direct een oplossing te bieden. Vakorganisaties hebben immers de laatste decennia geijverd voor een vastheid van betrekking die aanleunt bij het ambtenarenstatuut en meenden deze te hebben bereikt met het DRP, in samenhang met de Schoolpactwet. Een eerste lezing van het arrest moedigt deze stelling aan. De inrichtende machten ervaren dit als een funda-

mentele beknotting van hun onderwijsvrijheid. Wellicht zal het Arbitragehof vroeg of laat worden geroepen om deze delicate rechtspolitieke vraag op te lossen. En dat zou wel eens sneller dan verwacht het geval kunnen zijn. In oktober 1999 werd immers een verzoekschrift ingediend bij het Arbitragehof tot vernietiging van art. 82, 89, 115, 1°, en 120 van het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 14 december 1998 houdende het statuut van gesubsidieerde personeelsleden van het gesubsidieerd vrij onderwijs wegens een bevreemde schending van art. 10, 11 en 24 G.W.⁴⁴ Hoewel de mededeling van deze procedure geen aanduiding bevat van de inhoud van het verzoekschrift houdt de samenhang van de bestreden artikelen onmiskenbaar een betwisting in van de bevoegdheid van de «*Einspruchskammer*». Deze heeft slechts een adviserende bevoegdheid. Voor zover een schending van het gelijkheidsbeginsel werd aangevoerd, zal onvermijdelijk een vergelijking gemaakt worden met het Vlaamse DRP. De aan het Arbitragehof voorgelegde vraag zou dus vanuit onverwachte hoek geformuleerd kunnen worden: zijn de sterk uiteenlopende rechtsposities van personeelsleden van het vrij onderwijs in de diverse Gemeenschappen van dit land strijdig met het gelijkheidsbeginsel?

Hoewel het nog lang niet zeker is of dit vernietigingsberoep juridische duidelijkheid zal scheppen, is het alleszins opmerkelijk dat een onopgemerkt verzoekschrift van de kleine Duitstalige Gemeenschap dergelijke implicaties kan hebben voor het Vlaamse onderwijsrecht.

D. CUYPERS en A. OVERBEEKE
Universiteit Antwerpen (UFSIA)

⁴³ Cass., 17 november 1994, *R.W.*, 1994-95, 1192 en *Arr. Cass.*, 1994, 974.

⁴⁴ B.S., 16 december 1999; pro memorie het Decreet van 14 december 1998 werd pas op 6 mei 1999 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

19 JANUARI 2000

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. François en Coremans

Advocaten: mr. Timmermans loco Traest

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Strafvordering – Verjaringstermijn – Schorsing

De wet van 11 december 1998 tot wijziging, wat de verjaring van de strafdading betreft, van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, houdt geen schending in van de grondwettelijke beginselen inzake gelijkheid en niet-discriminatie.

Arrest nr. 7/2000

Onderwerp van het beroep

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden op 19 mei 1999 werd beroep tot vernietiging ingesteld van de wet van 11 december 1998 tot wijziging, wat de verjaring van de strafdading betreft, van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

De vordering tot schorsing van dezelfde wettelijke bepalingen, ingediend door dezelfde verzoekende partij, is verworpen bij arrest nr. 91/99 van 15 juli 1999, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 9 oktober 1999.

...

In rechte

...

B.1. De verzoekster vordert de vernietiging van de wet van 11 december 1998 «tot wijziging, wat de verjaring van

de strafvordering betreft, van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering». Die wet heeft meer bepaald tot doel art. 24 van die voorafgaande titel te vervangen.

Het Hof, dat de omvang van het beroep moet bepalen op grond van de inhoud van het verzoekschrift, stelt vast dat het zich beperkt tot art. 24, 1°, van de voornoemde titel.

B.2.1. Art. 3 van de wet van 11 december 1998 vervangt art. 24 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering door de volgende bepaling:

«De verjaring van de strafvordering is geschorst ten aanzien van alle partijen:

1° vanaf de dag van de zitting waarop de strafvordering op de door de wet bepaalde wijze bij het vonnisgerecht wordt ingeleid.

De verjaring begint evenwel opnieuw te lopen:

- vanaf de dag van de beslissing van het vonnisgerecht, ambtshalve of op verzoek van het openbaar ministerie, om de behandeling van de zaak onbepaald uit te stellen, tot op de dag waarop de behandeling ervan door het vonnisgerecht wordt hervat;

- vanaf de dag van de beslissing van het vonnisgerecht, ambtshalve of op verzoek van het openbaar ministerie, om de behandeling van de zaak uit te stellen met het oog op het verrichten van bijkomende onderzoeksdaden met betrekking tot het ten laste gelegde feit, tot op de dag waarop de behandeling van de zaak door het vonnisgerecht wordt hervat;

- vanaf de verklaring van hoger beroep bedoeld in art. 203, of de betekening van het hoger beroep bedoeld in art. 205, tot op de dag waarop het hoger beroep op de door de wet bepaalde wijze bij het vonnisgerecht in hoger beroep wordt ingeleid, indien het hoger beroep tegen de uitspraak over de strafvordering enkel uitgaat van het openbaar ministerie;

- vanaf het verstrijken van een termijn van een jaar te rekenen van de dag van de zitting waarop, naar gelang van het geval, de strafvordering bij het vonnisgerecht in eerste aanleg of bij het vonnisgerecht in hoger beroep wordt ingeleid of dit laatste vonnisgerecht beslist uitspraak te doen over de strafvordering, tot op de dag van de uitspraak over de strafvordering door het desbetreffende vonnisgerecht;

2° in geval van verwijzing tot beslissing van een prejudicieel geschil;

3° in het geval bepaald bij art. 447, derde lid, van het Strafwetboek;

4° gedurende de behandeling van een door de verdachte, de burgerlijke partij of de burgerlijk aansprakelijke partij voor het vonnisgerecht opgeworpen exceptie van onbevoegdheid, onontvankelijkheid of nietigheid. Indien het vonnisgerecht de exceptie gegrond verklaart of indien de beslissing over de exceptie bij de zaak zelf wordt gevoegd, is de verjaring niet geschorst.»

B.2.2. Op grond van art. 4 van de wet van 11 december 1998 is het voormelde art. 24 op 16 december 1998 in werking getreden.

B.3. De zeven middelen zijn afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M. Ze dienen tegelijk te worden onderzocht, in zoverre ze, in de eerste plaats, een discriminatie aanklagen tussen alle rechtzoekenden die gerechtelijk worden vervolgd en sommigen onder hen, doordat de eerstgenoemden de nadelige gevolgen zouden moeten onder-

gaan van een gelegenheidswet die alleen tot doel heeft de laatstgenoemden te bestraffen (eerste, tweede en zesde middel), in de tweede plaats tussen rechtzoekenden die worden vervolgd voor feiten die in dezelfde periode zijn gepleegd en die al dan niet ontsnappen aan de verlenging van de verjaringstermijn van de strafvordering zoals die uit de bestreden bepalingen voortvloeit, naargelang het onderzoek naar de strafbare feiten die op hen betrekking hebben snel of minder snel is afgehandeld en ze al dan niet binnen een redelijke termijn zijn berecht (derde, vierde, vijfde en zevende middel).

B.4. De grondwettelijke regelen van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonken wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5. De vergelijkingen die de verzoekster in de uiteenzetting van het derde en vijfde middel maakt tussen haar situatie onder de gelding van de vroegere wet en die welke voortvloeit uit de toepassing van de bestreden wet, zijn niet pertinent. Die vergelijkingen hebben immers betrekking op situaties die door bepalingen zijn geregeld die op verschillende tijdstippen van toepassing zijn; zij behoren niet – anders zou iedere wijziging van de wetgeving onmogelijk worden – tot die welke moeten worden onderzocht om na te gaan of de bestreden bepalingen bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.6. De bestreden bepalingen voorzien in een nieuwe schorsingsgrond voor de verjaring van de strafvordering, namelijk wanneer die strafvordering bij het vonnisgerecht wordt ingeleid. Die schorsing eindigt, en de verjaringstermijn loopt opnieuw, wanneer, op initiatief van het vonnisgerecht zelf of van het openbaar ministerie, de behandeling van de zaak voor onbepaalde duur wordt uitgesteld of met het oog op het verrichten van bijkomende onderzoeksdaden, wanneer het openbaar ministerie hoger beroep instelt en wanneer een jaar is verstreken zonder dat het vonnisgerecht uitspraak heeft gedaan.

B.7. De bestreden bepalingen vloeien voort uit een wetsvoorstel waarvan het doel was in een schorsing voor een periode van zes maanden van de verjaring van de strafvordering te voorzien «in het geval waarin de duur van de uitvoering van een internationale ambtelijke opdracht of van de verzending van de op die uitvoering betrekking hebbende stukken zes maanden overschrijdt» (*Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1387/2, p. 2, met verwijzing naar *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1004/1), en dat beperkt bleef tot de moeilijkheden die verbonden zijn met een bepaald type van taken die in de loop van de voorbereidende fase van het strafproces moeten worden verricht.

De parlementaire discussie heeft ertoe geleid dat meer in het algemeen werd nagegaan of het gepast is de verjaring van de strafvordering te schorsen. In dat nieuwe perspectief werden vier gevallen met betrekking tot de fase van berechting van het strafproces in aanmerking genomen.

B.8. Het feit dat een wetbepaling zou zijn aangenomen nadat de publieke opinie haar ongerustheid of vrees heeft geuit over het feit dat misbruiken zouden worden begaan en getolereerd is niet voldoende om te bewijzen dat die bepaling in strijd zou zijn met de bepalingen die in het middel worden aangevoerd. Welke ook de omstandigheden en overwegingen zijn die aanleiding hebben gegeven tot een nieuwe norm of het ontstaan ervan hebben vergemakkelijkt, er kan alleen op grond van de inhoud van die nieuwe norm worden geoordeeld of hij discriminerend is of niet.

B.9. De wetgever vermocht ervan uit te gaan, zonder de in het middel aangevoerde bepalingen te schenden, dat wanneer een strafvordering bij een vonnisgerecht wordt ingeleid, een van de klassieke verantwoordingen voor het beginsel van de verjaring vervalt, namelijk dat na verloop van tijd, wanneer er geen proces wordt ingesteld, de zaak geleidelijk aan wordt vergeten en de sociale beroering die door een misdrijf is veroorzaakt, afneemt. Bij het nemen van de maatregel heeft hij in waarborgen voorzien om, meer bepaald, te vermijden, enerzijds, dat de onderzoeksmagistraat die de verjaring ziet naderen het dossier haastig afsluit terwijl de magistraat ten gronde later nog altijd bijkomende onderzoeksdaden zou kunnen toestaan en zodoende de behandeling van het dossier ongehinderd verlengen (*ibid.*, nr. 1387/6, p. 9) en, anderzijds, dat de nieuwe schorsingsgrond voor de verjaringstermijn leidt tot een *de facto* onverjaarbaarheid van de strafvordering (*ibid.*, nr. 1387/6, p. 20). Hij heeft beklemtoond dat het Belgische recht inzake de verjaring van de strafvordering bijzonder gunstig was voor de verdachte (*ibid.*, nr. 1387/6, p. 3); hij heeft meer bepaald erop gewezen dat de verjaring aanleiding kon geven tot misbruiken «bijvoorbeeld door personen die reeds in eerste aanleg schuldig werden bevonden en die, door het instellen van hoger beroep, de procedure kunnen rekken zodat de verjaring wordt bereikt. Het voorstel dat de verjaringstermijn niet meer verder zou lopen op het ogenblik dat het onderzoek is afgesloten en de zaak op rechtsgeldige wijze naar het vonnisgerecht wordt verwezen, zou dit euvel kunnen verhelpen» (*ibid.*, p. 6); hij heeft ook opgemerkt dat een hervorming van de regelen inzake verjaring des te noodzakelijker is sedert de inwerkingtreding van de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: «Het aantal procedures die tijdens het vooronderzoek kunnen worden gevoerd is dermate toegenomen dat vooral in complexe zaken het risico op verjaring veel groter is geworden» (*ibid.*, p. 16).

Een dergelijke argumentatie gaat verder dan het bijzondere geval waarnaar de verzoekster verwijst wanneer zij de bestreden bepalingen een gelegenheidswet noemt en daarin de discriminaties ziet die zij aanklaagt. Haar argumenten kunnen niet worden aangenomen.

B.10.1. In haar vierde middel klaagt de verzoekster meer in het bijzonder een discriminatie aan waarvan de beklaagde het slachtoffer zou zijn ten opzichte van het openbaar ministerie, aangezien de verjaringstermijn opnieuw loopt wanneer, nadat de zaak op de zitting is ingeleid, op verzoek van het openbaar ministerie bijkomende onderzoeksdaden worden bevolen, terwijl die termijn geschorst blijft wanneer dergelijke onderzoeksdaden op verzoek van de beklaagde worden bevolen.

Het is duidelijk dat, indien een dergelijk verzoek in beide gevallen ertoe zou leiden dat de verjaringstermijn opnieuw loopt, het, in het ene geval meer dan in het andere, met die bedoeling zou worden gedaan.

B.10.2. Het argument dat in hetzelfde middel wordt afgeleid uit het feit dat de verjaringstermijn geschorst blijft wanneer de onderzoeksdaden op verzoek van de burgerlijke partij worden bevolen, terwijl die termijn opnieuw loopt indien het verzoek uitgaat van het openbaar ministerie, met als gevolg dat de situatie van de beklaagde in het eerste geval minder gunstig zou zijn dan in het tweede, is evenmin grond: aangezien het doel van de bekritiseerde bepaling (art. 24, 1°, tweede lid, tweede streepje) erin bestaat te vermijden dat de behandeling van het dossier voor onbepaalde duur kan worden verlengd wegens tekortkomingen die aan het openbaar ministerie te wijten zouden zijn, kan niet worden verantwoord dat het verzoek van de burgerlijke partij door een analoog beginsel zou worden geregeld.

