

HOF VAN CASSATIE

**ARRESTEN VAN HET
HOF VAN CASSATIE**

APRIL 2010
NUMMERS 239 TOT 302

Nr. 239

1° KAMER - 1 april 2010

BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN — ALGEMEEN - BETEKENING AAN DE PROCUREUR DES KONINGS - KENNIS VAN DE WOON- OF VERBLIJFPLAATS IN HET BUITENLAND - VOORWAARDEN

De beslissing dat de partij op wier verzoek de betekening aan de procureur des Konings is verricht de woon- of verblijfplaats van de eiser in het buitenland niet kende en ook niet moest kennen, is niet naar recht verantwoord wanneer de rechter daartoe oordeelt zonder na te gaan of een betekening aan die laatst gekende woon- of verblijfplaats onwerkdadig was dan wel of uit elementen bleek dat die woon- of verblijfplaats niet langer actueel was¹. (Art. 40, tweede en vierde lid, Ger.W.)

(V. T. BELGISCHE STAAT, MINISTER VAN FINANCIËN e.a.)

ARREST

(AR C.08.0457.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 19 maart 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994;
- de artikelen 40 en 870 van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 14 van de EG-verordening nr. 1348/2000 van de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken;
- algemeen rechtsbeginsel inzake loyaal procesgedrag, zoals afgeleid uit artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955.

Aangevochten beslissing

Bij het bestreden arrest van 19 maart 2008 verklaart het hof van beroep te Antwerpen

¹ Het O.M. concludeerde tot de ongegrondheid van het middel en tot verwerping van het cassatieberoep op grond van eerdere rechtspraak van het Hof dat wanneer, wegens de eigen nalatigheid van de betrokkene, diens woon- of verblijfplaats niet bekend is op het ogenblik van de betekening, de aan de procureur des Konings gedane betekening niet ongedaan is (Cass., 13 dec. 2000, AR P.00.1110.F, AC, 2000, nr. 686) en dat de loutere mogelijkheid op zich dat degene aan wie moet worden betekend op een bepaald adres in het buitenland zou kunnen worden aangetroffen, de partij op wier verzoek de betekening wordt verricht er niet toe kan verplichten in dergelijk geval opsporingen te doen naar diens juiste adres aldaar (Cass., 14 feb. 1995, AR P.93.1431.N, AC, 1995, nr. 89).

eisers hoger beroep tegen de beschikking van de beslagrechter, waarbij zijn verzet tegen een dwangbevel, betekend op 11 juli 2002 en ertoe strekkende het exploit van gerechtsdeurwaarder V. van 11 juli 2002 te doen nietig verklaren en te horen zeggen voor recht dat het recht op invordering van de belastingschuld, voortvloeiende uit de aanslag met betrekking tot het aanslagjaar 1992 met inbegrip van de nalatigheidsinteressen en de gerechtsdeurwaarderskosten, definitief verjaard was, ongegrond werd verklaard en hij tot de kosten werd veroordeeld, ontvankelijk doch ongegrond, bevestigt de bestreden beschikking en verwijst hem in de kosten van het hoger beroep. Deze beslissing is gestoeld op volgende overwegingen:

"Naar luid van artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek stuurt de gerechtsdeurwaarder ten aanzien van hen die in België geen gekende woonplaats, verblijfplaats, of gekozen woonplaats hebben, bij een ter post aangetekende brief het afschrift van de akte aan hun woonplaats of aan hun verblijfplaats in het buitenland en met de luchtpost indien de plaats van bestemming niet in een aangrenzend land ligt, onverminderd enige andere wijze van toezending overeengekomen tussen België en het land waar zij hun woon- of verblijfplaats hebben. De betekening wordt geacht te zijn verricht door de afgifte van de akte aan de postdienst tegen ontvangstbewijs in de vormen die in dit artikel worden bepaald. Heeft de betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats, noch gekozen woonplaats, dan wordt de betekening gedaan aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de rechter die van de vordering kennis moet nemen of heeft genomen, zitting houdt; is of wordt er geen vordering voor de rechter gebracht, dan geschiedt de betekening aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de verzoeker zijn woonplaats heeft of indien hij geen woonplaats in België heeft, aan de procureur des Konings te Brussel. De betekeningen mogen altijd aan de persoon worden gedaan, indien deze in België wordt aangetroffen. De betekening in het buitenland of aan de procureur des Konings is ongedaan indien de partij op wier verzoek ze verricht is, de woonplaats of de verblijfplaats of de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België of in voorkomend geval in het buitenland, kende.

Het bewijs van de kennis van woon-, verblijf- of gekozen woonplaats moet worden geleverd door de partij die zich erop beroept. Te dezen heeft de heer F.V.L. de last van het bewijs dat de ontvanger kennis had of diende te hebben van zijn woon- of verblijfplaats.

Het blijkt te dezen dat de ontvanger der directe belastingen te Antwerpen, zesde kantoor, die het dwangbevel van 11 juli 2002 ter stuiting van de verjaring heeft laten betekenen, de woon- of verblijfplaats van de heer Freddy Van Laken, aan wie dat exploit moest worden betekend, niet kende en ook niet moest kennen.

Hij wist enkel uit inlichtingen verstrekt door de bevolkingsdienst in Nederland dat betrokkene in april 1997 was vertrokken naar Spanje, Gran Canaria, zonder gekend adres. Dit gebrek aan kennis van de actuele woon- en/of verblijfplaats van de heer F.V.L. is te wijten aan de hiaat in het bevolkingsregister in Nederland, waardoor de ontvanger niet binnen een redelijke termijn (het gaat hier om een verjaringstuitend dwangbevel) die woon- of verblijfplaats in het buitenland kon achterhalen, wat aan de heer Van Laken toe te schrijven is, nu hij bij zijn vertrek uit Nederland verzuimde een correcte opgave van zijn adres in Spanje op te geven.

Het gegeven dat de ontvanger der directe belastingen van hetzelfde kantoor op 1 september 1997 een dwangbevel liet betekenen op het adres van F.V.L. in Spanje (Playa del Ingles, ...), volgens gegevens die toen waren verstrekt door de lokale autoriteit, impliceert niet dat de ontvanger van datzelfde kantoor in juli 2002 wist of diende te weten wat de actuele woon- of verblijfplaats van de heer F.V.L. op dat ogenblik was.

De heer F.V.L. voldoet niet aan de bewijslast. Er is geen rechtsgrond voorhanden om de betekening door gerechtsdeurwaarder H.V. van het verjaringstuitend dwangbevel van

11 juli 2002 ongedaan te verklaren, evenmin om de betrokken belastingschuld verjaard te verklaren en handlichting te bevelen van de hypothecaire inschrijving op het onroerend goed te Merksem, (...), bus (...).

Het hoger beroep van de heer F.V.L. tegen gerechtsdeurwaarder V. is eveneens ongegrond".

Grieven

Eerste onderdeel

Naar luid van artikel 40, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek stuurt de gerechtsdeurwaarder aan hen die in België geen gekende woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats hebben bij een ter post aangetekende brief het afschrift van de akte aan hun woonplaats in het buitenland en met de luchtpost indien de plaats van bestemming niet in een aangrenzend land ligt, onverminderd enige andere wijze van toezending overeengekomen tussen België en het land waar zij hun woonplaats of verblijfplaats hebben.

Artikel 14 van de EG-verordening nr. 1348/2000 van de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de Lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, bevestigt deze mogelijkheid, nu het bepaalt dat elke Lidstaat bevoegd is om de betekening of kennisgeving van gerechtelijke stukken aan zich in een andere Lidstaat bevindende personen rechtstreeks per post te doen verrichten.

In het tweede lid van voornoemd artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek wordt gepreciseerd dat de betekening wordt gedaan aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de rechter, die van de vordering kennis moet nemen of heeft genomen, zitting houdt wanneer de betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats heeft; is of wordt er geen vordering voor de rechter gebracht, dan geschiedt de betekening aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de verzoeker zijn woonplaats heeft of indien hij geen woonplaats in België heeft, aan de procureur des Konings te Brussel.

Op deze wijze van betekening kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden een beroep worden gedaan.

Blijkt dat de partij, op wier verzoek de betekening aan de procureur des Konings is verricht, de woonplaats of de verblijfplaats van degene aan wie betekend werd, in België of in voorkomend geval in het buitenland kende of had moeten kennen, dan is de betekening ongedaan zulks overeenkomstig artikel 40, laatste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

De betekening aan de procureur des Konings veronderstelt met name dat de verzoeker en de door hem aangewezen gerechtsdeurwaarder loyaal alle nuttige opzoekingen hebben verricht met het oog op het bepalen van de woonplaats of verblijfplaats van de bestemming.