B.11. Het argument dat in het zesde middel wordt aangevoerd, kan evenmin worden aangenomen. Volgens dat argument zouden de bestreden bepalingen discriminerend zijn, doordat de wetgever de maximumduur van de verjaring met twee jaar zou verlengen nadat hij geoordeeld heeft dat een maximumverjaringstermijn van tweemaal vijf jaar voor wanbedrijven voldoende is. De wetgever mag immers zijn beleid wijzigen. De in het geding zijnde maatregel moet trouwens niet als een verlenging van de verjaringstermijn van de strafvordering worden beschouwd, maar als een schorsing ervan, in bepaalde gevallen die beperkt zijn tot de berechtingsfase van het strafproces.

B.12.1. De verzoekster bekritiseert voorts het ontbreken van overgangsmaatregelen, wat discriminerend zou zijn, en de onmiddellijke toepassing van de bestreden wet, hetgeen ertoe zou leiden dat de bekritiseerde maatregel niet van toepassing is op de rechtzoekenden van wie het dossier snel en binnen een redelijke termijn werd onderzocht, maar wel op de andere rechtsonderhorigen.

B.12.2. De voorwaarden waaronder de verjaring werd verworven krachtens de wet die ten tijde van de feiten van toepassing was, kunnen allicht de verwachting wekken van een verjaring binnen de bij die wet vastgestelde termijn. Het bekritiseerde verschil in behandeling is dan datgene dat de beklaagden raakt wier door de oude wet gewekte verwachtingen door de nieuwe wet worden gedwarsboemd. Een dergelijke kritiek komt erop neer dat de nieuwe wet wordt verweeten dat zij niet in een overgangsstelsel heeft voorzien.

B.12.3. Het zou denkbaar zijn geweest oog te hebben voor dergelijke verwachtingen door een veralgemening van de zorg die de wetgever laat blijken in een geval dat in sommige opzichten analoog is, wanneer hij in art. 2 Sw. bepaalt: «Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd». Maar, terwijl de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de invoering van straffen waarin niet was voorzien op het ogenblik waarop het misdrijf werd begaan niet vatbaar is voor verantwoording, is zulks niet het geval met de onzekerheid die te maken heeft met het feit dat een misdrijf dat reeds strafbaar was op het ogenblik waarop het werd begaan, nog met dezelfde straffen zou kunnen worden gestraft na het verstrijken van de verwachte termijn van verjaring.

B.12.4. Door niet in overgangsmaatregelen te voorzien, heeft de wetgever de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M. niet geschonden.

B.13. De verzoekster verwijt, ten slotte, de bestreden bepalingen het begrip «redelijke termijn» te schenden waarbinnen eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak, overeenkomstig art. 6.1 E.V.R.M.

Buiten de verwijzing naar argumenten waarop het Hof reeds heeft geantwoord, blijft de verzoekster echter in gebreke aan te tonen in hoeverre de schorsing van de verjaringstermijn van de strafvordering die zij bekritiseert, op zichzelf aan dat recht afbreuk doet.

Het komt de rechter toe, rekening houdende met de omstandigheden van de zaak en meer bepaald de complexiteit ervan, met het gedrag van de rechtzoekende en de houding van de bevoegde overheden, na te gaan of in een bepaalde zaak de redelijke termijn niet is overschreden. De rechter kan van die bevoegdheid gebruik maken ten aanzien van alle rechtzoekenden, ongeacht de door de verzoekster beschreven categorie waartoe zij behoren.

B.14. Uit het voorgaande blijkt dat de middelen niet kunnen worden aangenomen.

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 3 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. De Bruyn, Draps en Nelissen Grade

Eredienst – Interne organisatie – Niet-inmenging van de Staat – Recht van verdediging

Uit art. 21 van de Grondwet, volgens welk elke godsdienst vrij haar eigen organisatie inricht, valt af te leiden, enerzijds, dat de benoeming en de afzetting van de bedienaren van een eredienst alleen maar door de bevoegde geestelijke overheid kunnen geschieden overeenkomstig de regels van de eredienst, en, anderzijds, dat de godsdienstige discipline en rechtsmacht op die bedienaren van de eredienst alleen door dezelfde overheid overeenkomstig dezelfde regels kunnen worden uitgeoefend. Krachtens dat beginsel is het hof van beroep niet, zelfs niet in kort geding en met inroeping van het algemeen beginsel van het recht van verdediging, bevoegd om te bevelen dat verweerder zijn pastorale taak verder zou vervullen.

H. t/ B. en Belgische Staat, minister van Justitie

Gelet op het bestreden arrest, op 4 november 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Luik, rechtdoende op verwijzing;

Gelet op het arrest van het Hof van 20 oktober 1994;

...

Overwegende dat art. 21 van de Grondwet bepaalt dat de Staat niet het recht heeft zich te bemoeien met de benoeming of de installatie der bedienaren van enige eredienst; dat uit dat aldus vastgestelde beginsel dat elke godsdienst vrij haar eigen organisatie inricht, valt af te leiden, ener-

zijds, dat de benoeming en de afzetting van de bedienaren van een eredienst alleen maar door de bevoegde geestelijke overheid kunnen geschieden overeenkomstig de regels van de eredienst, en, anderzijds, dat de godsdienstige discipline en rechtsmacht op die bedienaren van de eredienst alleen door dezelfde overheid overeenkomstig dezelfde regels kunnen worden uitgeoefend;

Overwegende dat het bestreden arrest niet uitsluit dat eiser bevoegd was om aan verweerder de hem toevertrouwde jurisdictie en pastorale taak te ontnemen; dat niet wordt betoogd dat er tegen die bisschoppelijke beslissing een beroep naar kerkelijk recht is ingesteld;

Overwegende dat het bestreden arrest op grond van het algemeen beginsel van het recht van verdediging, art. 6.1 E.V.R.M. en bepaalde regels van het kerkelijk recht, beslist «dat het voldoende is vast te stellen dat (eiser) door een eenzijdige handeling, waarover de feitenrechter zal moeten oordelen, (verweerder) een recht heeft ontnomen waarop laatstgenoemde klaarblijkelijk aanspraak kon maken, zonder dat hij verweer heeft kunnen voeren overeenkomstig de hierboven aangevoerde beginselen»;

Overwegende dat krachtens het bovengenoemde grondwettelijk beginsel het hof van beroep niet, zelfs niet in kort geding bevoegd was om te bevelen dat verweerder zijn pastorale taak verder zou vervullen;

...

NOOT – Zie Cass., 20 oktober 1994, *R.W.*, 1994-95, 1082.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 8 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Verbist

Douane en accijnzen – Onderzoek – Ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie – Visitatierecht – Bijstand aan de ambtenaren van douane en accijnzen – Eigen bevoegdheden van de ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie

Krachtens art. 87 van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-80, hebben de administratie van de bijzondere belastinginspectie en de ambtenaren ervan de bevoegdheden die door de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake belastingen, rechten en taksen werden verleend aan de fiscale administraties en de ambtenaren ervan.

Uit de parlementaire voorbereiding van deze wetsbepaling blijkt dat de ambtenaren van de administratie van de bijzondere belastinginspectie alle machten hebben die de verschillende belastingwetten toekennen aan de ambtenaren van de administratie van de B.T.W., registratie en domeinen, de administratie der directe belastingen en de administratie der douane en accijnzen.

Het vermelde art. 87 van de wet van 8 augustus 1980 verleent derhalve aan de ambtenaren van de bijzondere belasting-

inspectie de machten van de ambtenaren der douane en accijnzen, o.m. deze tot het verrichten van visitatie onder de voorwaarden bepaald in art. 197 van de Algemene Wet Douane en Accijnzen.

De omstandigheid dat ambtenaren van de bijzondere inspectie niet zelf de visitatie bedoeld in art. 197 A.W.D.A. verrichten, maar hiervoor slechts bijstand verlenen aan ambtenaren der douane en accijnzen, doet geen afbreuk aan de eigen machten inzake douane en accijnzen van de ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie.

G. en N.V. G. t/ O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 juni 1997 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens de artikelen 188, 189, 197 en 198 Algemene Wet Douane en Accijnzen (A.W.D.A.) de ambtenaren der douane en accijnzen, bij hun opsporingen van sluikerij op het stuk van de douane, door een rechter in de politierechtbank kunnen worden gemachtigd huizen, erven en panden te visiteren;

Dat krachtens art. 186, § 1, A.W.D.A. alle ambtenaren en beambten van de openbare besturen met de ambtenaren der douane en accijnzen kunnen medewerken aan de visitaties;

Overwegende dat krachtens art. 87 van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980 de administratie van de bijzondere belastinginspectie en de ambtenaren ervan de bevoegdheden hebben die door de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake belastingen, rechten en taksen werden verleend aan de fiscale administraties en de ambtenaren ervan; dat uit de parlementaire voorbereiding van deze wetsbepaling blijkt dat de ambtenaren van de administratie van de Bijzondere Belastinginspectie alle machten hebben die de verschillende belastingwetten toekennen aan de ambtenaren van de administratie van de B.T.W., registratie en domeinen, de administratie der directe belastingen en de administratie der douane en accijnzen;

Dat het vermelde art. 87 van de wet van 8 augustus 1980 derhalve aan de ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie de machten van de ambtenaren der douane en accijnzen verleent, onder meer die tot het verrichten van visitatie onder de voorwaarden bepaald in art. 197 A.W.D.A.;

Overwegende dat de omstandigheid dat ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie niet zelf de visitatie bedoeld in art. 197 A.W.D.A. verrichten, maar hiervoor slechts bijstand verlenen aan ambtenaren der douane en accijnzen, geen afbreuk doet aan de eigen machten inzake douane en accijnzen van de ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie;

Overwegende dat het onderdeel dat uitgaat van de onderstelling dat ingevolge de artikelen 63 en 72 van de wet van 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen de ambtenaren van de administratie van de bijzondere belastinginspectie geen bijstand mogen verlenen bij een visitatie met toepassing van artikel 197 A.W.D.A., faalt naar recht;

NOOT – *De bijzondere belastinginspectie, van alle markten thuis*

De problematiek waarmee het Hof van Cassatie werd geconfronteerd, betrof de vraag of ambtenaren van de bijzondere belastinginspectie gerechtigd waren om technische bijstand te verlenen bij een huiszoeking die werd uitgevoerd door de administratie van douane en accijnzen.

Het ging om een visitatie die werd uitgevoerd door de diensten van de douane en accijnzen, overeenkomstig de bepalingen van art. 188, 189 en 197 Algemene Wet Douane en Accijnzen (hierna: A.W.D.A.), met het oog op opsporing van douanemisdrijven. In het raam hiervan werd er technische bijstand verleend door ambtenaren van de bijzondere inspectiedienst, dit op grond van art. 186, § 1, A.W.D.A. Tijdens de huiszoeking worden er bijna geen elementen aangetroffen met betrekking tot de overtreding van de douanewetgeving, maar wel stukken die erop konden wijzen dat er overtredingen waren inzake W.I.B. en W.B.T.W. Met toepassing van art. 210 A.W.D.A. werden deze toegezonden aan de bevoegde belastingadministraties, op grond waarvan uiteindelijk tot strafvervolgning werd overgegaan.

Eisers in cassatie werpen op dat, sedert het charter van de belastingplichtige ingevoerd bij wet van 4 augustus 1986, het ambtenaren van een fiscale administratie niet meer was toegestaan in strafrechtelijke onderzoeken op te treden in een andere bevoegdheid dan die van getuige, dit op straffe van nietigheid van de akte van rechtspleging. In het eerste middel van de memorie wordt gesteld dat er een analogie bestaat tussen huiszoekingen in het raam van een gemeenrechtelijke procedure en een huiszoeking inzake douanewetgeving. Gelet op deze analogie zouden de leden van de bijzondere belastinginspectie niet gerechtigd zijn geweest om deel te nemen aan de huiszoeking. Daar de wetgeving inzake douane en accijnzen geen dergelijke bepaling bevat en derhalve, overeenkomstig art. 186, § 1, A.W.D.A., technische bijstand van de ambtenaren van de B.B.I. mogelijk was, ontwaren eisers in cassatie een schending van het gelijkheidsbeginsel. Immers, in vergelijking met de onderzoeken die door de gerechtelijke overheden worden uitgevoerd, zou de verdachte in het raam van een douaneonderzoek benadeeld zijn. Het stellen van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof was volgens eisers dan ook onontbeerlijk.

Het Hof van Cassatie heeft kort kunnen antwoorden op de bemerkingen van eisers. Immers, sedert de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen, meer bepaald art. 87, hebben de leden van de B.B.I. alle machten die toekomen aan de ambtenaren van de diverse belastingadministratie (De Mot, F., «Fiscaal strafprocesrecht», in *Fiscale praktijkstudies*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 114). Wat het onderhavig geschil betreft, hebben de ambtenaren van de B.B.I. alle bevoegdheden die een ambtenaar van douane en accijnzen heeft. Voor onderzoeken inzake overtredingen van de douanewetgeving is de B.B.I. dus gerechtigd om zelf, met toepassing van art. 197 A.W.D.A., een visitatie uit te voeren. *In casu* verleende de B.B.I. enkel technische bijstand, wat geen probleem was: immers, «qui peut le plus, peut le moins».

Volledigheidshalve dient nog te worden gewezen op art. 98 van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen, dat wijzigingen aanbrengt aan art. 87 van de wet van 8 augustus 1980. In haar nieuwe versie be-

paalt voormeld artikel dat benevens de ambtenaren van de B.B.I., ook de leden van de administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit (A.O.I.F.) alle bevoegdheden hebben inzake de diverse belastingwetgevingen (Sablón, S. en Vanheeswijck, L., «Het administratieve luik» in Van Istendael, F. en Van Orshoven, P. (red.), *De nieuwe fiscale procedure*, Diegem, Ced. Samsom, 1999, 56). De stelling van het Hof van Cassatie is derhalve *mutatis mutandis* ook van toepassing op de A.O.I.F.

Het resultaat zou anders zijn geweest indien de bijstand werd verleend door ambtenaren van de administratie der directe belastingen of van de administratie van de B.T.W. Deze ambtenaren hebben niet die specifieke kenmerken eigen aan de B.B.I. Zij zijn gebonden door hun hoedanigheid en de wetgeving waarvoor zij bevoegd zijn. Daar in bijna alle fiscale wetgevingen bepalingen voorkomen gelijklopend aan die van art. 463 W.I.B. 92 zouden de onderzoeksdaden nietig zijn. Deze bepaling maakt geen onderscheid of het strafrechtelijk onderzoek plaatsheeft door de reguliere politiediensten in opdracht van de gerechtelijke overheden dan wel of het wordt gevoerd door de administratie van douane en accijnzen.

Tot slot dient erop te worden gewezen dat het verhaal waarschijnlijk ook een andere wending zou hebben gekregen indien uit de feiten zou gebleken zijn dat het onderzoek naar de overtredingen van de douanewetgeving enkel een voorwendsel was om inlichtingen in te winnen inzake overtredingen van het W.I.B. en het W.B.T.W. In dat geval zou er sprake zijn geweest van machtsafwending. Het onderzoek zou dan inderdaad nietig zijn geweest. (Cass., 23 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 326; Luik, 12 september 1997, *F.J.F.*, 1997, 625; Antwerpen, 10 juni 1991, *R.W.*, 1992-93, 364 en Buysse, C., «De medewerking van belastingambtenaren aan het fiscaal strafrechtelijk onderzoek», *T.F.R.*, 1996, 191).

Henri Vanderlinden

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 4 FEBRUARI 2000

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Londers

Openbaar ministerie: de h. Thijs

Burgerlijke rechtspleging – Wraking – Wrakingsgronden – Schending art. 6 E.V.R.M.

De redenen tot wraking worden door art. 828 Ger.W. op beperkende wijze opgesomd. Een schending van art. 6 E.V.R.M. kan geen grond tot wraking opleveren.

D.

Gelet op het verzoekschrift tot wraking neergelegd ter griffie van het Hof van Beroep te Gent op 14 januari 2000;

Gelet op het antwoord van raadsheer D. gegeven op 14 januari 2000, waarin zij verklaart dat er geen reden tot wraking bestaat en dat zij weigert zich van de zaak te onthouden;

Gehoord verzoeker in zijn opmerkingen;

Overwegende dat de wraking wordt voorgedragen om reden dat «de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van betrokken magistraat (...) in het gedrang is», zodat «in het raam van een goede rechtsbedeling het dan ook passend voorkomt dat betrokken magistraat zich van verdere behandeling van (de) zaak zou onthouden»;

Dat verzoeker «voor zoveel als nodig», een beroep doet op art. 6.1 E.V.R.M. en art. 14.1 I.V.B.P.R.;

Overwegende dat, aangezien de redenen tot wraking op beperkende wijze worden opgesomd in art. 828 Ger.W., een beweerde en algemeen geformuleerde schending van de onpartijdigheid of de onafhankelijkheid van de rechter niet bij wege van wraking kan worden aangevoerd;

Dat het verzoek niet aangeeft hoe en waardoor de omstandigheden die verzoeker aanvoert ter ondersteuning van de wraking, de in art. 828 Ger.W. vermelde gronden van wraking kunnen opleveren;

Overwegende dat art. 828 Ger.W. een limitatieve opsomming geeft van de wrakingsgronden die bij middel van die procedure mogen worden aangevoerd, zodat een schending van art. 6.1 E.V.R.M. en 14 I.V.B.P.R. geen grond tot wraking kan opleveren;

Dat het verzoek moet worden verworpen.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

2e KAMER – 25 OKTOBER 1999

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Magerman en Van Nessen

Openbaar ministerie: de h. D'Halleweyn

Advocaten: mrs. Engelen, Vanbuul en Romain

Onderwijs – 1. Vrij gesubsidieerd onderwijs – Rechtspositiedecreet – Gerechtelijke ontbinding uitgesloten – Geen ontslag mogelijk bij wijze van tuchtmaatregel – Geen eenzijdige beëindiging wegens volgehouden onverenigbaarheden – Geen gedwongen reïntegratie mogelijk – 2. Vrijheid van onderwijs – Inhoud – Actieve en passieve onderwijsvrijheid

1. Het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs staat geen gerechtelijke ontbinding toe op grond van art. 1184 B.W. om de bestaande wetelijke bepalingen inzake tucht en ontslag te vermijden.

De rechtbank kan de inrichtende macht ook niet machtigen tot ontslag over te gaan, aangezien een personeelslid enkel kan worden ontslagen in de bij decreet bepaalde gevallen en met aanwending van de geëigende procedures. De Kamer van Beroep oordeelt in laatste aanleg over tuchtrechtelijke sancties.

De arbeidsgerechten kunnen geen gedwongen reïntegratie bevelen van een personeelslid van het vrij gesubsidieerd onderwijs.

2. De vrijheid van onderwijs betreft niet alleen de vrijheid van de ouders en de leerlingen om een bepaalde onderwijsvorm te kiezen (de passieve onderwijsvrijheid), maar eveneens de vrij-

heid om te onderwijzen, individueel of binnen een organisatie, de vrijheid om een school te openen en te organiseren (de actieve onderwijsvrijheid).

V. t/ V.Z.W. O.-L.-V.

4. Ten gronde

4.1. Analyse van de vorderingen

Overwegende dat de vorderingen ervan uitgaan dat partijen nog steeds onderling door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden.

4.1.1. Overwegende dat geïntimeerde primair de arbeidsovereenkomst beoogt te beëindigen door middel van de gerechtelijke ontbinding (art. 1184 B.W.), subsidiair door middel van een ambtshalve ontslag, minstens door haar te machtingen appelland eenzijdig op te zeggen tegen betaling van een te bepalen vergoeding; dat appelland zich verzet tegen welke beëindigingsvorm ook en geen vordering in schadeloosstelling heeft gesteld.

4.1.2. Overwegende dat subsidiair de discussie de reïntegratie van appelland als schooldirecteur betreft.

Overwegende dat in de marge van dit oordeel van het geschil er een onderscheid is wat de vastheid van betrekking betreft tussen de functie van vast benoemd leraar en die van tijdelijk aangestelde in het bevorderingsambt van directeur; dat de rechtsverhouding tussen de inrichtende macht en appelland in zijn functie van «directeur» niet werd geregeld door het Decreet Rechtspositie, maar het voorwerp uitmaakt van een lastgeving gevat in een afzonderlijke overeenkomst; dat slechts sedert 1 september 1999 een decreet van het Vlaams Parlement van 14 juli 1998 van toepassing is waarbij elke *nieuwe* aanstelling in het bevorderingsambt van een directeur wordt toegewezen bij mandaat dat door de inrichtende macht kan worden beëindigd mits bepaalde voorwaarden worden in acht genomen (inpassing art. 148: artikelen 44*quinquies*, § 2 en 44*decies*); dat in de nieuwe regeling een directeur principieel zijn vroegere tewerkstelling als leraar terugkrijgt indien hij vastbenoemd was en dit wenst (art. 44*undecies*); dat ingevolge de juridische constructie van de toepasselijkheid van de wet in de tijd, dit jongste decreet geen gevolgen heeft op de rechtsverhouding tussen partijen; dat contractueel nochtans een onderscheid bestaat tussen beide functies wat de vastheid van betrekking betreft, omdat enkel de benoeming als leraar een «vastheid» heeft die wordt beschermd door het Decreet Rechtspositie.

Overwegende dat te dezen partijen onder de vorm van reïntegratie de onafscheidelijke uitvoering verstaan zowel van de arbeidsovereenkomst met een vaste benoeming als leraar tot voorwerp, als wel van het tijdelijk «mandaat» als directeur, meer bepaald de verplichting van de werkgever diens werknemer het contractueel bedongen werk te verschaffen, d.w.z. de verplichting een overeenkomst uit te voeren; dat bovendien in dit kader appelland niet alleen een juridische afdwingbaarheid nastreeft, maar concreet verzoekt te worden gemachtigd deze afdwingbaarheid desnoods door tussenkomst van de openbare macht te realiseren.

Overwegende dat de vraag omtrent de mogelijkheid tot reïntegratie slechts kan rijzen in zoverre de arbeidsovereenkomst nog bestaat en appelland de uitvoering ervan kan vorderen.

4.2. Gerechtelijke ontbinding (art. 1184 B.W.)

4.2.1. Overwegende dat deze algemene beëindigingsvorm, bepaald in art. 1184 B.W., principieel eveneens van toepassing is op de arbeidsovereenkomst (Cass., 26 oktober 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 291; 23 november 1991, *R.W.*, 1981-82, 1405 met noot); dat evenwel niet elke tekortkoming (fout of niet-uitvoering van een verbintenis) aan de bij overeenkomst aangegane verbintenissen noodzakelijk de ontbinding impliceert van de overeenkomst, deze verweten tekortkoming niet noodzakelijk samenvalt qua eerste met het begrip *dringende reden* zoals dit gebruikelijk in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet wordt begrepen, maar wel een duidelijk reële ernst dient te vertonen en bovendien van aard is schade te berokkenen aan de belangen van de wederpartij; (Arbrb. Brussel, 3 februari 1988, *R.A.B.*, 1988, 138; Arbh. Bergen, 10 augustus 1989, *J.T.T.*, 1990, 343); dat het tot de bevoegdheid van de rechter behoort om een en ander te beoordelen.

4.2.2. Referentiekader

Overwegende dat het antwoord op de vraag of bepaalde gedragingen al dan niet als fout kunnen worden aangemerkt afhangt van de mate waarin deze gedragingen al dan niet overeenstemmen met de concrete contractuele afspraken of met de verwachtingen die hieruit rechtmatig voortvloeien; dat deze gedraging derhalve dient te worden getoetst aan een bepaald referentiepatroon, te dezen aan de wijze van leiding geven en het beheren van een school binnen het vrij – te dezen katholiek – gesubsidieerd onderwijs.

Overwegende dat dient te worden nagegaan welke contractuele afspraken appelland maakte met geïntimeerde, welke bevoegdheden in de organisatie van geïntimeerde en de V.Z.W. eigen zijn aan de functie van schooldirecteur, op welke wijze deze overeenkomsten en statuten daadwerkelijk worden of werden uitgevoerd en de verwachtingen die hieruit rechtmatig konden voortvloeien; dat de beoordeling door de rechter van de concreet gewraakte handelingen derhalve slechts mogelijk is wanneer een duidelijke omschrijving van dit referentiepatroon voorligt, opdat een beoordeling of het kwetsieuze gedrag hiermee in overeenstemming is of niet, zou kunnen worden uitgebracht.

4.2.3. Eigenheid van een vorm van onderwijs: art. 24 G.W.

Overwegende dat art. 24 G.W., dat de vrijheid van onderwijs garandeert, de mogelijkheid voor privé-personen impliceert om naar eigen inzicht onderwijs te organiseren en te laten verstrekken, zowel naar de vorm als naar de inhoud van dat onderwijs; dat deze vrijheid eveneens de vrijheid voor de inrichtende macht omvat om het personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld met het oog op de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen; (Arbitragehof, 4 maart 1993, nr. 18/93, *B.S.*, 24 maart 1993); dat deze vrijheid overigens in verscheidene supranationale verdragen wordt gegarandeerd (E.V.R.M., art. 9; U.V.R.M. art. 18; BUPO-Verdrag, art. 1834).

Overwegende dat deze vrijheid dus niet enkel de vrijheid betreft van de ouders en de leerlingen om een bepaalde onderwijsvorm te kiezen (de passieve onderwijsvrijheid), maar eveneens de vrijheid om te onderwijzen, individueel of binnen een organisatie, de vrijheid om een school te openen en te organiseren (de actieve onderwijsvrijheid) (Craenen, G., «Vrijheid en recht volgens artikel 17 van de Grondwet», T.B.P., 1990, p. 39 e.v.); dat de inhoud van deze vrijheid het ondeel-

baar geheel van persoonlijkheidsvorming en kennisoverdracht betreft (E.H.R.M., Campbell en Cosans, 25 februari 1982, serie A, vol. 48: in vertaling: «onderwijs is een totaalproces waardoor in een gegeven maatschappij volwassenen trachten hun geloof, culturele en andere waarden door te geven aan de jongeren, en waarbij onderwijs of opleiding specifiek verband houdt met de overdracht van kennis en intellectuele ontwikkeling»); dat te dezen de inrichtende macht een katholiek onderwijs beoogt: dat, aangezien het organiseren van onderwijs voor de organisatoren ervan essentieel betrekking heeft op de selectie en sturing van leerkrachten, zulks impliceert dat de organisatoren een voldoende graad van autonomie in deze selectie en sturing van het onderwijzend personeel kunnen hebben ten einde hun doelstellingen na te streven.

Overwegende dat de aldus geconcipieerde actieve onderwijsvrijheid beperkt wordt door de passieve onderwijsvrijheid, nl. de waarborg die de ouders en leerlingen hebben bij de vrije keuze van de instelling die zij kiezen voor het volgen van hun individueel onderwijs, in zoverre de overheid deze keuze praktisch mogelijk maakt of gemaakt heeft in het raam van het bestaande schoolpact; dat de vrijheid van onderwijs op zichzelf evenwel geenzins impliceert dat de ouders en leerlingen zelf de inhoud en de vorm van het onderwijs kunnen opleggen aan de organisatoren van het onderwijs dat zij volgen, welke onmogelijkheid te dezen blijkbaar een onderliggende oorzaak is geweest van wijvingen binnen het lyceum tussen de onderscheiden belangengroepen (inrichtende macht, oudervereniging en lerarencorps) in verband met de invoering en onmiddellijke afbouw van een afdeling «Menswetenschappen»; dat de vraag of het lesprogramma inhoudelijk beantwoordt aan de normen gesteld door de overheid om een diploma te kunnen homologeren, niet relevant is, in die zin dat de keuze op zichzelf vrij blijft zij het dan met alle risico's vandien voor de organisatoren, o.a. wat erkenning en subsidiëring betreft en voor de leerlingen wat de erkenning van hun diploma en certificaten betreft zo de opgelegde normen niet worden nageleefd door de onderwijsinrichting.