Deze verplichting ligt besloten, niet alleen in artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek maar ook in het algemeen rechtsbeginsel inzake loyaal procesgedrag, zoals afgeleid uit artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

De verzoeker mag de woonplaats slechts dan als onbekend beschouwen indien alle opzoekingen, geboden door de voorzichtigheid, waakzaamheid en goede trouw, vruchteloos zijn gebleven, hetgeen impliceert dat hij alle inlichtingen, die hem bekend waren, aan de gerechtsdeurwaarder heeft aangereikt en dat de gerechtsdeurwaarder zelf ernstige en nuttige opzoekingen heeft verricht met het oog op het bepalen van de woonplaats of de verblijfplaats van de geadresseerde.

Een en ander impliceert dat de opzoekingen daar worden aangevat waar deze van aard zijn enig resultaat op te leveren.

Te dezen blijkt uit de door het hof van beroep in het bestreden arrest gedane vaststellingen dat de eiser reeds in april 1997 in Nederland was uitgeschreven naar Spanje, Gran Canaria en dat er op 1 september 1997 op verzoek van de ontvanger der directe belastingen van hetzelfde kantoor een dwangbevel werd betekend op de eisers adres in Spanje, met name Playa del Ingles, (...), en dit volgens de gegevens die toen waren verstrekt door de lokale autoriteit.

Uit deze vaststellingen volgt dat de verweerders wisten dat de eiser sinds april 1997 in Nederland was uitgeschreven naar Spanje, alwaar de eiser overigens nog steeds woonde. Zij konden dan ook eisers woon- of verblijfplaats niet als onbekend aanzien zolang zij geen enkele ernstige opzoeking verrichtten in Spanje en meer bepaald zolang zij niet, zoals het een loyale en zorgvuldig handelende partij betaamt, geverifieerd hadden of de eiser nog steeds woonachtig was op het adres, waar de voorgaande betekening was gebeurd, dan wel of de eiser aldaar bij de bevoegde autoriteiten een adreswijziging had gemeld.

Te dezen blijkt evenwel uit de door het hof van beroep gedane vaststellingen dat de deurwaarder, aan wie door de verweerder in 2002 de opdracht werd toevertrouwd om een nieuw dwangbevel te betekenen, alleen in Nederland, alwaar de eiser nochtans reeds sinds april 1997 was uitgeschreven, opzoeking deed naar diens adres.

Besluit

Op grond van de gedane vaststellingen, waaruit volgt dat de ontvanger der directe belastingen, door tussenkomst van gerechtsdeurwaarder V., zijn opzoeking naar de eisers adres beperkte tot Nederland, alwaar de eiser nochtans reeds sinds april 1997 was uitgeschreven naar Spanje, waar hem reeds in september 1997 ten verzoeken van de ontvanger van hetzelfde kantoor een dwangbevel was betekend geworden, zonder enige opzoeking te verrichten of te laten verrichten in Spanje teneinde uit te zoeken of de eiser nog steeds aldaar verbleef dan wel een adreswijziging had gemeld bij de bevoegde autoriteiten en derhalve zonder enige ernstige opzoeking te hebben verricht in het land van de laatst gekende verblijfplaats van de eiser, zoals het een zorgvuldig handelende en loyale procespartij betaamt, vermocht het hof van beroep niet wettig te beslissen dat "te dezen (blijkt) dat de Ontvanger der directe belastingen te Antwerpen, 6° kantoor, die het dwangbevel van 11 juli 2002 ter stuiting van de verjaring heeft laten betekenen, de woon-of verblijfplaats van (de eiser), aan wie moest worden betekend, niet kende en ook niet moest kennen" (schending van artikelen 40 van het Gerechtelijk Wetboek, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 14 van de EG-verordening nr. 1348/2000 van de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, evenals van het algemeen rechtsbeginsel inzake loyaal procesgedrag, zoals afgeleid uit artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955) en kon het hof van beroep, gelet op de gedane vaststellingen, waaruit blijkt dat iedere opzoeking in Spanje - het land waar de eiser was gevestigd op het tijdstip van de voorgaande betekening - die de verweerders had toegelaten te achterhalen dat de eiser aldaar nog steeds woonachtig was, achterwege bleef niet wettig beslissen dat de eiser niet voldeed aan de op hem rustende bewijslast dat de verweerders zijn woon- of verbleelaats hadden dienen te kennen (schending van artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek).

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Artikel 40, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaalt dat indien de

betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats, noch gekozen woonplaats heeft, de betekening wordt gedaan aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de rechter die van de vordering kennis moet nemen of heeft genomen, zitting houdt.

Krachtens het vierde lid van voormeld artikel is die betekening aan de procureur des Konings ongedaan indien de partij op wier verzoek ze is verricht, de woonplaats of de verblijfplaats of de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België of, in voorkomend geval in het buitenland, kende.

2. De appelrechters stellen vast dat eerder "de ontvanger der directe belastingen van hetzelfde kantoor op 1 september 1997 een dwangbevel liet betekenen op het adres van (de eiser) in Spanje (Playa del Ingles, ...), volgens gegevens die toen waren verstrekt door de lokale autoriteit".

De appelrechters die vervolgens oordelen dat de eerste verweerder de woon- of verblijfplaats van de eiser niet kende en ook niet moest kennen, zonder na te gaan of een betekening aan die laatst gekende woon- of verblijfplaats onwerkda- dig was dan wel of uit elementen bleek dat die woon- of verblijfplaats niet langer actueel was, verantwoordden hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

1 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verlaggever*: mev. Deconinck – *Andersluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Geinger en De Bruyn.

Nr. 240

1^o KAMER - 1 april 2010

1^o CASSATIEBEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN — VORMEN — VORM EN TERMIJN VOOR MEMORIES EN STUKKEN - MEMORIE VAN WEDERANTWOORD - VOORAFGAANDE BETEKENING - SUBSTANTIËLE RECHTSVORM

2^o CASSATIEBEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN — PERSONEN DOOR OF TEGEN WIE CASSATIEBEROEP KAN OF MOET WORDEN INGESTELD — EISERS EN VERWEERDERS - GEMEENTE - RECHTSGEDING - BESLISSING VAN HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN

3^o GEMEENTE - RECHTSGEDING - CASSATIEBEROEP - BURGELIJKE ZAKEN - PERSONEN DOOR

OF TEGEN WIE CASSATIEBEROEP KAN OF MOET WORDEN INGESTELD - EISERS EN VERWEERDERS -
BESLISSING VAN HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN

4^o CASSATIEBEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN — VORMEN — TE VOEGEN
STUKKEN (BIJ CASSATIEBEROEP OF MEMORIE) - GEMEENTE - RECHTSGEDING -
BESLISSING VAN HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN - BEWIJS - VORM

5^o GEMEENTE - RECHTSGEDING - CASSATIEBEROEP - BURGERLIJKE ZAKEN - VORMEN - TE
VOEGEN STUKKEN (BIJ CASSATIEBEROEP OF MEMORIE) - BESLISSING VAN HET COLLEGE VAN
BURGEMEESTER EN SCHEPENEN - BEWIJS - VORM

1^o *In zoverre de memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het cassatieberoep betreft, kan de eiser deze beantwoorden met een memorie van wederantwoord; dat antwoord moet vooraf aan de advocaat van de verweerder betekend worden; de voorafgaande betekening is een substantiële rechtsvorm.* (Artt. 1079 en 1094, Ger.W.)

2^o en 3^o *Het instellen van het cassatieberoep maakt een onderdeel uit van het voeren van een rechtsgeding namens de gemeente, zodat het college van burgemeester en schepenen daartoe moet beslissen*¹.

4^o en 5^o *Het bewijs van het cassatieberoep namens de gemeente wordt geleverd doordat ze ter griffie van het Hof een kopie van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen heeft neergelegd*². (Art. 1100, Ger.W.; Art. 193, Gemeentedecreet 15 juli 2005)

(STAD ANTWERPEN, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen T. MEESY'S nv)

ARREST

(AR C.09.0062.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 30 september 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift twee middelen aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van de memorie van antwoord

1. In zoverre de memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het cassatieberoep betreft, laat artikel 1094 van het Gerechtelijk Wetboek de eiser toe deze te beantwoorden met een memorie van wederantwoord met inachtneming van artikel 1079 van het Gerechtelijk Wetboek. Dat antwoord moet vooraf aan de advocaat van de verweerder betekend worden.

De voorafgaande betekening is een substantiële rechtsvorm.

¹ Zie Cass., 3 okt. 2008, AR C.07.0198.N, AC, 2008, nr. 525 (hoger beroep).

² Zie Cass., 16 dec. 2004, AR C.03.0579.N, AC, 2004, nr. 617.

2. In zoverre de antwoordnota van de eiseres neergelegd ter griffie op 10 juni 2009 een wederantwoord is op de memorie van antwoord is deze niet ontvankelijk nu het bewijs van betekening daarvan niet voorligt.