4.2.4. Delegatie van opdracht aan de directeur en verantwoordelijkheid

Overwegende dat, daar de inrichtende macht de dagelijkse leiding niet zelf uitoefent, maar dit middels een overeenkomst opdraagt aan een wederpartij, tussen deze partijen in de eerste plaats de dwingende kracht geldt van de concrete overeenkomst die zij aangingen; dat telkens als de organisator van een onderwijsinstelling een overeenkomst sluit met een wederpartij om een school te leiden en hem daartoe bepaalde bevoegdheden verleent én opdrachten toevertrouwt, zijzelf evenzeer door deze overeenkomst gebonden is; dat, zoals reeds vermeld, in het raam van deze afspraken bij referentie zal dienen te worden nagegaan welke bevoegdheden volgens de statuten van de V.Z.W. aan de schooldirecteur werden toevertrouwd, en op welke manier hij die opdrachten uitvoerde, waarbij deze laatste kan worden ter verantwoording geroepen voor eventuele machtsoverschrijdingen of tekortkomingen in dat verband.

4.2.5. Sociaalrechtelijke bescherming van de directeur als vastbenoemde leerkracht

Overwegende dat, aangezien de leerkrachten in ondergeschikt verband hun functie uitoefenen, zij evenzeer een beroep kunnen doen op de sociaal beschermende bepalingen

die op deze samenwerkingsvorm van toepassing zijn, zoals onder meer die welke betrekking hebben op ontslagbeperkingen of -verboden; dat in de beoordeling van gedragingen en handelingen van appellant als een fout en de gevolgen van deze fout op het voortbestaan van de overeenkomst, derhalve niet alleen de actieve onderwijsvrijheid dient te worden nageleefd, maar eveneens de dwingende kracht van de statuten van geïntimeerde, de contractuele afspraken tussen partijen, alsmede de sociaal beschermende bepalingen eigen aan de arbeid in ondergeschikt verband.

Overwegende dat in dit verband het «Decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra» dient te worden gelezen, waarvan partijen de geldingskracht niet betwisten wat betreft de rechtspositie van appellant; dat evenmin wordt betwist dat appellant vastbenoemd is.

Overwegende dat de inhoud van «een vaste benoeming» door voornoemd decreet niet *expressis verbis* wordt omschreven; dat evenwel uit de regeling als geheel en uit de memorie van toelichting bij het totstandkomen van het decreet niet anders kan verstaan worden dan dat de vaste benoeming een afstand meebracht van elke eenzijdige beëindiging voor zover die door het Decreet zelf niet werd bepaald (Decreet Rechtspositie, B.S., 25 mei 1991, memorie van toelichting Vlaamse Raad, 1990-91, nr. 471/1, p. 1; Arbitragehof, 17 februari 1999, nr. 1172, Arr. Arbitragehof p. 207); dat op die wijze werd gepoogd een evenwichtige regeling te treffen waarbij enerzijds de vrijheid van onderwijs (inrichtende machten) en anderzijds de sociale rechten van het personeel werden geëerbiedigd; dat meteen door de regeling zelf de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken ten eerste werd beperkt wat betreft het beoordelen van de tekortkomingen van het personeel dat valt onder de tuchtprocedure bepaald bij het Decreet, terwijl bovendien, door de onttrekking aan een algemeen recht tot eenzijdige beëindiging buiten het Decreet om, de mogelijkheden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een vastbenoemd personeelslid uitermate werden beperkt; dat immers de bijzondere rechtstoestand van het personeelslid een geheel van dwingende maatregelen omvat waarvan bij contract niet kan worden afgeweken, wat een uitschakeling van de Arbeidsovereenkomstenwet impliceert; (Cass., 17 november 1994, R.W., 1994-95, 1193; Soc. Kron., 1995, 124; Lenaerts H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, 1985, p. 17-18; memorie van toelichting, Vlaamse Raad, 1990-91, nr. 471/1, p. 19; Lenaerts H., conclusie voor Cass. 25 juni 1979, R.W., 1979-80, 186); dat aldus de beëindiging ervan enkel mogelijk is, ofwel, met instemming van het personeelslid, ofwel, in de gevallen die als definitieve ambtsneerlegging worden omschreven (art. 60), ofwel, door het ontslag als tuchtmaatregel (art. 64, 6°); dat deze definitieve ambtsneerlegging, geregeld in art. 60, drie soorten omstandigheden bevat: a) de omstandigheid dat het personeelslid niet meer voldoet aan de essentiële wettelijke basisvoorwaarden voor een vaste benoeming in het onderwijs; b) overmacht (zie Craenen, G., o.c.); c) omstandigheden waaruit de duidelijke wilsuiting van het personeelslid blijkt om zelf het ambt niet verder te willen vervullen.

Overwegende dat wat betreft de gevolgen van tekortkomingen aan hun plichten, het Decreet dit uitsluitend regelt binnen de tuchtregeling en met naleving van een geëigende procedure.

Overwegende derhalve dat, wanneer geïntimeerde toepassing wil maken van art. 1184 B.W., de rechter de beweerdte wanprestatie dient te beoordelen rekening houdende met alle voorgaande normen en uitsluitingen; dat art. 1184 B.W. geen aparte weg opent om de bestaande wettelijke bepalingen inzake tucht en ontslag te vermijden; dat derhalve niet alleen de gedragingen zelf binnen het voormelde referentiekader dienen te worden beoordeeld, maar m.b.t. de gevolgen van een eventueel foutief gedrag, eveneens het vaste karakter van de benoeming dient te worden in acht genomen en een gerechtelijke ontbinding slechts kan worden uitgesproken zo deze niet strijdig is met de bestaande wettelijke of contractuele ontslagbeperkingen en -verboden.

4.3. *Machtiging tot eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst*

Overwegende dat geïntimeerde aanvoert dat elke overeenkomst zonder tijdsbepaling eenzijdig kan worden beëindigd door ieder van de contractanten; dat, aangezien in wettelijke arbeidsovereenkomsten tussen partijen van contractuele aard zijn, eenzijdig een einde kan worden gemaakt aan de bestaande overeenkomst, eventueel tegen betaling van een schadevergoeding, en zij dit Hof verzoekt haar daartoe te machtigen, mits bepaalde modaliteiten te bepalen.

Overwegende dat wanneer tussen partijen een overeenkomst wordt gesloten, deze overeenkomst in principe dient te worden uitgevoerd overeenkomstig art. 1134 B.W.; dat geen algemeen recht tot eenzijdige beëindiging van een overeenkomst bestaat buiten de mogelijkheid daartoe bepaald in de kwestieuze overeenkomst zelf en overeenkomstig de formaliteiten die daarin worden geregeld; dat, aangezien geen mogelijkheid tot afwijking werd bedongen, de eenzijdige verbreking niet kan worden toegestaan door de rechter, die enkel zou kunnen vaststellen op verzoek van een partij, dat de andere partij wederrechtelijk tot een dergelijke beëindiging overging en hij zich eventueel zou kunnen uitspreken over de schade die daardoor ontstond voor de wederpartij, in zoverre deze laatste een dergelijke vordering aan zijn oordeel zou hebben onderworpen, wat alvast te dezen tot op heden nog niet het geval is.

Overwegende dat geïntimeerde, hierin blijkbaar gevolgd door de eerste rechter, voorts aanvoert dat de afwezigheid van zo'n algemeen recht tot eenzijdige beëindiging in strijd is met art. 4 E.V.R.M., dat het principe vastlegt dat «niemand in slavernij of dienstbaarheid mag worden gehouden», en geïntimeerde daaraan een verbodsbepaling koppelt om levenslange verbintenissen aan te gaan.

Overwegende dat geen algemeen verbod tot het aangaan van levenslange verbintenissen bestaat; dat inzake arbeidsovereenkomsten enkel een wettelijke beperking aan deze contractuele vrijheid werd gesteld door art. 1780 B.W. en art. 7 van de Arbeidsovereenkomstenwet; dat art. 1780 B.W. immers bepaalt dat «men zijn diensten slechts voor een tijd of voor een bepaalde onderneming kan verbinden» en de afstand van het recht deze bepaling in te roepen strijdig is met de openbare orde, maar een beperking van dit recht, zonder de uitoefening van het recht zelf absoluut onmogelijk te maken, niet *per se* afbreuk doet aan de bepalingen van art. 1780 B.W.; dat in het raam van art. 7 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat aanleunt bij het algemeen principe vervat in art. 1780 B.W., de vaste benoeming in het onderwijs

geen arbeidsovereenkomst voor het leven is, maar wel een contractuele benoeming van onbepaalde tijd, met een waarborg wat de vastheid van betrekking betreft zolang het personeelslid zijn beroepsactiviteiten wenst uit te oefenen binnen dit onderwijs, een waarborg waarvan het alvast de werknemer vrijstaat er al dan niet gebruik te maken terwijl het de werkgever niet berooft van de ontslagmogelijkheden die zijn geregeld bij decretale bepalingen; dat op deze beperking – zoals die bestaat in de arbeidsovereenkomstenwetgeving – immers wettelijke afwijkingen kunnen worden bepaald en dat specifiek *in casu* de vaste benoemingen in het onderwijs geenszins uitsluit dat onder bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden vermeld in het kwestieuze Decreet Rechtspositie, wel degelijk de mogelijkheid tot eenzijdige beëindiging bestaat en er dus geenszins sprake is van levenslange binding, zodat geïntimeerde geen feitelijke grondslag heeft voor haar argumentatie; dat bovendien art. 4 E.V.R.M., toegepast te dezen, enkel zou kunnen worden ingeroepen door de werknemer, slachtoffer van deze «onmenselijke toestand», omdat de werkgever bezwaarlijk kan beweren in een toestand van slavernij te vertoeven door het sluiten van de overeenkomst met zijn werknemer.

Overwegende aldus dat dient te worden vastgesteld dat geldig kon worden bepaald dat geïntimeerde enkel in de bij decreet geregelde gevallen en met aanwending van de geëigende procedures de bestaande arbeidsovereenkomst kan beëindigen en zij derhalve niet kan worden gemachtigd tot beëindiging via een andere weg.

Overwegende dat het hoofdberoep in die mate reeds grond voorkomt en het bestreden vonnis dient te worden ternietgedaan.

4.4. *Eenzijdige beëindiging wegens wanprestaties*

Overwegende dat, in zoverre geïntimeerde verzoekt te worden gemachtigd appellant te ontslaan wegens wanprestaties, dit wil zeggen wegens tekortkomingen aan zijn verplichtingen, dit volgens art. 64 van het Decreet Rechtspositie enkel aanleiding kan geven tot tuchtrechtelijke sancties; dat de Kamer van Beroep reeds oordeelde over de door de tuchtraad uitgesproken tuchtmaatregel en vaststelde dat de ten laste gelegde tekortkomingen geen ontslag als tuchtmaatregel rechtvaardigden; dat het Decreet Rechtspositie uitdrukkelijk bepaalt (art. 69, § 2) dat de Kamer van Beroep *in laatste aanleg* hierover oordeelt, zodat dit principe vaststaat en de tekortkomingen die appellant werden aangewreven tijdens de tuchtprocedure derhalve geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst wettigen; dat enkel een tijdelijke schorsing als sanctie voor bepaalde gedragingen werd opgelegd; dat geen van beide partijen de vernietiging of herziening van deze beslissing vraagt, wat haar uitwerking betreft, zodat de vraag of de arbeidsrechtbank al dan niet bevoegd is om de grond van die beslissing opnieuw te onderzoeken of een marginaal toetsingsrecht zou hebben in verband met de rechtmatigheid van de gevolgde procedure, niet rijst.

Overwegende derhalve dat dient te worden vastgesteld dat geïntimeerde niet mag worden ontslagen als tuchtmaatregel wegens de fouten die reeds werden aangevoerd en beoordeeld, het Hof die beslissing dient te eerbiedigen en niet bevoegd is om geïntimeerde te machtigen tot over te gaan tot een eenzijdige beëindiging op voormelde gronden.

4.5. Eenzijdige beëindiging wegens volgehouden onverenigbaarheden

Overwegende dat in zoverre geïntimeerde de beëindiging zou vorderen wegens onverenigbaarheden, zij nalaat aan te tonen dat de onverenigbaarheden die voortvloeien uit de specificiteit van het opvoedingsproject, schriftelijk aan appellant werden meegedeeld vóór de indiensttreding en dat deze werden vastgelegd in de overeenkomst of het besluit van indiensttreding, zoals dit wordt vereist door art. 16 van het «Decreet Rechtspositie»; dat voorts deze onverenigbaarheden slechts als definitieve ambtsneerlegging kunnen worden beschouwd na uitputting van de procedure, wanneer het personeelslid alsnog weigert aan de vastgestelde en volgehouden toestand van onverenigbaarheid een einde te maken; dat *in casu* er nog niet door een geëigende procedure enige onverenigbaarheid werd vastgesteld, zodat er evenmin sprake kan zijn van een weigering desondanks hieraan een einde te maken.

Overwegende derhalve dat, gelet op het in laatste aanleg gevelde oordeel van de Kamer van Beroep, door dit Arbeidshof niet meer kan worden vastgesteld dat de tekortkomingen van appellant of enige onverenigbaarheid in zijn persoon, een dergelijke wanprestatie zouden uitmaken die een gerechtelijke ontbinding zou kunnen wettigen; dat het incidenteel beroep (...) derhalve ongegrond is.

4.6. Prejudiciële vragen (1)

Overwegende dat de prejudiciële vraag in die zin onduidelijk is in de mate dat zij de juridische beëindigingsmogelijkheid van de arbeidsovereenkomst en het daadwerkelijk verder samenwerken of de verplichte reïntegratie in eenzelfde context plaatsen; dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig en, anderzijds, de uitvoering ervan, het verschaffen van werk, dit wil zeggen de feitelijke en daadwerkelijke reïntegratie van appellant als schooldirecteur; dat aan de hand van dit onderzoek kan worden nagegaan of enige prejudiciële vraag aan de orde is en of deze gebeurlijk niet dient te worden geherformuleerd.

4.7. Tegenvordering: gedwongen reïntegratie

Overwegende dat in zijn hoofdberoep appellant onder punt twee, een vordering instelt tot gedwongen reïntegratie na de periode van terbeschikkingstelling; dat aangezien die periode is verstreken, appellant aanvoert dat hij in de gelegenheid moet worden gesteld «zijn ambt van schooldirecteur opnieuw uit te oefenen en, bij gebreke hieraan te voldoen, hem te machtigen om de uitvoering van het tussengekomen arrest af te dwingen door tussenkomst van de openbare macht».