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

3. De verweerster werpt op dat uit het dossier van de rechtspleging niet blijkt dat het college van burgemeester en schepenen van de eiseres beslist heeft tot de indiening van het cassatieberoep tegen het bestreden arrest voor het indienen ervan en binnen de termijn van drie maanden na betekening ervan die plaatsvond op 7 november 2008.

4. Krachtens artikel 193 van het Nieuwe Gemeentedecreet van 15 juli 2005 beslist in principe het college van burgemeester en schepenen tot het optreden in rechte namens de gemeente.

5. Het instellen van het cassatieberoep maakt een onderdeel uit van het voeren van een rechtsgeding, zodat het college van burgemeester en schepenen daartoe moet beslissen.

Het bewijs daarvan wordt inzake geleverd doordat de eiseres ter griffie van het Hof op 10 juni 2009 een kopie van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 24 oktober 2008 heeft neergelegd.

Het door de verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep is ongegrond.

Eerste middel

(...)

Dictum

Het Hof,

Zonder acht te slaan op de memorie van wederantwoord van de eiseres.

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

1 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijkuidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Maes en Geinger.

Nr. 241

1° KAMER - 1 april 2010

ONTEIGENING TEN ALGEMENEN NUTTE - WAARDEBEPALING - OPEENVOLGENDE
ONTEIGENINGEN - TIJDSTIP - GELDING

De verplichting om zich in geval van achtereenvolgende onteigeningen voor de waarde-bepaling van het geheel van de te onteigen goederen te plaatsen op de datum van het eerste onteigeningsbesluit, geldt van zodra de opeenvolgende onteigeningen de verwezenlijking van een zelfde doel beogen¹. (Art. 2, Onteigeningswet; Art. 72, §2, Decr. VI. R. 18 mei 1999)

(STAD BERINGEN, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen T. V. e.a.)

ARREST

(AR C.09.0123.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 3 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 16 en 149 van de Grondwet;

- artikel 72, §§1 en 2 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

Aangevochten beslissing

Het aangevochten arrest verklaart het hoger beroep van de eiseres gegrond m.b.t. het vertrekpunt van de interessen en wijst voor het overige het hoger beroep af als ongegrond.

Het oordeelt meer bepaald dat de onteigeningsvergoeding verschuldigd door de eiseres aan de verweerders moet bepaald worden op basis van het statuut dat de inneming had in juli 1973, datum van het eerste onteigeningsbesluit, met name het statuut van "bouwgrond" ten belope van 2.350 m² en het statuut van achterliggende grond en landbouwgrond ten belope van 3.361 m².

Die beslissing steunt op de volgende redenen:

"2.1.

De litigieuze onteigening in casu gebeurde op basis van het ministerieel besluit van 3 juli 2000 en dit met het oog op de realisatie van het sport- en recreatiepark "Paalse Plas" en op basis van een onteigeningsplan, goedgekeurd door de stad Beringen op 17 januari 2000.

De onteigening gebeurde ter verwezenlijking van een streek-, gewestelijk of gemeentelijk plan van aanleg, namelijk het gewestplan Hasselt-Genk, vastgesteld bij KB van 3 april 1979.

Voorafgaandelijk aan het voormelde gewestplan werd bij KB van 20 juli 1973 een onteigeningsplan goedgekeurd van de toenmalige gemeente Paal voor de onteigening van percelen voor de uitvoering van zandwinningputten, voor het ophogen van het industrie-terrein, alsmede het aanleggen van een recreatiezone. De eerste rechter is, na heropening der debatten, in het eindvonnis terecht tot de bevinding gekomen dat de litigieuze percelen van (de verweerders) ook deel uitmaakten van het onteigeningsplan uit 1973.

2.2.

1 Zie Cass., 6 jan. 1995, AR C.93.0075.N, AC, 1995, nr. 12.

Vermits bij het bepalen van de waarde van het onteigende perceel geen rekening wordt gehouden met de waardevermeerdering of vermindering die voortvloeit uit de voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan, dient nagegaan te worden welke de feitelijke toestand was van de onteigende percelen zonder rekening te houden met het tussengekomen gewestplan.

Terecht maakt de eerste rechter toepassing van artikel 72, §2, van het decreet ruimtelijke ordening van 18 mei 1999, zodat voor de waardebepaling partijen zich dienen te plaatsen in juli 1973.

Er bestaat een duidelijk verband tussen het onteigeningsbesluit van 1973 en het uiteindelijke gewestplan van 1979.

Er kan terzake verwezen worden naar de motivering van de eerste rechter die hier als volledig hernomen dient te worden beschouwd".

De aangevochten beslissing steunt dan ook op de volgende motieven van de eerste rechter waarnaar hiervoor uitdrukkelijk werd verwezen, zijnde:

"1.1. Bij tussenvonnis van 19 september 2005 werd vastgesteld dat de onteigening in casu gebeurde op basis van het ministerieel besluit van 3 juli 2000 en dit met het oog op de realisatie van het sport- en recreatiepark "Paalse Plas" en op basis van een onteigeningsplan, goedgekeurd door eiseres op 17 januari 2000.

Er is tussen partijen geen betwisting dat de onteigening gebeurde ter verwezenlijking van een streek-, gewestelijk of gemeentelijk plan van aanleg, namelijk het gewestplan Hasselt-Genk, vastgesteld van KB van 3 april 1979.

Vermits bij het bepalen van de waarde van het onteigende perceel geen rekening wordt gehouden met de waardevermeerdering of -vermindering die voortvloeit uit de voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan, dient nagegaan te worden welke de feitelijke toestand was van de onteigende percelen op het ogenblik dat het kwestieuze gewestplan in werking trad.

1.2. De verweerders deden opmerken dat er, voorafgaandelijk aan het gewestplan, bij KB van 20 juli 1973 een onteigeningsplan werd goedgekeurd van de toenmalige gemeente Paal voor de onteigening van percelen voor de uitvoering van zandwinningsputten voor het ophogen van het industrieterrein, alsmede het aanleggen van een recreatiezone.

Vermits het bijbehorende onteigeningsplan niet werd bijgevoegd en de eiseres over dit argument niet besloot, was het niet duidelijk of de percelen, eigendom van de verweerders en voorwerp van huidige onteigeningsprocedure, ook deel uitmaakten van dit plan uit 1973.

Alhoewel zij zulks niet uitdrukkelijk stelt, kan uit de conclusies die de eiseres nam na de heropening der debatten, alsmede uit haar schrijven van 22 juni 1999 gericht aan de gouverneur, afgeleid worden dat zij niet betwist dat de percelen van de verweerders ook deel uitmaakten van het onteigeningsplan uit 1973.

1.3. Vermits de eigendom van de verweerders bijgevolg het voorwerp heeft uitgemaakt van achtereenvolgende onteigeningsplannen, stelt zich de vraag in hoeverre in casu artikel 72, §2, van het decreet ruimtelijke ordening van 18 mei 1999 niet van toepassing is, zodat voor de waardebepaling van de onteigende goederen deze plannen geacht worden een geheel te vormen op de datum van het eerste onteigeningsbesluit. Derhalve zou voor de waardebepaling rekening moeten gehouden worden met de feitelijke toestand van de gronden op het ogenblik van het van kracht worden van het eerste onteigeningsplan in 1973.

De eiseres argumenteert ten onrechte dat met het onteigeningsplan van 1973 geen rekening dient gehouden te worden, omdat het eerste onteigeningsbesluit, daterend van 1973, niet gebeurde ter verwezenlijking van het latere uitvoeringsplan.

Door te stellen dat de achtereenvolgende onteigeningsbesluiten zouden moeten dienen ter verwezenlijking van eenzelfde uitvoeringsplan, voegt de eiseres een voorwaarde toe voor de toepasselijkheid van artikel 72, §2, waarin het decreet zelf niet voorziet.

Artikel 72, §2, bepaalt dat onteigeningen die achtereenvolgens worden verordend ter verwezenlijking van een uitvoeringsplan, voor de waardebepaling van de te onteigenen goederen geacht worden een geheel te vormen op de datum van het eerste onteigeningsbesluit. Er is nergens bepaald dat het hierbij zou dienen te gaan om uitvoering van eenzelfde uitvoeringsplan. Artikel 72, §2, neemt trouwens aan dat ook een herzien ruimtelijk uitvoeringsplan in aanmerking komt, hetgeen aantoont dat het niet dient te gaan om eenzelfde uitvoeringsplan.

Om de waarde van de van de verweerders onteigende goederen te bepalen, dient derhalve rekening gehouden te worden met de feitelijke toestand van de gronden op datum van goedkeuring van het eerste onteigeningsplan van de gemeente Paal, zijnde 20 juli 1973. Dit onteigeningsplan voorzag, voor wat betreft de percelen van de verweerders, trouwens ook in de aanleg van een recreatiezone, hetgeen eveneens het voorwerp uitmaakte van het gewestplan uit 1979".

Eerste grief

(...)

Tweede grief

Schending van de artikelen 16 van de Grondwet en 72, §§1 en 2, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

1. Artikel 16 van de Grondwet stelt dat niemand van zijn eigendom kan worden ontzet dan ten algemene nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.

Voor het bepalen van de onteigeningsvergoeding moet de rechter zich plaatsen op het ogenblik van de eigendomsoverdracht, met name op de datum van de beslissing dat de vervulling van de wettelijke formaliteiten inzake onteigening vaststelt.

De onteigende mag zich door de onteigening noch verrijken, noch verarmen. Hij moet met de onteigeningsvergoeding in staat zijn zich een gelijkwaardig goed te verschaffen en de mogelijkheid bezitten zich te herstellen in een toestand alsof de onteigening niet plaatsgevonden had.

2. Krachtens artikel 72, §1, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening wordt, bij het bepalen van de waarde van het onteigende perceel, geen rekening gehouden met de waardevermeerdering of -vermindering die voortvloeit uit de voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan. De rechter moet niettemin rekening houden met de waardevermeerdering of -vermindering die uit dergelijk plan voortvloeit wanneer de onteigening met de verwezenlijking van dat plan niets te maken heeft.

Krachtens artikel 72, §2, van het decreet van 18 mei 1999 worden onteigeningen die achtereenvolgens worden verordend ter uitvoering van voormeld plan, met inbegrip van een herzien plan, voor de waardebepaling, geacht een geheel te vormen op de datum van het eerste onteigeningsbesluit. Die onteigeningen moeten gebeuren ter uitvoering van dergelijk plan.

3. Te dezen blijkt uit geen enkele vaststelling van de aangevochten beslissing dat het onteigeningsbesluit van 1973 ter realisatie van een uitvoeringsplan in de zin van voormelde decretale bepaling gebeurde.

In elk geval en voor het overige kan dit evenmin afgeleid worden uit de vaststelling van de aangevochten beslissing dat er een duidelijk verband bestaat tussen het onteigeningsbe-

sluit van 1973 en het uiteindelijke gewestplan van 1979 en dat, verwijzend naar de motivering van de eerste rechter, het onteigeningsplan van 1973, m.b.t. de betrokken percelen, ook voorzag in de aanleg van een recreatiezone, hetgeen eveneens het voorwerp uitmaakte van het gewestplan van 1979. Een onteigeningsbesluit van 1973 kan immers niet ter realisatie van een later plan opgemaakt worden.

Besluit

Uit het voorgaande volgt dat het arrest niet wettig oordeelt dat de onteigeningsvergoeding verschuldigd door de eiseres aan de verweerders bepaald moest worden op basis van het statuut dat de inneming had op het ogenblik van het eerste onteigeningsbesluit in juli 1973.

Het aangevochten arrest heeft derhalve de artikelen 16 van de Grondwet en 72, §1 en §2, van het decreet van 18 mei 1999 geschonden.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Tweede onderdeel

1. Krachtens artikel 72, §2, van het decreet van het Vlaams Parlement van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening, worden onteigeningen die achtereenvolgens worden verordend ter verwezenlijking van een uitvoeringsplan, met inbegrip van een herzien ruimtelijk uitvoeringsplan, voor de waardebeoordeling van de te onteigenen goederen geacht een geheel te vormen op datum van het eerste onteigeningsbesluit.

Krachtens artikel 2 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake de onteigeningen ten algemene nutte, worden de achtereenvolgens uitgevaardigde onteigeningen voor een zelfde doel als één geheel beschouwd bij de schatting van de waarde van de onteigende goederen.

2. Uit deze bepalingen volgt dat de verplichting om zich in geval van achtereenvolgende onteigeningen voor de waardebeoordeling van het geheel van de te onteigenen goederen te plaatsen op datum van het eerste onteigeningsbesluit, geldt van zodra de opeenvolgende onteigeningen de verwezenlijking van een zelfde doel beogen.

3. De appelrechters stellen vast dat:

- de onteigening voorwerp van onderhavige zaak gebeurde met het oog op de realisatie van het sport- en recreatiepark 'Paalse Plas', ter verwezenlijking van het gewestplan Hasselt-Genk, vastgesteld bij koninklijk besluit van 3 april 1979;

- het onteigeningsplan van de gemeente Paal, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 20 juli 1973, voor wat betreft de percelen van de verweerders ook voorzag in de aanleg van een recreatiezone.

De appelrechters oordelen dat er een duidelijk verband is tussen het onteigeningsbesluit van 1973 en het uiteindelijke gewestplan van 1979, zodat men zich voor de waardebeoordeling van de thans onteigende percelen dient te plaatsen ten tijde van het eerste onteigeningsbesluit.

De appelrechters, die aldus te kennen geven dat de opeenvolgende onteigeningen de verwezenlijking van een zelfde doel beogen, verantwoordt hun

beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Eerste onderdeel

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

1 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Smetryns – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Maes en Verbist.

Nr. 242

1^o KAMER - 1 april 2010

1^o SAMENHANG - BURGERLIJKE ZAKEN - VORDERINGEN HANGENDE VOOR RECHTSCOLLEGES VAN VERSCHILLENDE RANG - BESLISSING VAN DE APPELINSTANTIE OMTRENT DE SAMENHANG - GEVOLG

2^o VORDERING IN RECHTE - BURGERLIJKE ZAKEN - VORDERINGEN HANGENDE VOOR RECHTSCOLLEGES VAN VERSCHILLENDE RANG - BESLISSING VAN DE APPELINSTANTIE OMTRENT DE SAMENHANG - GEVOLG

1^o en 2^o Aan de regel dat de te verwijzen vordering tot dezelfde aanleg dient te behoren als de vordering waarmee ze desgevallend zal worden gevoegd, wordt geen afbreuk gedaan door de loutere beslissing van de appelinstantie die de beslissing omtrent de samenhang hervormt¹. (Artt. 30, 562, 2^o tot 5^o, en 566, Ger.W.)

(M. e.a. T. A.)

ARREST

(AR C.09.0131.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 18 november 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Raadsheer Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 29, 30, 31, 92, §2, 565, 566, 577, 602 tot 607 en 726 van het Gerechtelijk Wetboek.

¹ Zie Cass., 11 feb. 2000, AR C.98.0463.F, AC, 2000, nr. 109.

Aangevochten beslissing

De appelrechters beslissen tot de vernietiging van het bestreden vonnis omdat ze van oordeel zijn dat de zaak moet worden verwezen naar de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel, rechtsprekend in eerste aanleg, wegens samenhang met het geschil dat daar hangende is voor de tiende kamer en gekend onder het algemeen rolnummer 44.113, op grond van de volgende motieven:

"Voor de vrederechter werd door (de eisers) gesteld dat het appartement hun eigendom is, dat geen vruchtgebruik of ander zakelijk recht toegekend werd op dit appartement aan (de verweerster) en 'dat het enig recht die op dat goed toegestaan werd is een mondeling huurrecht ten voordele van (de verweerster), die daarvoor een welbepaalde huurprijs diende te betalen' (derde besluiten voor de vrederechter blz. 7).

(De verweerster) verklaarde voor de vrederechter (blz. 4 van haar laatste besluiten) dat zij een levenslang recht van bewoning bezit op het appartement als tegenprestatie voor de sommen die zij aan (de eisers) geschonken heeft voor de aankoop van dit appartement, die omwille van succesoriale redenen onmiddellijk op naam van (de eisers) werd gekocht.

(De verweerster) verwijst dienaangaande naar al de stukken die voorgelegd werden in het kader van de procedure te Nijvel inzake het beheer door haarzelf van de portefeuilles van haarzelf en van (de eerste eiseres) en zoals ook onderzocht door de gerechtsdeskundige Collard, waaruit zou moeten blijken dat (de verweerster) heel wat giften heeft gedaan en ook heel wat facturen inzake de afwerking van het appartement of aankoop van roerende goederen waarvan nu de teruggave gevorderd worden, op naam van (de eerste eiseres) werden opgesteld omwille van succesoriale redenen.

(De eisers) verwijzen naar een aantal overschrijvingen en facturen om te stellen dat het appartement en deze roerende goederen door hen betaald werden, maar het blijkt dat deze gebeurden hetzij rechtstreeks via de rekening 32 of via de rekening 24, die gespijsd werd door de rekening 32 terwijl (de verweerster) stelt dat net uit dit verslag Collard zou moeten blijken dat deze rekening 32 net door (de verweerster) beheerd werd met gelden afkomstig van zowel haarzelf als van de portefeuille van wijlen A. , zodat volgens (de verweerster) niet gesteld kan worden op grond van de betalingen dat er een mondelinge huurovereenkomst bestond dat zij alleen 'uur' betaalde ten belope van de hypothecaire afbetalingen en gemene lasten, en dat nu deze betalingen niet verder verricht worden, de beweerdde mondelinge 'uur' overeenkomst lastens haar ontbonden zou moeten worden.