Overwegende dat appellant hierbij geen onderscheid maakt tussen zijn tijdelijk mandaat als directeur en zijn vaste benoeming als leraar; dat een algemene discussie over reïntegratie echter niet relevant is, omdat de wetgever geen specifieke mogelijkheid tot een dergelijke reïntegratie heeft bepaald noch enige sanctie uitgevaardigd bij weigering; dat slechts in enkele specifieke wetgevingen binnen het arbeidsrecht dergelijke mogelijkheden zijn voorzien, *quod non in casu*; dat in de geschetste juridische context derhalve de term

reïntegratie geen juridische welomlijnde inhoud heeft en het veeleer verwijst naar een omstandigheid waarin een bepaald lid van een groep verzoekt opnieuw in een groep of populatie te worden opgenomen, zonder dat daartoe enige verplichting bestaat of enige sanctie aan verbonden is; dat in deze context de groep zelf kan oordelen of deze reïntegratie opportuun of inopportuun, moreel goed of slecht is, wat op een sociologisch criterium duidt, waarbij men zou kunnen overgaan tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst, terwijl te dezen een reïntegratie in juridische zin wordt beoogd, wat impliceert dat deze wordt gerealiseerd na de beëindiging van een tijdelijke schorsing van uitvoering van de arbeidsovereenkomst, opgelegd ingevolge de beslissing van de Kamer van Beroep, en zonder dat een nieuwe overeenkomst totstandkomt; dat vanuit sociologisch opzicht het in beide gevallen om hetzelfde feit handelt, maar in juridisch opzicht in beide gevallen volstrekt andere problematiek voorligt; dat, aangezien partijen akkoord gaan dat de arbeidsovereenkomst tussen beiden nog steeds juridisch bestaat, het enkel gaat over de daadwerkelijke uitvoering van deze bestaande arbeidsovereenkomst, namelijk van de verplichting van de werkgever zijn werknemer de overeengekomen arbeid te verschaffen; dat een dergelijke verplichting terug te brengen is naar het begrip «verbintenis om iets te doen», waarvan art. 1142 B.W. bepaalt dat de niet-nakoming van zulke verbintenis enkel aanleiding kan geven tot schadevergoeding; dat appellant geen wettelijke bepalingen aangeeft die van dit algemeen principe afwijken.

Overwegende dat het Hof weliswaar enerzijds kan vaststellen dat, gelet op de afwijzing van de vorderingen ingesteld door geïntimeerde, hieruit noodzakelijkerwijze voortvloeit dat principieel geïntimeerde inderdaad ertoe gehouden is om appellant, na het verstrijken van de termijn van terbeschikkingstelling, in de gelegenheid te stellen zijn ambt van schooldirecteur opnieuw uit te oefenen, maar anderzijds moet besluiten dat uit art. 1142 B.W. volgt dat het niet tot haar rechtsmacht behoort de tussenkomst van de openbare macht voor de uitvoering van deze verbintenis te bevelen; dat in die mate het hoofdberoep slechts gedeeltelijk gegrond is, maar de oorspronkelijke tegenvordering en de uitbreiding daarvan in hoger beroep, ongegrond zijn.

4.8. Prejudiciële vragen (2)

Overwegende dat uit de onmogelijkheid door middel van een bevel tot gedwongen uitvoering, de verplichting werk te verschaffen te doen uitvoeren als een verbintenis om iets te doen, volgt dat de al dan niet daadwerkelijke *reïntegratie*, dat wil zeggen de nakoming van geïntimeerde van haar verplichting het overeengekomen werk te verschaffen, afhangt van haar vrije wil; dat de arbeidsgerechten, gelet op de gevoerde tuchtprocedure en de bepalingen van het Decreet Rechtspositie, geïntimeerde niet in rechte kunnen machtigen tot een eenzijdige beëindiging en haar evenmin kunnen verplichten appellant daadwerkelijk in zijn functie te herstellen; dat zo geïntimeerde aldus zou nalaten appellant daadwerkelijk opnieuw in zijn functie te herstellen, dit verzuim onrechtmatig is, in de zin dat het recht haar deze keuze principieel niet toestaat, maar geïntimeerde daadwerkelijk niet kan worden belet de reïntegratie te weigeren, omdat zo'n verzuim juridisch niet ophefbaar is; dat, voor het geval dit verzuim zich derhalve als feitelijkheid voordoet, hieraan, vol-

gens voornoemd art. 1142 B.W., enkel een verplichting tot schadeloosstelling kan worden gekoppeld, welke schadeloosstelling volgens het gemene recht zal dienen te worden bepaald, daar geen wettelijke parameters zijn bepaald, zoals dit wel het geval is voor de arbeidsovereenkomsten die onder de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet vallen, en gedeeltelijk het geval is geworden sedert 1 september 1999 in het raam van de invoering van het tijdelijk mandaat als directeur, als van toepassing op nieuwe benoemingen.

Overwegende dat dit tot gevolg heeft dat op maatschappelijk vlak geïntimeerde wel degelijk de vrijheid heeft om haar verbintenis om appelland opnieuw te werk te stellen niet uit te voeren, hetzij onverminderd de vraag of zij in dat geval niet ertoe gehouden blijft de normale wedde verder te blijven betalen, hetzij om de arbeidsovereenkomst niettemin eenzijdig te beëindigen, maar het gevaar te lopen de door appelland geleden schade te moeten vergoeden; dat, door de afwezigheid van enige aanvulling aan de desbetreffende decretale of andere wettelijke regeling, de optie of geïntimeerde binnen deze wettelijke regeling optreedt dan wel in strijd hiermee wil optreden, mits de aldus veroorzaakte schade aan de wederpartij te vergoeden, een puur menselijke optie is, waartoe de arbeidsgerechten haar niet kunnen machtigen noch bestraffen.

Overwegende dat naar de prejudiciële vraag toe, dit tot gevolg heeft dat de premissen ervan onjuist zijn, omdat in deze premissen een onvrijheid wordt voorgesteld die er niet is; dat, zo geïntimeerde werkelijk van oordeel is dat het herstel in de functie van schooldirecteur onverenigbaar is met haar pedagogisch project, al kan ze dit *in rechte* niet meer laten vaststellen, dan beschikt zij in onze maatschappelijke orde wel degelijk over de *vrijheid* in die zin te handelen; dat de verplichting de door dit handelen veroorzaakte schade te vergoeden die principiële vrijheid onverlet laat.

Overwegende dat de totaal subsidiair gevorderde prejudiciële vraag derhalve niet relevant voorkomt en dit Hof er niet diende op in te gaan.

4.9. De vergoeding voor eenzijdige beëindiging

Overwegende dat geïntimeerde in haar oorspronkelijke eis en in haar incidenteel beroep verzocht de schadeloosstelling te bepalen, na gemachtigd te zijn geworden tot eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst te mogen overgaan; dat, aangezien geïntimeerde principiële niet gemachtigd kan worden tot eenzijdige beëindiging, op deze vraag niet kan worden ingegaan; dat zoals reeds uiteengezet, deze problematiek slechts aan de orde kan zijn in het geval geïntimeerde op feitelijk vlak onomkeerbaar de arbeidsovereenkomst met appelland daadwerkelijk beëindigt en de schuldeiser (te dezen huidige appelland) deze vergoeding, die niet van rechtswege verschuldigd is, vordert, en daarbij eventueel in rechte treedt met het verzoek deze vergoeding te horen toekennen door de rechtbank bij gebrek aan akkoord tussen partijen; dat *hic et nunc* de eenzijdige beëindiging door geen van beide partijen wordt vastgesteld of ingeroepen tegen de andere partij, zodat die vraag uitgaande van geïntimeerde zelf, op zich een *actio ad futurum* zou zijn, in die zin voorbarig is en op die vraag niet kan worden ingegaan; dat het bestreden vonnis ook wat dit onderdeel betreft, dient te worden tenietgedaan.

NOOT – Zie eerder in dit nummer de bijdrage van D. Cuypers en A. Overbeeke, «Vastheid van betrekking in het vrij gesubsidieerd onderwijs».

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

KORT GEDING – 9 NOVEMBER 1999

Voorzitter: mevr. Diamant

Advocaten: mrs. Van Campenhout loco Van Hoof en Cloet

Hypotheek – Hypothecaire volmacht – Omzetting – Geen voorafgaande verwittiging van de schuldeiser – Toetsing aan het verbod van rechtsmisbruik

Het omzetten van een hypothecaire volmacht door de schuldeiser zonder voorafgaande verwittiging van de schuldenaar levert in beginsel geen rechtsmisbruik op. Er anders over oordelen zou de zekerheidswaarde van dergelijke volmachten uitstellen.

N.V. G. e.a. t/ N.V. K.

Overwegende dat de vijf eiseressen worden gecontroleerd door de familie F. Q.; dat verweerster jarenlang hun enige bankier is geweest;

Dat eiseressen in de loop van deze relatie verschillende hypothecaire volmachten alsmede volmachten tot het vestigen van een pand of een handelszaak hebben onderschreven ten gunste van verweerster tot zekerheid van de door laatstgenoemde toegestane kredieten;

Dat verweerster bij aangetekende brief van 28 april 1999 aan eiseressen te kennen gaf dat zij beslist had deze volmacht om te zetten en dat de omzetting van een deel ervan reeds op 26 april 1999 had plaatsgevonden, terwijl de omzetting van de andere eerstdaags zou geschieden;

Dat eiseressen aan verweerster verwijten aldus op volkomen onaangekondigde en ongemotiveerde wijze te hebben gehandeld, en stellen dat zulks in strijd zou zijn met het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, neergelegd in art. 1134, derde lid, B.W., en een rechtsmisbruik zou uitmaken;

Overwegende dat hun vordering ertoe strekt: 1) voormelde beweerde miskenning van art. 1134, derde lid, B.W. en rechtsmisbruik van verweerster te doen vaststellen; 2) verweerster te doen bevelen haar beslissingen, betekend bij brief van 28 april 1999, en de gevolgen ervan, ongedaan te maken, op straffe van een dwangsom; 3) aan verweerster de opheffing te doen bevelen van elke inschrijving die zij verricht heeft n.a.v. de hierboven vermelde brief, op straffe van een dwangsom; 4) verweerster te doen bevelen alle tot dusver aan eiseressen aangerekende omzettingskosten te restitueren;

Dat deze maatregelen dringend zouden zijn, o.a. omdat de inschrijvingen eerstdaags zouden gebeuren;

Overwegende dat eiseressen ten gronde aanvoeren dat de omzetting van een hypothecaire volmacht of van een volmacht tot het vestigen van een pand op een handelszaak, in strijd zou zijn met het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomsten en een rechtsmisbruik zou uit-

maken, wanneer een dergelijke omzetting wordt verricht zonder voorafgaande verwittiging of zonder de minste motivering, en zonder dat aan de volmachtgever de kans wordt geboden om zich te verantwoorden;

Dat eiseressen stellen daardoor niet alleen op aanzienlijke kosten te worden gejaagd, maar ook in hun kredietwaardigheid te worden aangetast;

Overwegende dat de kwestieuze volmachten onherroepelijk en onvoorwaardelijk waren, zodat eiseressen niet kunnen gevolgd worden wanneer zij stellen dat met toepassing, op de kwestieuze kredietovereenkomsten, van het algemene beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomsten, verweerster eiseressen had dienen te verwittigen alvorens tot omzetting van de volmachten over te gaan;

Dat een dergelijke interpretatie immers iedere zekerheidswaarde aan dergelijke volmachten zou ontnemen, wat uiteindelijk ten nadele van de kredietnemers zou uitvallen indien er daadwerkelijke inschrijving van de hypotheek en/of van de panden op handelszaken vereist zou zijn om een voorgenomen krediet te waarborgen.

Overwegende voorts dat eiseressen, nadat verweerster had geweigerd hun een bijkomend krediet toe te kennen, haar bij brief van 23 maart 1999 hebben laten weten dat zij de inschakeling van een tweede bankier in overweging namen met het oog op een risicospreiding; dat zij eveneens de uitnodiging van verweerster tot een bespreking op 7 april 1999 verdaagd hebben tot 7 mei 1999; dat eiseressen die zodoende verweerster mogelijk hebben verontrust, dan ook falen in het bewijs van het *prima facie* bestaan van een rechtsmisbruik van verweerster.

POLITIERECHTBANK TE GENT

26 NOVEMBER 1998

Rechter: de h. Van Trimpont

Advocaten: mrs. Van Herreweghe en Vervust

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – 1. Begrip – Verlies van contractueel voordeel – 2. Schadebeperking – Geen algemene verplichting – Vereiste van afwezigheid van schuldig verzuim – Een beroep doen op de verzekeraar eigen schade – 3. Voertuigschade – Minderwaarde na herstelling – Criteria voor begroting van de schade

1. *Het verlies van een contractueel voordeel dat ingevolge een schadeverwekkend feit niet meer kan worden genoten, is een schade uit onrechtmatige daad die moet worden vergoed.*

2. *Inzake buitencontractuele aansprakelijkheid rust op de benadeelde geen algemene schadebeperkingsplicht; de benadeelde mag zich evenwel niet schuldig maken aan een foutief verzuim. Door de loutere omstandigheid een beroep te doen op de verzekeraar eigen schade, aan wie de verzekerde een jaarlijkse premie betaalt om het contractueel voordeel van een snellere vergoeding te genieten, begaat de verzekerde geen fout.*

3. *Bij de begroting van een vergoeding voor minderwaarde boven de herstellingsprijs, die voornamelijk wordt toegekend voor vrij nieuwe voertuigen, dient aandacht te worden besteed, aan «de zwakke plaats» van het voertuig en aan «het waardeverlies op de tweedehandsmarkt».*

W. t/ C.V. P.V.

Verweerster wordt gedagvaard als verzekeraar der burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder W.

Het geding gaat terug op een verkeersongeval op de E40 te Nevele op 7 maart 1997.

De aansprakelijkheid van verweersters verzekerde wordt niet betwist.

Eiseres vordert een schadevergoeding van 6.647,04 DM (om te zetten in Belgische frank) plus 8.800 frank, vermeerderd met de vergoedende en de gerechtelijke interesten.

In conclusie wijzigt eiseres haar vordering in die zin dat zij de voertuigschade vermindert met het bedrag van de tussenkomst van haar omniumverzekeraar, maar anderzijds een nieuwe schadepost vordert, namelijk het zogenaamde «*Rabattverlust*». Dit alles geeft als resultaat dat het totale in DM gevorderde bedrag wordt verminderd tot in hoofdsom 2.781,19 DM.