(De verweerster) stelt dat het feit van geen verdere betalingen te kunnen uitvoeren op deze rekening 32 net zijn oorsprong vindt in het feit dat alle portefeuillewaarden verdwenen zijn uit de kluis op 19 februari 1992, datum waarop zij geen toegang meer kreeg tot de woning en de kluis zodat (de eisers) aldus zelf aan de oorsprong zouden liggen van het feit dat deze regelmatige betalingen niet meer kunnen gebeuren.

Uit het verslag Collard (blz. 69 tot 71) blijkt dat (de verweerster) samen in titels en geld een bedrag van 17.801.750 frank betaald heeft aan (de eerste eiseres); zij zou ook nog gelet op de herwaardering van de portefeuille van A. , nog 7.833.000 frank verschuldigd zijn aan (de eerste eiseres), hetgeen niet meer kan gebeuren gelet op de verdwijning van de titels, maar zo deze teruggave werkelijk gebeurde, zou dit neerkomen op een teruggave van 25.808.551 frank, zijnde volgens de deskundige 6.453.480 frank teveel, bedrag dat volgens de deskundige net overeenkomt met de waarde van het appartement te Wezembeek-Oppem waarop (de verweerster) volgens de deskundige over een feitelijk recht van bewoning beschikt, (toen de verklaringen voor de deskundige afgelegd werden en zijn verslag neergelegd werd op 10 juni 1997, was de dagvaarding van 19 september 1997 inzake betwist bewoningsrecht van dit appartement nog niet betekend).

De deskundige merkte op dat hij vanwege (de eerste eiseres) nooit afgifte ontvangen had van haar eigen bankrekeningen ondanks meerdere aanvragen hiertoe (blz. 57) en hij

stelt ook dat (de eisers) ook actief medewerkten aan het beheer van de portefeuille nu maandelijks bij hen couponnen afgeknipt werden en in twee verschillende omslagen gestoken met de vermelding 'J' en 'A' volgens de herkomst ervan (er werd een omslag met het handschrift van de (tweede eiser) nog teruggevonden - verslag blz. 57 en blz. 63), en na de verdwijning ervan werden heel wat van deze titels mysterieus ter betaling aangeboden in Luxemburg, waarvan ook titels die eigendom waren van (de verweerster) (verslag blz. 56, n°14).

In de besluiten van (de verweerster) zijn er ettelijke verwijzingen (naar de) vaststellingen van de deskundige Collard en stukken neergelegd in het kader van de procedure te Nijvel.

Artikel 30 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat rechtsvorderingen als samenhangende zaken worden behandeld, wanneer de vorderingen zo nauw onderling verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

In tegenstelling tot hetgeen de vrederechter besliste, oordeelt deze rechtbank dat er toch een samenhang is tussen deze vordering nopens het gebruik van het appartement te Wezembeek-Oppem en de vordering nog hangend is voor de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel.

Reeds bij de lectuur van de laatste bladzijden (69 tot 71) van het verslag Collard, hierboven kort weergegeven blijkt deze samenhang duidelijk.

Ook de betwistingen inzake de vordering tot teruggave van een reeks meubelen, tot zelfs de ingerichte keuken, zijn verweven met de zaak te Nijvel, nu (de eisers) verwijzen naar facturen op naam van (de eerste eiseres) of betalingen verricht met de rekening nr. 32 terwijl (de verweerster) dan weer verwijst naar de stukken en het verslag Collard nopens de belangrijke geldverschuivingen gedaan door (de verweerster) ten voordele van (de eerste eiseres) waaronder vele betalingen op de rekening nr. 32, onder meer voor 3.602.003 frank gedaan met gelden die enkel aan (de verweerster) toebehoorden (verslag blz. 70).

De kwalificatie van de mondelinge bewoningsovereenkomst en de manier waarop deze uitgevoerd werd is onlosmakelijk verbonden met de manier waarop in het verleden het feitelijk beheer van de verschillende portefeuilles roerende waarden (...) gebeurde.

Zodoende beslist de rechtbank deze zaak in zijn geheel wegens samenhang te verzen- den naar de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel, om er gevoegd te worden bij het geschil dat aldaar hangende is voor de tiende kamer onder AR nr.44.113.

In deze omstandigheden is er nu ook geen aanleiding om uitspraak te doen nopens de valsheidsprocedure betreffende het stuk opgesteld door (de eerste eiseres) en dat de datum draagt van 12 januari 1991 waarbij de inhoud van een stuk opgesteld op 11 januari 1991 ingetrokken werd".

Grieven

Artikel 566, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat verschillende vorderingen of verschillende punten van een vordering tussen twee of meer partijen, die afzonderlijk ingesteld, voor verschillende rechtbanken zouden moeten worden gebracht, indien zij samenhangend zijn toch voor dezelfde rechtbank samengevoegd kunnen worden met inachtneming van de voorrang bepaald in artikel 565, 2° tot 5°, van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 566 maakt uitdrukkelijk gebruik van de bewoordingen "verschillende rechtbanken".

Artikel 565, eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat in geval van aanhangigheid de vorderingen samengevoegd worden, volgens de volgende voorrang:

1° de rechtbank die over de zaak een ander vonnis gewezen dan een beschikking van inwendige orde, heeft altijd voorrang;

- 2° de rechtbank van eerste aanleg heeft voorrang boven de andere rechtbanken;
- 3° de arbeidsrechtbank heeft voorrang boven de rechtbank van koophandel;
- 4° de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel hebben voorrang boven de vrederechter;
- 4°*bis* de vrederechter heeft voorrang boven de politierechtbank;
- 5° de rechtbank waartoe men zich het eerst wendt, heeft voorrang boven die waarvoor de zaak later wordt aangebracht.

Wanneer echter een van de vorderingen uitsluitend tot de bevoegdheid van een bepaalde rechtbank behoort, is alleen deze bevoegd om van de gezamenlijke vorderingen kennis te nemen. Ook in de voorraangsregeling van artikel 565 wordt enkel gebruik gemaakt van het woord "rechtbank".

Bovenvermelde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek veronderstellen dat de vorderingen hangende zijn voor rechtscolleges van dezelfde rang. Bijgevolg kan er geen sprake zijn van samenhang indien de ene vordering hangende is voor een rechtscollege dat uitspraak dient te doen in eerste aanleg en de andere voor een rechtscollege dat in hoger beroep uitspraak moet doen. Daaruit volgt dat de rechtbank van eerste aanleg te Brussel uitspraak doende in hoger beroep, namelijk op het hoger beroep tegen een vonnis van de vrederechter van het kanton Kraainem-Sint-Genesius-Rode, niet wettig beslist dat de zaak wegens samenhang samengevoegd moet worden met die hangende in eerste aanleg voor de tiende kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel, daar gekend onder algemeen rolnummer 44.113 (schending van alle in het middel als geschonden aangeduide artikelen van het Gerechtelijk Wetboek).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Krachtens artikel 30 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen rechtsvorderingen als samenhangend worden behandeld, wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

Krachtens artikel 566 van voormeld wetboek kunnen verschillende vorderingen of verschillende punten van een vordering tussen twee of meer partijen, welke, afzonderlijk ingesteld, voor verschillende rechtbanken zouden moeten worden gebracht, indien zij samenhangend zijn, voor dezelfde rechtbank samengevoegd worden met inachtneming van de voorrang bepaald in artikel 565, 2° tot 5° van voormeld wetboek.

Krachtens voormeld artikel 565, 2° tot 5°, gebeurt de verwijzing met de volgende voorrang:

- 2° de rechtbank van eerste aanleg heeft voorrang boven de andere rechtbanken;
- 3° de arbeidsrechtbank heeft voorrang boven de rechtbank van koophandel;
- 4° de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel hebben voorrang boven de vrederechter;
- 4°*bis* de vrederechter heeft voorrang boven de politierechtbank;
- 5° de rechtbank waartoe men zich het eerst wendt, heeft voorrang boven die waarvoor de zaak later wordt aangebracht.

2. De door die bepaling opgelegde voorrang onderstelt dat de vorderingen hangende zijn voor rechtscolleges van dezelfde rang en er kan geen sprake zijn van samenhang wanneer de ene vordering hangende is voor een rechtscollege dat in eerste aanleg uitspraak dient te doen en de andere voor een rechtscollege dat in hoger beroep uitspraak moet doen.

Aan deze regel dat de te verwijzen vordering tot dezelfde aanleg dient te behoren als de vordering waarmee ze desgevallend zal worden gevoegd, wordt evenwel geen afbreuk gedaan door de loutere beslissing van de appelinstantie die de beslissing omtrent de samenhang hervormt.

3. Het middel dat van de tegengestelde rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eisers in de kosten.

1 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Deconinck – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Verbist en Geinger.

Nr. 243

1^o KAMER - 1 april 2010

1^o EUROPESE UNIE — VERDRAGSBEPALINGEN — BEGINSELS - ART. 32,
LAATSTE LID, EUROPEES EXECUTIEVERDRAG - BEVOEGDHEIDSGROND - BEGRIP

2^o BEVOEGDHEID EN AANLEG — INTERNATIONALE BEVOEGDHEID - ART.
32, LAATSTE LID, EUROPEES EXECUTIEVERDRAG - BEVOEGDHEIDSGROND - BEGRIP

3^o EUROPESE UNIE — VERDRAGSBEPALINGEN — BEGINSELS - ART. 31,
EUROPEES EXECUTIEVERDRAG - UITVOERBAARHEID - BEGRIP

4^o UITVOERBAARVERKLARING - ART. 31, EUROPEES EXECUTIEVERDRAG -
UITVOERBAARHEID - BEGRIP

1^o en 2^o *De bevoegdheidsgrond van artikel 32, laatste lid, van het Executieverdrag dat bepaalt dat indien de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd geen woonplaats heeft in de aangezochte Staat, de bevoegdheid wordt bepaald door de plaats van tenuitvoerlegging, is een subsidiair geldende bevoegdheidsgrond..* (Art. 32, laatste lid, Executieverdrag van 27 sept. 1968)

3^o en 4^o *Uit het algemene opzet van het Executieverdrag volgt dat het begrip "uitvoerbaar" in artikel 31 van dat Verdrag enkel ziet op de formele uitvoerbaarheid van de in het buitenland gegeven beslissing en niet op de voorwaarden waaronder die beslissing in de Staat van herkomst ten uitvoer kan worden gelegd en dat de beslissing waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, niet noodzakelijk een veroordeling ten voordele van de verzoeker vereist opdat deze als een belanghebbende zou worden aangemerkt.* (Art. 31, Executieverdrag van 27 sept. 1968)

PORTS INTERNATIONAUX) nv, vennootschap naar Frans recht)

ARREST

(AR C.09.0150.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 26 september 2008, op verzet en in laatste aanleg gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

Eerste voorzitter Ghislain Londers heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift twee middelen aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

(...)

Tweede onderdeel

3. Artikel 32, laatste lid, van het Executieverdrag van 27 september 1968 bepaalt: "Het relatief bevoegde gerecht is dat van de woonplaats van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd. Indien deze partij geen woonplaats heeft in de aangezochte Staat, wordt de bevoegdheid bepaald door de plaats van tenuitvoerlegging".

Deze laatste bevoegdheidsgrond is een subsidiair geldende bevoegdheidsgrond.

4. Het onderdeel voert aan dat, wanneer een vordering tot uitvoerbaarverklaring gelijktijdig wordt ingesteld tegen, enerzijds, een partij die een woonplaats heeft in België en, anderzijds, tegen partijen die geen woonplaats hebben in België, de bevoegdheid om kennis te nemen van het verzoek tot uitvoerbaarverklaring afhankelijk is van de vaststelling dat de plaats van tenuitvoerstelling in België is gelegen.

5. Het vonnis oordeelt vooreerst dat gelet op de woonplaats van de eiseres sub 3 de rechtbank bevoegd was om kennis te nemen van het verzoek tot het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging.

Gelet op dat eerste oordeel hoefde het vonnis, aan hetwelk geen gebrek aan antwoord wordt verweten, niet nader in te gaan op de omstandigheid dat de andere eiseressen geen woonplaats hadden in België aangezien het verzoek tot tenuitvoerlegging, wat die eiseressen betreft, kennelijk verband hield met een mogelijke tenuitvoerlegging in België.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede middel

(...)

Tweede onderdeel

7. Artikel 31, eerste lid, Executieverdrag van 27 september 1968 bepaalt dat de beslissingen die in een verdragsluitende Staat gegeven zijn en daar uitvoerbaar zijn, in een andere verdragsluitende Staat kunnen ten uitvoer worden gelegd, nadat zij aldaar, ten verzoeke van iedere belanghebbende partij, uitvoerbaar zijn verklaard.

In het arrest *Coursier* van het Hof van Justitie EG wordt geoordeeld: "Het stelsel van tenuitvoerlegging van beslissingen is neergelegd in afdeling 2 van titel III (artikelen 31 - 45) van het Verdrag. Uit het daartoe behorende artikel 31, eerste alinea, blijkt, dat de uitvoerbaarheid van de beslissing in de staat van herkomst een voorwaarde is voor de tenuitvoerlegging van die beslissing in de aangezochte staat. Evenwel moet onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of een beslissing formeel gezien uitvoerbaar is, en de vraag of deze beslissing wegens betaling van de schuld of om een andere reden niet meer ten uitvoer kan worden gelegd. Het Executieverdrag wil het vrije verkeer van vonnissen vergemakkelijken door de invoering van een eenvoudige, snelle procedure in de verdragsluitende staat waar de tenuitvoerlegging van een in het buitenland gegeven beslissing wordt gevraagd. Deze exequaturprocedure vormt een volledig, autonoom stelsel (zie, in die zin, arresten van 2 juli 1985, *Deutsche Genossenschaftsbank*, 148/84, Jurispr. blz. 1981, punt 17, en 21 april 1993, *Sonntag*, C-172/91, Jurispr. blz. I-1963, punten 32-33)".

Uit het algemene opzet van het Executieverdrag volgt dat het begrip "uitvoerbaar" in artikel 31 van dat Verdrag enkel ziet op de formele uitvoerbaarheid van de in het buitenland gegeven beslissing en niet op de voorwaarden waaronder die beslissing in de Staat van herkomst ten uitvoer kan worden gelegd en dat de beslissing waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, niet noodzakelijk een veroordeling ten voordele van de verzoeker vereist opdat deze als een belanghebbende zou worden aangemerkt.

8. Het bestreden vonnis oordeelt uitdrukkelijk dat aan die vereisten is voldaan en oordeelt zodoende, zonder schending van de in het onderdeel aangewezen verdragsbepaling dat de verweerster een belanghebbende is in de zin van artikel 31.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

1 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Van Ommeslaghe en Geinger.

Nr. 244

1° KAMER - 1 april 2010

VERWIJZING VAN EEN RECHTBANK NAAR EEN ANDERE — BURGERLIJKE ZAKEN - VERZOEK TOT ONTTREKKING VAN DE ZAAK - GEWETTIGDE VERDENKING - BEGRIP

De gewettigde verdenking veronderstelt dat de ingeroepen omstandigheden van die aard zijn dat er twijfel kan ontstaan omtrent de onpartijdigheid en de objectiviteit van het betrokken rechtscollege in zijn geheel. (Art. 648, 2°, Ger.W.)

(D.)

ARREST

(AR C.10.0173.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De verzoeker heeft op grond van artikel 648, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek op 25 maart 2010 een verzoek neergelegd tot onttrekking van de zaak aan de rechtbank van eerste aanleg te Veurne in de zaak AR nr. 09/229/A op grond van gewettigde verdenking.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

1. De verzoeker vraagt de zaak waarin hij partij is te onttrekken aan de rechtbank van eerste aanleg te Veurne "volgens haar samenstelling van 30 april 2009" omdat de magistraten van de tweede kamer van die rechtbank op die dag de zaak bij verstek hebben behandeld in volgens hem onregelmatige omstandigheden en hierdoor een schijn van partijdigheid en vooringenomenheid hebben gegeven die bij hem een gewettigde verdenking doet ontstaan.

2. De gewettigde verdenking veronderstelt dat de ingeroepen omstandigheden van die aard zijn dat er twijfel kan ontstaan omtrent de onpartijdigheid en de objectiviteit van het betrokken rechtscollege in zijn geheel.

De verzoeker houdt niet voor dat een anders samengestelde kamer van de rechtbank van eerste aanleg evenmin kennis zou kunnen nemen van de zaak. Hij vraagt trouwens dat de zaak zou verwezen worden "minstens naar een anders samengestelde kamer".

In wezen beoogt de verzoeker de rechters G. Vandaele, G. Stevenaert en P. Lieber te wraken, terwijl zijn verzoek tot wraking van deze magistraten reeds eerder als onontvankelijk werd afgewezen bij arrest van 22 oktober 2009 van het hof van beroep te Gent.

3. Het verzoek tot onttrekking is kennelijk onontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verklaart het verzoek tot onttrekking kennelijk onontvankelijk.