Bij de beoordeling van de vordering hierna zal de vordering alleen in haar definitieve vorm worden besproken en worden de betwistingen die zonder voorwerp worden ingevolge de wijziging van de vordering niet meer ontmoet.

Aan eiseres kan worden toegekend:

1. Voertuigschade

Thans wordt alleen nog de contractuele vrijstelling van de verzekering eigen schade gevorderd.

Dit bedrag wordt door stukken gestaafd en dient te worden toegekend: 650,- DM.

2. Rabattverlust

a. Onder «*Rabattverlust*» wordt verstaan een contractuele bepaling eigen aan de in Duitsland geldende verzekering eigen schade, ingevolge welke premies van de omniumverzekering worden verhoogd wanneer het voertuig niet meer ongevalsvrij is.

Eiseres legt een stuk voor, uitgaande van haar omniumverzekeraar, waaruit blijkt dat het *Rabattverlust* thans, na het eerste schadegeval, over de jaren 1988 tot 2002, 1.076 DM bedraagt. Het is dat bedrag dat eiseres thans vordert.

b. Partijen zoeken het veel te ver waar zij concluderen over de al dan niet doorbreking van de causaliteit door een contractuele oorzaak.

De dader van een misdrijf (*in casu* een verkeersongeval) is gehouden tot het herstel van alle schadelijke gevolgen van zijn misdrijf, ook de onrechtstreekse, zolang er een oorzakelijk verband bestaat tussen de door hem begane fout en de schade (Schuermans e.a., «Overzicht van rechtspraak, Onrechtmatige daad, Schade en schadeloosstelling» *T.P.R.*, 1994, p. 851 e.v., nr. 1.6, a, p. 885).

Het verlies van een contractueel voordeel dat ingevolge een schadeverwekkend feit niet meer kan worden genoten is een schade die uit de onrechtmatige daad voortvloeit. Ten slotte betekent «*Rabattverlust*» niets anders dan verlies van prijsvermindering.

Ook al beschouwt men het «*Rabattverlust*» als een premieverhoging, dan trad dit contractueel nadeel alleen in werking ingevolge de onrechtmatige daad van verweersters verzekerde, en is het opnieuw een verhaalbaar schade-element en dit naar Belgisch aquiliaans aansprakelijkheidsrecht (Rb. Brugge, 20 maart 1992, *T.G.R.*, 1992, p. 46, 25/92);

c. In zoverre verweerster pleit dat eiseres haar schadebeperkingsplicht schond door een beroep te doen op haar verzekeraar eigen schade in plaats van genoeg te nemen met

een vergoeding door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader (verweerster), kan zij helemaal niet worden gevolgd.

De Rechtbank wijst verweerster op het terzake fundamentele cassatiearrest van 14 mei 1992 (*R.W.*, 1993-94, 1395): de vordering van eiseres is van buitencontractuele aard, niet van contractuele aard; inzake aquiliaanse (of burgerlijke) aansprakelijkheid rust volgens het Hof van Cassatie, wiens rechtspraak de Rechtbank terzake tot de hare maakt, op de benadeelde geen algemene schadebeperkingsverplichting (zie ook: Ronse, *A.P.R.*, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, I, nr. 464). Alleen mag de benadeelde zich niet schuldig maken aan een foutief verzuim, d.w.z. een eigen fout die de schade beïnvloedt (zie de noot van A. Van Oevelen onder het geciteerde arrest).

Door de loutere omstandigheid dat eiseres een beroep deed op haar verzekeraar eigen schade, aan wie zij daarvoor jaarlijks premie betaalt om aldus het contractueel voordeel van een snellere vergoeding te genieten, beging eiseres geen fout.

Verweerster beweert overigens niet dat eiseres zelf een fout beging door een schuldig verzuim. En aangezien eiseres door de tussenkomst te vragen van haar omniumverzekeraar met het oog op een snelle regeling redelijk handelde, zou haar ten aanzien van de omvang van de schade nooit als eigen schuld kunnen worden aangerekend dat zij niet voor de goedkoopste vorm van herstel koos (Ronse, *o.c.*, nr. 470).

d. Uit dit alles blijkt overduidelijk dat eiseres aanspraak kan maken op vergoeding van haar uitgaven ingevolge het «Rabattverlust».

Verweerster pleit evenwel terecht dat het gevorderde Rabattverlust gespreid is over vijf jaar, lopend tot 2002, en dat niet bewezen is dat eiseres voor al die jaren de omniumpolis in kwestie zal behouden. Er kunnen zich ook feiten voordoen die daarin verandering brengen. Het is aangewezen in te gaan op eiseres' aanbod het bewijs te leveren van de jaarlijkse betalingen in dat verband. De zaak dient dan ook betreffende de schadepost «Rabattverlust» thans naar de rol te worden verwezen.

3. Minderwaarde

De Duitse deskundige bepaalde de minderwaarde van het voertuig op 450 DM. Verweerster pleit dat de herstelling van het voertuig minderwaarde uitsluit en dat naar Belgisch recht geen vergoeding voor minderwaarde boven de herstellingsprijs wordt toegekend.

Het moet vastgesteld worden dat in de praktijk de schadepost minderwaarde niet zo frequent wordt gevorderd. Daaruit afleiden dat deze schadepost naar Belgisch recht niet wordt toegekend, is evenwel nogal voortvarend. Meer dan eens maakt deze schadepost deel uit van deskundige opdrachten en de rechtspraak – die doorgaans het criterium van 10% hanteert – is helemaal niet onbestaande.

Wel spitst het aspect van de minderwaarde zich vooral toe op vrij nieuwe voertuigen, waarbij een dubbele redenering wordt gevolgd: na herstelling van een niet onbelangrijk ongeval zal het voertuig gemakkelijker een «zwakke plaats» vertonen (die dan vlugger zal onderhevig zijn aan roest of kleine mankementen) en vooral zal het voertuig waarde verliezen op de tweedehandsmarkt.

Uit het expertiseverslag blijkt dat het voertuig tot het verkeerd werd toegelaten op 26 april 1995. Het ongeval gebeurde op 7 maart 1997. Het voertuig was dus net geen twee jaar oud. Het had amper 17.847 km op de teller (zie expertise).

De beschadiging aan het voertuig was vrij ernstig en gaf aanleiding tot een herstelling die, exclusief B.T.W., omgerekend om en bij de 100.000 frank kostte.

Voortgaande op de aard van de schade (volgens de expertise werden blijkbaar geen vitale onderdelen geraakt) meent de Rechtbank *ex aequo et bono* 300 DM te kunnen toekennen.

...

BOEKEN

B. TILLEMAN, *Ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1997, 274 p.

Bernard Tilleman heeft als auteur in het vennootschapsrecht reeds jaren zijn sporen verdiend. Ontbinding van vennootschappen is dan ook al het derde boek van de auteur in de Reeks Rechtspersonen en Vennootschapsrecht van het Jan Ronse Instituut van de K.U. Leuven. Eerder verschenen van zijn hand werken over «De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering» (1994, 245 p.) en over «Bestuur van vennootschappen» (1996, 696 p.).

Tillemans monografie over «Ontbinding van vennootschappen» biedt een uitstekend overzicht van de rechtsregels m.b.t. ontbinding van vennootschappen (voor alle duidelijkheid: het boek handelt niet over de vereffening van vennootschappen). De auteur concentreert zich op het in België geldende recht, geregeld – zij het niet systematisch – aangevuld met aantekeningen over het recht van onze buurlanden (vooral Frankrijk en Nederland, soms ook Duitsland). De uitgebreid geanalyseerde rechtspraak wordt veelvuldig in de tekst verwerkt in de vorm van illustraties of voorbeelden.

Interessant is de door Tilleman gekozen benadering. Nagenoeg systematisch vermeldt of analyseert hij eerst de gemeenrechtelijke regels (het algemeen verbintenissenrecht of het gemeenrechtelijk vennootschapsrecht) en daarna de specifieke vennootschapsrechtelijke regels. Dit brengt de verbanden of verschillen tussen de regels tot uiting en verhoogt het inzicht. Daarbij aansluitend bespreekt de auteur eveneens de mogelijkheden om contractueel of statutair van de regelen af te wijken.

Algemene of meer bijzondere inleidingen en besluiten ontbreken meestal. Dit impliceert dat de lezer heel direct in de materie wordt ondergedompeld. Men vindt geen verklaring of verantwoording voor de gekozen methode of structuur. De practicus zal dit allicht niet als een bezwaar ondervinden. Immers, mede dank zij een overzichtelijke inhoudstafel (p. 9-21), een trefwoordenregister (p. 269-273) en een register van geciteerde wetsartikelen (p. 274) is het boek zeer toegankelijk voor wie met een concreet juridisch probleem in het domein van de ontbinding van vennootschappen wordt geconfronteerd. Een bibliografie werd niet opgenomen, maar de lezer vindt uitvoerige referenties in de talrijke voetnoten.

De gekozen structuur noopt tot een kleine opmerking. De auteur brengt de materie onder in vier afdelingen. In de eerste drie afdelingen zijn de ontbindingsgronden gegroepeerd volgens de wijze waarop de ontbinding plaatsvindt: vrijwillig (door één of meer of alle vennoten), van rechtswege (automatisch), gerechtelijk (door de rechter). De vierde afdeling handelt over het dalen van het aantal vennoten onder het wettelijk vereiste minimumaantal. Hierbij bespreekt de auteur zowel het eenhoofdig worden van de vennootschap, als het tweehoofdig worden van de coöperatieve vennootschap en het overlijden van de enige vennoot van een E.B.V.B.A., alsook het wegvallen van één van de twee categorieën van vennoten in een commanditaire vennootschap (gewone of op aandelen) of in een handelsvereniging bij wijze van deelneming. Deze afdeling sluit niet echt bij de vorige aan: dit deel gaat niet over een wijze van ontbinding, maar over een ontbindingsgrond; sommige geva-

len leiden tot ontbinding van rechtswege, andere tot gerechtelijke ontbinding; een deel van de beoogde gevallen leidt zelfs helemaal niet tot ontbinding. De auteur begeeft zich hier dus een eindje buiten de problematiek van de ontbinding van vennootschappen.

Voor deze werkwijze kan een verantwoording worden gegeven, hoewel zulks niet in de tekst tot uitdrukking komt. De lezer krijgt aldus immers een geïntegreerde en overzichtelijke analyse van het dalen van het aantal vennoten beneden het wettelijk vereiste minimum. Hij kan voor elke rechtsvorm vrij eenvoudig nagaan welke rechtsgevolgen aan de daling van het aantal vennoten verbonden (kunnen) zijn. Een nadeel van deze werkwijze is dan weer dat de gevallen die tot ontbinding (kunnen) leiden, niet in de eerste drie afdelingen zijn opgenomen. Voor de volledigheid konden ze wellicht op de geëigende plaats worden vermeld, met een verwijzing naar de bespreking in afdeling 4.

In de eerste afdeling (p. 23-97) beschrijft Tilleman de vrijwillige gronden tot beëindiging van de vennootschapsovereenkomst, namelijk de beëindiging door opzegging (hoofdstuk 1) resp. door overeenkomst (hoofdstuk 2). Onder deze laatste hoofding plaatst de auteur ook de ontbinding die het gevolg is van een meerderheidsbesluit van de vennoten. Uitgebreide aandacht wordt besteed aan de bijzondere verplichtingen bij vrijwillige ontbinding van een N.V., C.V.A., B.V.B.A. of C.V.B.A. op grond van het in 1995 ingevoerde art. 178bis. Ook de bijzondere «alarmbelprocedure» voor de kapitaalvennootschappen, bij daling van het netto-actief tot minder dan de helft resp. een vierde van het kapitaal (art. 103), wordt omstandig geanalyseerd. Het is nuttig ter aanvulling van deze analyse te wijzen op enkele nieuwe regelen ingevoerd na het verschijnen van het besproken werk, nl. via de wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord. Zo moeten de bestuurders in het jaarverslag een verantwoording geven voor de toepassing van de waarderingsregels in een continuïteitsperspectief, indien uit de balans een overgedragen verlies blijkt of indien de jaarrekening twee opeenvolgende jaren een verlies van het boekjaar te kennen geeft (art. 77, vierde lid). Bovendien werd een tweede «alarmbelprocedure» ingevoerd, waarbij het initiatief wordt genomen door de commissaris-revisor (indien er een is benoemd) als hij bij de uitoefening van zijn controlewerkzaamheden een ernstige continuïteitsbedreiging vaststelt, en waarbij de raad van bestuur continuïteitsvrijwarende maatregelen moet treffen (art. 64sexies, § 2).

Gronden die van rechtswege resulteren in de ontbinding van de vennootschap zijn legio (afdeling 2, p. 98-193). In de statuten kunnen nog andere gronden daaraan worden toegevoegd. De vennootschap is, behoudens tijdige en geldige verlenging, van rechtswege ontbonden door het verstrijken van de (bepaalde) duur waarvoor zij is aangegaan. M.b.t. de vennootschappen zonder (volkomen) rechtspersoonlijkheid onderzoekt Tilleman de vraag of de duur moet worden beschouwd als een essentieel element dat slechts met eenparigheid kan worden gewijzigd, m.a.w. indien de vennootschapsovereenkomst bepaalt dat de statuten door middel van een meerderheidsbesluit kunnen worden gewijzigd, geldt dit dan ook voor de verlenging van de duur? Volgens de auteur kan in zulk geval tot verlenging van de duur worden besloten bij meerderheidsbesluit, tenzij daarvoor specifiek een versterkte meerderheid is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst (nr. 193). Wellicht past het dit voorbehoud uit te breiden tot andere gevallen waarin uit de vennootschapsovereenkomst blijkt dat de partijen de duur wel degelijk als een essentieel bestanddeel beschouwden.