1 Zie Cass., 1 feb. 2008, AR C.08.0012.F, AC, 2008, nr. 79; zie ook Cass., 13 juli 2004, AR C.04.0258.N, AC, 2004, nr. 368.

Veroordeelt de verzoeker in de kosten.

1 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Smetryns – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. B. François, Brussel.

Nr. 245

1^o KAMER - 2 april 2010

**BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — GETUIGEN - OVEREENKOMST - MINNELIJKE
BEËINDIGING - GESCHIL DAT EEN WAARDE VAN 375 EURO TE BOVEN GAAT - BEKENTENIS -
TOELAATBAARHEID**

Artikel 1341 Burgerlijk Wetboek belet in de regel niet dat de minnelijke beëindiging van overeenkomst bewezen wordt door een bekentenis, al gaat de waarde van het geschil 375 euro te boven¹. (Art. 1341, B.W.)

(P. T. ROBERT RECUP bvba e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.08.0532.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 27 juni 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Raadsheer Sylviane Velu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert een middel aan in het cassatieberoep, waarvan een eensluidend afschrift aan dit arrest is gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het middel

Beide onderdelen samen

Artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek belet in de regel niet dat de minnelijke beëindiging van een overeenkomst bewezen wordt door een bekentenis, ook al gaat de waarde van het geschil 375 euro te boven.

Het bestreden vonnis wijst erop dat de raadsman van de eiseres, in een brief van 7 april 2006, de verweerders heeft laten weten dat zij bereid was om het mogelijk vertrek van de verweerster vóór het einde van de huurovereenkomst in overweging te nemen en dat "die brief is bevestigd door de feiten, (dat(immers(huuradvertenties zijn verschenen (met name in de Vlan van 29 maart 2006) en dat een andere advertentie (28 augustus 2006) vermeldt dat het pand vrij was",

¹ Zie Cass., 23 okt. 1959, AC, 1960, 157

en beslist vervolgens dat "die advertenties redelijkerwijs alleen maar kunnen worden uitgelegd als een duidelijke uiting van de wil om de huurovereenkomst voortijdig te beëindigen".

Het bestreden vonnis legt het gedrag van de eiseres zodoende uit als een erkenning van de door de verweerders aangevoerde minnelijke beëindiging van de huurovereenkomst en, bijgevolg, als een stilzwijgende buitengerechtelijke bekenenis van de eiseres.

Eenzijds antwoordt het bestreden vonnis door die vermeldingen op de conclusie van de eiseres waarin zij het bestaan van die beëindiging betwistte door zich op een gebrek aan akkoord over de voorwaarden daarvan te beroepen, tegenover een andere beoordeling van de feiten van de zaak te stellen.

De appelrechters hoefden niet ook te antwoorden op het middel waarin de eiseres betoogde dat die beëindiging niet door een geschrift was bewezen overeenkomstig artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek, daar dat middel door hun beslissing niet langer relevant was.

Anderzijds schendt het bestreden vonnis door de bovenstaande vermeldingen de artikelen 1341 en 1347 van dat wetboek niet en miskent het evenmin de regels betreffende de bewijslast.

De schending van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek is uitsluitend afgeleid uit de vergeefs aangevoerde schending van die bepalingen.

Het bestreden vonnis, luidens hetwelk "de huurovereenkomst nergens bepaalt dat de huurders, in geval van vervroegde opzegging van de huurovereenkomst, een vergoeding voor wederverhuring verschuldigd zouden zijn" en dat een dergelijke vergoeding, "bij ontstentenis van een onrechtmatige beëindiging van de huurovereenkomst door de huurder (artikel 1184, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek)", niet verschuldigd is, beslist, in tegenstelling tot wat het middel betoogt, niet dat de partijen overeengekomen zijn om de huurovereenkomst zonder vergoeding te beëindigen.

Geen van de onderdelen van het middel kan worden aangenomen.

Dictum

Het Hof

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

2 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Velu – *Gelijkluidende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Geinger en Foriers.

BESCHIKKINGSBEGINSEL - EISEN VAN DE PARTIJEN - ONDERZOEK - VERPLICHTING VAN DE RECHTER
- VORDERING TOT KOOPVERNIEGING - VORDERING TOT RAMING - TOEPASSING

2^o KOOP - VERBORGEN GEBREKEN - VORDERING TOT KOOPVERNIEGING - VORDERING TOT
RAMING - ONDERZOEK - VERPLICHTING VAN DE RECHTER - TOEPASSING

1^o en 2^o De rechter die de door een partij ingestelde vordering tot raming verwerpt op grond dat zij oorspronkelijk voor de vordering tot koopvernietiging geopteerd had, komt zijn verplichting niet na om de juridische aard van de vorderingen die de partijen hem hadden voorgelegd, te onderzoeken. (Art. 1138, 2^o, Ger.W.; Art. 1644, B.W.)

(B. T. PRIVILEGE SERVICE AUTOMOBILE nv)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0204.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 2 december 2008 gewezen door het hof van beroep te Luik.

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert vier middelen aan, waarvan het eerste, het derde en het vierde gesteld zijn als volgt:

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 1319, 1320, 1322, 1641, 1643 en 1644 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 741 tot 744, 774, 807, 1042, 1054, eerste lid, en 1056, 4^o, van het Gerechtelijk Wetboek;
- algemeen rechtsbeginsel, dat toegepast wordt in artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk de rechter, met eerbiediging van het recht van verdediging, moet bepalen welke rechtsnorm van toepassing is op de aangevoerde feiten en op de hem voorgelegde vordering en die norm moet toepassen;
- algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk afstand van een recht strikt moet worden uitgelegd en alleen kan worden afgeleid uit feiten die voor geen enkele andere uitlegging vatbaar zijn.

Aangevochten beslissingen

Het arrest bevestigt het beroepen vonnis van 11 oktober 2002, dat eisers vordering tot koopvernietiging had toegewezen, beslist bijgevolg dat er grond bestaat "tot wederzijdse teruggave van het voertuig en van de betaalde prijs, naast de in artikel 1645 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde schadevergoeding"; dat de eiser uit eigen beweging heeft afgezien van de mogelijkheid om het voertuig terug te geven, zodat hij ten aanzien van de verweerster een schuld, bestaande in een schadevergoeding, bij equivalent is aangegaan; stelt het bedrag van die schuld vast op het door de verweerster aan de eiser verschuldigde bedrag en vereffent de wederzijdse schulden, om alle redenen die hier als volledig weergegeven worden beschouwd en inzonderheid om de volgende redenen:

"De eerste rechter heeft in zijn vonnis van 11 oktober 2002 een volledige uiteenzetting van de gegevens van de zaak gegeven en heeft op passende wijze uitspraak gedaan.

Het wordt immers niet betwist dat het voertuig, toen het, volgens de factuur, op 20 maart 1999 door (de verweerster aan de eiser) werd verkocht, op zijn minst 162.715 kilometer had gereden, zoals bleek uit de factuur die de garage Antoine op 13 november 1998 aan Lease Plan had overhandigd, en niet 87.000 kilometer, zoals (de verweerster) gezegd had en zoals dat in het testverslag van B.C.A. was vermeld.

(...)

De rechter is weliswaar gehouden om het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregel, maar wanneer, zoals te dezen, alleen privé-belangen in het geding zijn, moet hij in de eerste plaats een geschil beëindigen en niet, in alle omstandigheden, tegen de wil van de partijen in, de verdediging van het positief recht opleggen. Die beperking wordt uitgedrukt in het beginsel volgens hetwelk de rechter geen geschil kan opwerpen waarvan de partijen het bestaan hebben uitgesloten (A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, uitg. 1987, p. 68, nr. 59).

De andere partijen hebben nooit betwist dat er wel degelijk een verschil bestond tussen de opgegeven kilometerstand en het reële aantal afgelegde kilometers, en evenmin hebben zij de omschrijving van verborgen gebrek betwist die (de eiser) daaraan gegeven had. Zij hebben slechts verweermiddelen aangevoerd die gegrond zijn op de regeling van vrijwaring voor dergelijke gebreken en zij hebben zich met name in hun voordeel beroepen op artikel 1648 van het Burgerlijk Wetboek, waaruit kan worden afgeleid dat zij niet hebben willen betwisten dat het verschil in kilometers een verborgen gebrek vormde. Hieruit volgt dat het geschil beslecht moet worden overeenkomstig de regels die van toepassing zijn op de vrijwaring voor verborgen gebreken.

(...)

Aangezien, enerzijds, het gebrek als zodanig niet betwist wordt en, anderzijds, (de eiser) gekozen heeft voor de vordering tot koopvernietiging - een keuze die hem alleen aangaat -, wordt het vonnis van 11 oktober 2002 bevestigd, dat "de rechtsvordering (van de eiser) tegen de verweerster ontvankelijk en gegrond verklaart" en "de (door de eiser) tegen de (verweerster) ingestelde rechtsvordering tot koopvernietiging toewijst" alvorens een deskundigenonderzoek te bevelen om de schade van (de eiser) te begroten.