Als tweede ontbindingsgrond van rechtswege bespreekt Tilleman de ontbinding wegens de verwezenlijking van het doel of de onmogelijkheid om het doel te verwezenlijken (art. 1865, 2°, B.W.). Hij verbindt deze grond met de gemeenrechtelijke grond van ontbinding wegens het verval van het voorwerp. Rond de vraag of de onmogelijkheid om het vennootschapsdoel te realiseren inderdaad bij alle rechtsvormen leidt tot de ontbinding van rechtswege, ontspint zich sinds enkele jaren een boeiende discussie. Immers, sinds de wet van 6 januari 1958 bestaat voor een aantal vennootschapstypes (N.V., B.V.B.A. en C.V.A.) een bijzondere regeling m.b.t. de wijziging van het doel. Hieruit wordt door sommige auteurs afgeleid dat de verwezenlijking van het doel niet noodzakelijk onmogelijk wordt, wanneer het voorwerp van de overeenkomst vervalt (bv. bij het tenietgaan van de zaak waarvan de vennootschap de exploitatie beoogt). Zij achten art. 1865, 2° dan ook niet van toepassing op die vennootschapstypes waarvoor zulke doelwijziging mogelijk is (K. Geens en H. Laga, «Overzicht van rechtspraak (1986-1991). Vennootschap-

pen», *T.P.R.*, 1993, p. 1034, nr. 114; M. Coipel, «Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose et sur le pouvoir de décider le dépôt d'une requête en concordat par abandon d'actif» (noot onder Cass., 21 september 1989), *R.C.J.B.*, 1993, p. 29, nr. 12). M. Coipel gaat nog een stap verder: op grond van een dubbele redenering acht hij de bepaling evenmin van toepassing op de V.O.F., de G.C.V. en de beide vormen van Coöperatieve vennootschappen. Zijn eerste argument luidt dat voor de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid de theorie van de essentiële elementen niet meer geldt. Ook bij de V.O.F., de G.C.V., de C.V.B.A. en de C.V.O.H.A. zou dus een doelwijziging mogelijk zijn. In de tweede plaats, indien het eerste argument niet kan overtuigen, wijst Coipel op de mogelijkheid om de hier bedoelde vennootschapstypes om te vormen tot een N.V., B.V.B.A. of C.V.A. en daarbij het doel te wijzigen (art. 169 Venn.W.).

B. Tilleman gaat niet echt op de discussie in. Hij blijkt zich tegen de nieuwe opvatting te verzetten, op grond van een argument *ex absurdo*: partijen zouden altijd de mogelijkheid hebben om het voorwerp te wijzigen, ook al is het initieel geplande voorwerp onmogelijk geworden, zodat een overeenkomst nooit zonder voorwerp zou kunnen vallen. De nieuwe opvatting zou aldus de ontbindingsgrond «verval van het voorwerp» negeren. Hierbij valt echter op te merken dat zelfs Coipel niet zover gaat de toepassing van de ontbindingsgrond uit te sluiten voor alle vennootschapstypes (hij acht art. 1865, 2°, B.W. van toepassing op alle vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid), laat staan voor alle overeenkomsten. Bovendien slaagt Tillemans antwoord er niet in de hierboven genoemde nieuwe opvatting te weerleggen. De essentiële vraag blijft of de wet van 1958, door de invoering van een specifieke procedure inzake doelwijziging, de toepassing van art. 1865, 2°, B.W. impliciet heeft uitgesloten.

Tilleman sluit zich aan (nr. 225) bij de opvatting dat het verlies van het vennootschapsvermogen in principe niet kan worden gelijkgesteld met de onmogelijkheid om het vennootschapsdoel te bereiken (Cass., 21 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 88, m.b.t. een gerechtelijk akkoord met boedelafstand). De auteur stelt terecht (p. 157) dat het faillissement van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid op zichzelf niet van rechtswege tot de ontbinding leidt. Hij bespreekt ook het ontwerp dat nu de nieuwe faillissementswet is geworden. Indien de rechtbank de gefailleerde vennootschap niet verschoonbaar verklaart, komt aan haar bestaan onmiddellijk een einde (art. 73, tweede lid en art. 83 Faill.W. van 8 augustus 1997; zie hierover o.m.: Ernst, Ph., «Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998», *Vennootschapsrecht & Fiscaliteit*, 1998, (186), 220 e.v., met verwijzingen).

Ook het wegvallen van de statutaire zaakvoerder leidt in sommige vennootschapstypes tot de ontbinding van rechtswege, tenzij anders bedongen. Voor de G.C.V. en de C.V.A. staat dit niet ter discussie, omdat dit duidelijk uit de wet blijkt. De meningen zijn echter verdeeld over het antwoord op de vraag welke gevolgen het wegvallen van de statutaire zaakvoerder heeft in de (andere) vennootschappen zonder (volkomen) rechtspersoonlijkheid, zoals de maatschap en de V.O.F. Volgens een opvatting leidt zulks van rechtswege tot de ontbinding van de vennootschap; volgens een andere is dat niet het geval. Tilleman verdedigt op dit punt een alternatieve stelling (p. 152 e.v.), gebaseerd op het uitgangspunt dat het begrip «*intuitu personae*-overeenkomst» restrictief moet worden opgevat. Volgens de auteur volgt uit de benoeming van een statutaire zaakvoerder niet automatisch een vermoeden dat alle vennoten slechts zijn toegetreden tot de vennootschap omwille van de persoon van de zaakvoerder: niet alleen moet de persoon van de zaakvoerder determinerend zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst, tevens moet voor alle andere contractanten duidelijk zijn geweest dat het voortbestaan van de overeenkomst afhankelijk zou zijn van het aanblijven resp. wegvallen van de zaakvoerder. Tot zover meent ik de stelling van de auteur te kunnen onderschrijven.

Tillemans argumentatie gaat echter nog verder. Hij releveert bovendien dat bij de vennootschapsovereenkomst de door de vennoten beoogde vermogensvoordelen belangrijker zouden zijn dan de persoon van de zaakvoerder. Dit zou kunnen verantwoorden dat men meer terughoudendheid aan de dag legt om uit de aard van de overeenkomst hun *intuitu personae*-karakter af te leiden. Deze interessante alternatieve redenering verdient verder onderzocht en uitgediept te worden. Indien de redenering in haar algemeenheid

wordt gevolgd, zou zij wellicht zelfs voor verscheidene andere regelen die gebaseerd zijn op het *intuitu personae*-karakter van de overeenkomst, tot nuanceringen of nieuwe opvattingen aanleiding kunnen geven. Een eerste bedenking die de redenering evenwel reeds oproept, is de volgende: leunt de auteur niet te dicht aan bij de kapitaalvennootschappen, terwijl het hier ontegenzeggelijk om personenvennootschappen gaat? In beide categorieën van vennootschappen streven de vennoten in beginsel winst na (art. 1832 B.W.), maar in de ene wordt een doorslaggevend belang gehecht aan de inbrengen, in de andere aan de persoon van de vennoten.

Een duidelijke redactie van de vennootschapsovereenkomst, waarin de bedoeling van de partijen goed tot uiting komt, zal veel discussie en problemen kunnen voorkomen. Enerzijds zouden de partijen kunnen bepalen aan welke elementen zij een doorslaggevend belang hechten. Anderzijds kunnen zij de ontbinding gebaseerd op gronden betreffende de persoon van de vennoten vermijden: zo kan bv. worden overeengekomen dat de vennootschap niet wordt ontbonden door het overlijden van een vennoot, maar wordt voortgezet met (een deel van) zijn erfgenamen (voortzettingbeding) of tussen de overgebleven vennoten, met uitkering van een scheidingsaandeel aan de erfgenamen (verblijvingsbeding) (art. 1868 B.W.; zie het besproken boek p. 157-182).

In de derde afdeling van zijn boek bespreekt B. Tilleman de gerechtelijke ontbinding (p. 194-236). De meeste aandacht gaat daarbij uit naar de ontbinding om wettige redenen (art. 1871 B.W.) en de in 1995 ingevoerde ontbinding van slapende of niet meer actieve vennootschappen (art. 177sexies Venn.W.). Daarnaast worden de ontbinding op vordering van een belanghebbende bij daling van het netto-actief onder het minimumkapitaal (art. 104) en het specifieke geval van ontbinding wegens niet-afkoop van de aandelen van een B.V.B.A. (art. 128) kort besproken. Art. 1871 B.W. betreffende de gerechtelijke ontbinding om wettige redenen is van dwingend recht. Dit gegeven wordt soms ingeroepen om de nietigheid te verantwoorden van een beding dat de uitsluiting van een vennoot van een vennootschap zonder (volkomen) rechtspersoonlijkheid mogelijk maakt wegens een fout of gegronde reden (De Page, *Traité*, V, nr. 106, p. 107; Brussel, 22 maart 1988, *J.T.*, 1988, 585). Zulke uitsluiting wordt immers beschouwd als een gedeeltelijke ontbinding van de vennootschapsovereenkomst tegenover de uitgesloten vennoot. Tilleman lijkt deze opvatting te aanvaarden. Nochtans is dit standpunt m.i. minstens voor discussie vatbaar (cfr. o.m. T. Tilquin en V. Simonart, *Traité des sociétés*, Diegem, Kluwer, 1996, nrs. 127, 133 en 406). Op voorwaarde dat het beding een gerechtelijke toetsing van het besluit tot uitsluiting niet verhindert en dat aan de uitgesloten vennoot het scheidingsaandeel wordt uitbetaald, kan de geldigheid van het beding worden aanvaard (J. Ronse, «Overzicht van rechtspraak (1964-1967). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1967, p. 748, nr. 223).

Naast stof tot nadenken en/of discussie, biedt het besproken boek een uitstekende en overzichtelijke bespreking van de in België geldende rechtsregels m.b.t. ontbinding van vennootschappen. De waarde van het boek wordt nog versterkt, doordat het een «gat in de markt» vult. Tillemans boek verdient dan ook te worden gekocht, gelezen en geconsulteerd.

Philippe Ernst

J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien**, Etude de droit comparé, Brussel Bruylant, 1998, 554 p.

Het kan moeilijk worden ontkend dat het kort geding de laatste jaren een grote vlucht heeft genomen. Het dreigt zelfs het slachtoffer te worden van zijn eigen succes. Wie over de landsgrenzen heen kijkt, zal vaststellen dat we te maken hebben met een algemeen verschijnsel in Europa. De centra voor gerechtelijk recht van Louvain-la-Neuve en Milaan hebben gezamenlijk het fenomeen onderzocht. Dit lijvige boek is de weerslag van dit gezamenlijk wetenschappelijk project. J. Normand zorgde voor de Franse inbreng.

Na een algemene inleiding over het kort geding in België, Italië en Frankrijk (bevoegdheid, urgentie en uitspraak bij voorraad) volgen diverse bijdragen van verschillende auteurs over de rechtsmacht van de rechter in kort geding en over de draagwijdte van zijn beschikkingen. Hierbij komen eveneens aan bod het bewijsrecht, de prejudiciële vragen en de onpartijdigheid in kort geding. Tevens

wordt ruime aandacht geschonken aan de rechtsmiddelen en de schadevergoedingseisen bij een hervorming van een reeds uitgevoerde beschikking in kort geding. Ten slotte worden de voorlopige maatregelen inzake arbitrage en op het Europese vlak besproken.

De indeling van het boek vergemakkelijkt jammer genoeg geenszins het opzoekingswerk. De lezer vindt daarenboven geen trefwoordenregister die hem enige hulp kan bieden.

Te betreuren valt dat de samenstellers van het boek het blijkbaar niet nodig achtten een nader onderzoek in te stellen naar het kort geding in Nederland. Ze miskenden aldus manifest de origine van het huidige Belgische model, dat schatplichtig is aan het Nederlandse model, dat het mogelijk maakt in kort geding de rechten van de partijen te onderzoeken, zonder de bodemrechter hierdoor te binden. De Nederlandstalige doctrine omtrent belangenconflicten blijft bijgevolg eveneens onvermeld.

Hoe dan ook, dit boek bevat heel wat nuttige documentatie en informatie over het kort geding in de drie onderzochte landen. Jammer genoeg biedt het weliswaar weinig of geen rechtsvergelijkende argumenten en blijft het beperkt tot een horizontale rechtsvergelijking.

Jean Laenens

J. VELU, **Considération sur les rapports entre les enquêtes parlementaires et les droits de l'homme**, Académie royale de Belgique, 1999, 183 p.

Dit boek van Jacques Velu is de schriftelijke neerslag van een mededeling gedaan op 18 mei 1998 in de afdeling Letteren van de Academie. Het onderwerp ervan zijn de verbanden tussen het enquêterecht van het parlement en de rechten van de mens, en meer in het bijzonder de beperkingen die voor dit onderzoeksrecht kunnen voortvloeien uit instrumenten van internationaal en van intern recht tot bescherming van de rechten van de mens.

Na een inleidend betoog over de parlementaire besprekingen die hebben geleid tot de wet van 3 mei 1980 en de wijziging ervan door de wet van 30 juni 1996, maakt de auteur een interessante excursie in het recht van de Verenigde Staten en van de Duitse Bondsrepubliek. Aldaar onderzoekt hij de rechtspraak die is totstandgekomen respectievelijk n.a.v. de werkzaamheden van parlementaire onderzoekscommissies ten tijde van het optreden tegen vermeende communisten in de vijftiger jaren en n.a.v. verzoeken omtrent inzameling van bewijsmateriaal.

In algemene hoofdstukken heeft J. Velu het ook over de twee belangrijke vormen van schendingen van de rechten van de mens tijdens parlementaire onderzoeken, namelijk schendingen die voortvloeien uit de onbevoegdheid van strafrechtelijke of tuchtrechtelijke overheden en schendingen die verband houden met een afwijking van de doeleinden van het parlementair onderzoek om te zoeken naar individuele verantwoordelijkheden.

Het tweede deel van de minitieuze ontleding van de auteur heeft betrekking op welomschreven rechten van de mens. Daarbij gaat zijn aandacht vanzelfsprekend vooral naar de rechten i.v.m. een behoorlijke rechtsbedeling en de bescherming van het privé-leven.

M.b.t. de rechten i.v.m. een behoorlijke rechtsbedoeling stelt J. Velu vast dat in de regel de garanties van art. 6 E.V.R.M. geen betrekking hebben op parlementaire commissies. Deze vaststelling neemt echter niet weg dat algemene rechtsbeginselen die ongeveer dezelfde waarborgen bieden, wel moeten worden nageleefd, o.m. de rechten van verdediging en het vermoeden van onschuld. Daarenboven, mocht de parlementaire enquête uitmonden op een procedure die wel onderhevig is aan de voorschriften van art. 6 E.V.R.M., dan moet het eerlijk karakter van het proces worden beoordeeld, rekening houdende met het hele verloop van de procedure en is het niet uitgesloten dat een gebrek tijdens de parlementaire enquête een beslissende stempel zet op de rest van de procedure.

M.b.t. het recht op eerbiediging van het privé-leven, bespreekt de auteur vooral de aantastingen die voortvloeien uit verklaringen afgelegd door commissieleden en uit de wettelijke bevoegdheid om zelfs n.a.v. zittingen achter gesloten deuren de verplichtingen inzake geheimhouding op te heffen, tenzij de commissie zich uitdrukkelijk ertoe verbonden heeft de geheimhouding in acht te nemen.

Het betoog van J. Velu is zeer helder geschreven, uitermate didactisch en gestructureerd opgebouwd. Geen andere persoon als hij, die hoogleraar publiekrecht en procureur-generaal bij het Hof van

Cassatie is geweest en nog steeds een van de grootste kenners van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens is, kon een dergelijk onderwerp op overtuigender wijze behandelen.

Alain De Nauw

ERRATUM

De nieuwe voetbalwet: het openbaar ministerie getackeld

Onder titel VII «Inwerkingtreding» van de bovenstaande bijdrage (gepubliceerd in R.W. nr. 34 dd. 22 april 2000) dient de voorlaatste zin te worden gelezen als volgt: «In art. 46 wordt bepaald dat de verplichting voor de organisatoren om overeenkomsten aan te gaan met de hulpdiensten en de politie dient te zijn nagekomen op het moment van de inwerkingtreding van de wet, uiterlijk op 15 augustus 1998.

MEDEDELINGEN

Vacatures assistentenmandaten departement Rechten UIA

Het departement Rechten van de UIA gaat over tot de vacanteverklaring van voltijdse mandaten van tijdelijk assistent in de volgende vakgebieden: 1) volkenrecht en volkenrechtelijke instellingen; 2) publiekrecht algemeen; 3) recht van de Europese Unie. Al deze mandaten gaan in op 1 oktober 2000.

Om zich kandidaat te stellen, dient men gebruik te maken van de verplichte sollicitatieformulieren en deze vóór 10 juni 2000 aangetekend te verzenden of persoonlijk te overhandigen aan de directie Personeel van de UIA, Universiteitsplein 1, 2610 Antwerpen-Wilrijk. Deze sollicitatieformulieren kunnen, eventueel op telefonisch verzoek, bij dezelfde directie worden verkregen (tel. 03.820.20.18).

Nadere inlichtingen betreffende deze vacatures kunnen worden verkregen bij de voorzitter van het departement, prof. dr. A. Van Oevelen (tel. 03.820.29.32; fax 03.820.29.40).

Zomercursussen Amsterdam Law School

In augustus 2000 organiseert de Amsterdam Law School (Universiteit van Amsterdam) de volgende Engelstalige zomercursussen:

- General Course: Introduction to EC Law, 21 augustus - 1 september, 40 opleidingspunten
- International Trade Law, 21-25 augustus, 20 opleidingspunten
- Recent developments in EC Competition Law, 28 tot 30 augustus, 10 opleidingspunten
- EC Telecommunications and Broadcasting Law, 30 augustus - 1 september, 10 opleidingspunten

Inlichtingen: Amsterdam Law School, tel. 31/20/525.33.59, fax 31/20/525.33.60 en e-mail: als@jur.ura.nl

Gespecialiseerde opleiding ondernemingsrecht

Het departement rechten van de Universitaire Instelling Antwerpen organiseert voortgezet gespecialiseerd academisch onderwijs over Ondernemingsrecht.

Het programma is gesteund op een gevallenstudie. De casus wordt steeds benaderd vanuit de relevante rechtstakken: vennootschapsrecht, economisch met inbegrip van publiek recht en milieu- en ruimtelijk ordeningsrecht, fiscaal recht, sociaal recht, verbintenissenrecht.

Het programma richt zich tot juristen die zich willen bijscholen, bv. in het licht van het heroriënteren of het kwalitatief verdiepen van hun carrière of praktijk.

Ondernemingsrecht is een opleiding van één jaar en omvat drie blokken: oprichting, werking en beëindiging van de onderneming. Dit komt overeen met drie trimesters. Ieder blok omvat 100 college-uren, waarvan 20 voorbehouden voor de gevallenstudie. De colleges lopen van eind september tot half juni. Ze vinden plaats op dinsdagavond van 18.15 tot 21.15 u en tweewekelijks op zaterdagvoormiddag vanaf 9 uur.

De gespecialiseerde opleiding leidt tot het behalen van de academische graad van «gediplomeerde in de gespecialiseerde studies van het ondernemingsrecht» (Master in Business Law).

Inlichtingen: Ondernemingsrecht, p/a Prof. Dr. H. Braeckmans, Departement Rechten UIA, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk of telefonisch: mevrouw Karen Moser (tel. 03.820.29.02) of secretariaat (tel. 03.820.29.42), e-mail: crigouts@uia.ua.ac.be

Gespecialiseerde studie Fiscaal Recht

De voortgezette academische opleiding in het fiscaal recht heeft als doel specialisten in het fiscaal recht te vormen. Deze opleiding richt zich tot juristen en bedrijfs economen.

De opleiding wil een diepgaande kennis en onderzoeksvaardigheid verschaffen in de diverse deelgebieden van het fiscaal recht. Gelet op de vaak onduidelijke en snel wijzigende belastingwetteksten, wordt bij de opleiding de nadruk gelegd op het bijbrengen van vaardigheden om zelfstandig, creatief en synthesesgericht de belastingwetgeving te bestuderen. In dit licht wordt uiteraard aandacht besteed aan de wisselwerking tussen enerzijds het belastingrecht en anderzijds de andere rechtstakken en de economische disciplines.

De opleiding leidt tot de graad van «gediplomeerde in de gespecialiseerde studie van het fiscaal recht» (Master in Tax Law).

Inlichtingen: GGS Fiscaal Recht, p/a Prof. Dr. B. Peeters, Departement Rechten UIA, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk of telefonisch: mevrouw Karen Moser (tel. 03.820.29.02) of secretariaat (tel. 03.820.29.42), e-mail: crigouts@uia.ua.ac.be

Vervolmakingscyclus: Ontwikkelingen van de Sociale Zekerheid 1995-2000

Voor de zevende maal reeds maakt het Instituut voor Sociaal Recht (K.U.Leuven) een balans op van de ontwikkelingen van de sociale zekerheid (wat de wetgeving en de rechtspraak betreft) in de voorbije periode van vijf jaar, ditmaal dus voor de periode 1995-2000. Het Instituut doet daarvoor een beroep op drieëntwintig specialisten uit de ambtenarij, de magistratuur, de balie, de private sector en de universitaire kringen.

Op zes bijeenkomsten, die met identieke inhoud zowel te Leuven als te Kortrijk worden gehouden en vallen op vrijdagmiddagen in de periode oktober 2000 - maart 2001, worden de diverse sociale zekerheidssectoren systematisch overlopen. Traditiegetrouw wordt ernaar gestreefd zowel tegemoet te komen aan de verlangens van de praktijkjuristen die steeds meer met het socialezekerheidsrecht worden geconfronteerd, als aan de verzuchtingen van hen die door de bomen het bos niet meer zien en zich interesseren aan het onderliggende ideeëngoed.

Inlichtingen en folder: Prof. Dr. Simoens, (tel. 016.32.54.04) en prof. J. Put (tel. 016.32.54.14), Instituut voor Sociaal Recht, Tiensestraat 41, te 3000 Leuven (fax 016.32.54.24).



MASTER IN INTELLECTUELE RECHTEN 2000-2001

Het Centrum voor Intellectuele rechten bij de K.U.Brussel en bij de K.U.Leuven organiseert een voortgezette academische opleiding in de sector intellectuele rechten. De colleges worden gegeven aan de K.U.Brussel, Vrijheidslaan 17, 1081 Brussel in avondprogramma op dinsdag, woensdag en donderdag tussen 18 en 22 u.

Het programma kan worden gevolgd in één jaar of in twee jaar. In dit laatste geval dienen tijdens het eerste jaar de volgende vakken te worden gevolgd: Auteursrecht (F. GOTZEN), Merkenrecht (M.C. JANSSENS), Droit des brevets (B. REMICHE), Kwekersrecht en biotechnologie (G. VAN OVERWALLE), Droits intellectuels et droit de la concurrence (L. VAN BUNNEN), Droit des dessins et modèles (A. STROWEL). Tijdens het tweede jaar volgt men de vakken Droits voisins du droit d'auteur (F. BRISON), Cultuur- en mediarecht (M. ELST), Intellectuele rechten in de Informatiemaatschappij (M.C. Janssens), Bijzondere problemen (F. GOTZEN). Op het einde van het programma, in het halftijdse regime tijdens het tweede jaar, moet er een scriptie worden ingediend.

Voor inschrijvingen kan u terecht op het faculteitensecretariaat van de K.U.Brussel, Vrijheidslaan 17, 1081 Brussel, lokaal - 1/0/3, elke werkdag van 9 tot 12 uur en van 13.30 tot 17 uur. Voor meer inlichtingen over de inschrijvingen kan u dagelijks terecht op het faculteitensecretariaat (tel. 02-412.43.65), of per mail naar Sinne.Timmermans@kubrussel.ac.be.



Verdere inlichtingen in de **K.U.Brussel**, Vrijheidslaan 17, 1081 Brussel, Bob Geivers Tel: 02-412.43.63. Fax: 02-412.42.00, E-mail: Bob.Geivers@kubrussel.ac.be, Internet: <http://www.kubrussel.ac.be> of in de **K.U.Leuven**, CIR, Minderbroedersstraat 5, 3000 Leuven, Tel: 016-32.37.32, Fax: 016/32.37.30, E-mail: linda.mees@law.kuleuven.ac.be, Internet: <http://www.law.kuleuven.ac.be/cir>

EUROPAY INTERNATIONAL

een internationaal betaalsysteem organisatie,

zoekt

EEN JURIST

om zijn juridisch departement te versterken.

Hij / zij zal ondermeer verantwoordelijk zijn voor het opstellen en nakijken van contracten (sponsoringcontracten, marketingcontracten,...) en voor alle vennootschapsrechtelijke aspecten binnen Europay International.

De ideale kandidaat heeft enkele jaren ervaring, ofwel in een gelijkaardige functie, ofwel als medewerker in een advocatenkantoor. Hij/zij moet een goede kennis hebben van algemeen handelsrecht, verbintenissenrecht en vennootschapsrecht. Hij/zij heeft een uitstekende kennis van het Engels, zowel mondeling als geschreven.

Als u dynamisch bent, stress bestendig en flexibel, dan bent u wellicht de persoon die wij zoeken.

Zend u antwoord en CV naar
de heer Nico De Pryck, Human Resources, Europay International,
Chaussée de Tervuren 198A, 1410 Waterloo
of e-mail naar ndp@europay.com



EEN BREDE WAAIER VAN KANSEN VOOR EEN BREDE WAAIER VAN TALENTEN

KBC Verzekeringen maakt deel uit van de toonaangevende financiële groep KBC Bank & Verzekering. Zowel op nationaal als internationaal vlak is KBC een ambitieuze en professionele speler. KBC Verzekeringen behoort tot de top 4 van de verzekeringsmaatschappijen in België.

Als verzekeraar zijn wij steeds op zoek naar dynamische en enthousiaste medewerkers die willen meewerken aan de uitdagingen waar wij als bank-verzekeringsholding vandaag voor staan.

Voor ons provinciaal kantoor te Gent zijn wij momenteel dringend op zoek naar een

JURIDISCH ADVISEUR SCHADE

WAT HEBBEN WE VOOR U?

U bent het eerste aanspreekpunt inzake juridische aspecten binnen de provinciale zetel. U geeft juridisch advies aan de directie, dienstchefs en dossierbeheerders van de schade- en polisdiensten in concrete dossiers en dit in alle verzekeringstakken. U stuurt de dossierbeheerders ook inhoudelijk op juridisch vlak en geeft richtlijnen hoe gelijkaardige problemen in de toekomst kunnen vermeden worden. Daarnaast onderhandelt u met advocaten in specifieke dossiers. U volgt tevens actief de evoluties in de rechtspraak en stelt de nodige documentatie ter beschikking aan de polis- en schadediensten. Occasioneel geeft u ook opleiding aan medewerkers van KBC.

VOOR WIE HEBBEN WE HET?

U bezit (binnenkort) een licentiaatsdiploma rechten. Ervaring in aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht is zeker meegenomen maar geen absolute voorwaarde. U hebt een sterke interesse voor de verzekeringssector en bent bereid zich in te werken in dit domein.

U bent resultaatgericht en geeft duidelijke, concrete en praktijkgerichte juridische adviezen. U beschikt over zeer goede adviesvaardigheden: u luistert naar uw gesprekspartner, bent diplomatisch en tactvol maar tegelijk ook voldoende assertief en overtuigend. Door uw gedrevenheid en overtuigingskracht kunt u ook anderen motiveren en stimuleren. Daarnaast bent u communicatief en sociaalvaardig: u kunt uw ideeën op een heldere en gestructureerde manier, zowel schriftelijk als mondeling, overbrengen naar anderen. U staat organisatorisch sterk en bent stressbestendig.

Als medewerker van KBC Verzekeringen krijgt u de kans om mee te groeien in een boeiende en steeds evoluerende verzekeringswereld. Een uitgebreid opleidings- en vormingspakket, een informele werksfeer waarin openheid, betrokkenheid, collegialiteit en teamspirit hoog aangeschreven staan en een interessant verloningspakket krijgt u er bovenop!

**MEER INFO?
OF METEEN
SOLLICITEREN?**

KBC Verzekeringen
Rekrutering & Selectie
t.a.v. **Ine Ghekiere**
Waaistraat 6 – 3000 Leuven
Tel. 016/ 24 46 13 – Fax 016/ 24 45 90
E-mail: vacature@verz.kbc.be - <http://www.kbc.be/jobs>