Aangezien (de eiser) in het gelijk werd gesteld in zijn vordering tot koopvernietiging, bestaat er, krachtens artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek, grond tot wederzijdse teruggave van het voertuig en van de betaalde prijs, naast de in artikel 1645 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde schadevergoeding. (De verweerster) betwist immers niet dat zij een beroepsverkoper is en beweert niet dat het gebrek niet kan worden opgemerkt.

De vordering die strekt tot terugbetaling van een bedrag van 3.025,00 euro, zijnde het gedeelte van de prijs, inclusief btw, dat overeenstemt met de aan het gebrek te wijten minderwaarde, is overbodig omdat de vordering tot koopvernietiging noodzakelijkerwijs al de terugbetaling van de prijs tot gevolg heeft, en zij is bijgevolg niet gegrond.

Evenwel moet worden vastgesteld dat (de eiser), die het initiatief heeft genomen om het voertuig door Willems Motors te laten verkopen op 18 november 2004, dus nog vóór er tegen het vonnis van 11 oktober 2002, dat einduitspraak had gedaan over de vordering tot koopvernietiging, een rechtsmiddel was aangewend, uit eigen beweging heeft afgezien van de mogelijkheid om de beslissing uit te voeren, die nochtans was ingewilligd.

Bijgevolg moet worden beslist dat de verplichting om het voertuig terug te geven, niet meer in natura kan worden nagekomen, maar dat een aan (de verweerster) bij equivalent verschuldigde schadevergoeding in de plaats ervan gekomen is, die evenwel vervallen is door compensatie met de door laatstgenoemde verschuldigde terugbetaling van de prijs".

Grievens

Krachtens artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek, heeft de koper die tegen de verko-

per de vordering tot vrijwaring voor de in de artikelen 1641 en 1643 van datzelfde wetboek bedoelde verborgen gebreken kan instellen, de keus om ofwel de zaak terug te geven en zich de gehele prijs te doen terugbetalen - waardoor hij aldus een vordering tot koopvernietiging instelt -, ofwel de zaak te behouden en zich een gedeelte van de prijs te doen terugbetalen, dat door deskundigen zal worden bepaald - waardoor hij aldus een vordering tot prijsvermindering instelt.

De koper kan die keuze in de loop van de procedure wijzigen. Hij kan dat op grond van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek zelfs in hoger beroep doen, aangezien beide rechtsvorderingen gegrond zijn op hetzelfde feit, met name de koop van een gebrekkige zaak, en voormeld feit in de dagvaarding wordt aangevoerd.

Hoewel de rechter de door de eiser gemaakte keuze tussen de vordering tot koopvernietiging en de vordering tot prijsvermindering niet mag wijzigen, is hij krachtens het in artikel 744 van het Burgerlijk Wetboek vastgelegde algemeen rechtsbeginsel gehouden om de te bepalen welke rechtsregels toepasselijk zijn afhankelijk van welke vordering bij hem wordt ingesteld en die regels toe te passen.

Dat recht is alleen van toepassing zolang de partijen een procedureel akkoord hebben gesloten waardoor de rechter gebonden is door een welbepaald juridisch of feitelijk punt waartoe zij het debat willen beperken.

Eerste onderdeel

Bij gebrek aan een dergelijk procedureel akkoord dient de appelrechter, die kennisneemt van een rechtsvordering die de koper voor hem instelt en die niet meer tot doel heeft de zaak aan de verkoper terug te geven in ruil voor de terugbetaling van de prijs door die verkoper, maar de verkoper te doen veroordelen tot teruggave van het te veel betaalde op de aankoopprijs (naast de bijkomende schadevergoeding en interest), bijgevolg vast te stellen dat die koper zijn keuze gewijzigd heeft en voor de vordering tot prijsvermindering gekozen heeft, en moet hij op het geschil de bepalingen uit het burgerlijk en het gerechtelijk recht toepassen die de wijziging van zijn aanspraken oplegt.

Uit de processtukken blijkt te dezen dat de eiser oorspronkelijk wel voor de vordering tot koopvernietiging gekozen heeft, maar in zijn conclusie in hoger beroep zijn oorspronkelijke keuze gewijzigd heeft en zodoende een incidenteel beroep heeft ingesteld, waarbij zijn vordering niet meer strekte tot teruggave van het voertuig tegen terugbetaling van de prijs (d.i. 399.000 frank exclusief btw, of 9.890,95 euro) maar tot doel had de verweerster (naast de bijkomende schadevergoeding wegens opslag, gebruiksderving van het voertuig en verdedigingskosten) te doen veroordelen tot "teruggave van hetgeen, volgens het deskundigenverslag, te veel is betaald op de aankoopprijs, d.i. 2.500 euro, op de btw van 21 pct., d.i. 525,00 euro, (en) op de financiering (...) 605,00 euro".

Het hof van beroep was aldus gehouden om op de door de eiser in hoger beroep ingestelde eisen ambtshalve de rechtsregels toe te passen die daarop van toepassing waren, vast te stellen dat hij afstand had gedaan van de vordering tot koopvernietiging en voor de vordering tot prijsvermindering had gekozen in de zin van artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek, dat die gewijzigde vordering krachtens artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek ontvankelijk was, daar zij gegrond was op een in de dagvaarding aangevoerd feit en dat de eiser aldus een incidenteel beroep instelde tegen het vonnis van 11 oktober 2002. Dat beroep kon, krachtens artikel 1054, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, te allen tijde bij conclusie tegen de partijen in het geding in hoger beroep worden ingesteld en diende alleen maar te voldoen aan de vormvereisten voor conclusies, overeenkomstig de artikelen 741 tot 744, 1052, 1054 en 1056, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Het bestreden arrest, dat weigert om het geschil te beslechten overeenkomstig de rechtsregels die daarop van toepassing waren, op grond dat de rechter "(...), niet tegen de wil van de partijen in de verdediging van het objectieve recht mag opleggen" in een zaak

"waarin alleen privé-belangen in het geding zijn" en, om die reden, het vonnis van 11 oktober 2002 bevestigt, dat eisers vordering tot koopvernietiging in beginsel gegrond had verklaard, en hieruit had afgeleid dat de eiser, in ruil voor de teruggave van de prijs, de zaak moest teruggeven maar dat hij had afgezien van de mogelijkheid om de zaak terug te geven, zodat zijn schuldvordering tot teruggave van de prijs was vervallen door compensatie bij equivalent met de schuldvordering van de verweerster, schendt alle wettelijke bepalingen en miskent alle algemene rechtsbeginselen die in het middel zijn bedoeld, met uitzondering van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

(...)

Eerste onderdeel

Eerste onderdeel

De rechter is gehouden de juridische aard te onderzoeken van de hem door de partijen voorgelegde eisen en kan, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, ambtshalve de aangevoerde redenen aanvullen, mits hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op regelmatig aan zijn oordeel voorgelegde feiten en het voorwerp van de vordering niet wijzigt. Daarenboven moet hij, met eerbiediging van het recht van verdediging, ambtshalve de rechtsmiddelen opwerpen waarvan de toepassing vereist wordt door de feiten die de partijen met name tot staving van hun eisen hebben aangevoerd.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt het volgende:

- het beroepen vonnis van 11 oktober 2002 verklaart de vordering tot koopvernietiging van de eiser tegen de verweerster ontvankelijk en gegrond. Die vordering strekt ertoe de verkoop van een VW Passat, die de partijen op 20 maart 1999 waren overeengekomen, in het nadeel van de verweerster te doen ontbinden wegens een verborgen gebrek van dat voertuig;

- het beroepen vonnis van 13 januari 2006, dat de vordering toewijst zoals de eiser deze heeft verwoord in zijn samenvattende conclusie van 15 juli 2005, veroordeelt de verweerster om aan de eiser een bedrag van 18.727 euro te betalen, hetzij de tegenwaarde van 121.000 frank, namelijk de aan het verborgen gebrek te wijten minderwaarde van het voertuig, die door de gerechtsdeskundige is begroot op 100.000 frank, verhoogd met de btw van 21 pct.;

- in haar verzoekschrift in hoger beroep vordert de verweerster om de rechtsvordering van de eiser niet-ontvankelijk of op zijn minst ongegrond te verklaren;

- in zijn samenvattende appelconclusie van 11 februari 2008 vordert de eiser dat de verweerster zou worden veroordeeld tot betaling van "hetgeen volgens het deskundigenverslag te veel is betaald op de aankoopprijs", d.i. 2.500 euro, en "op de btw van 21 pct.", d.i. 525 euro, en dat hij een vergoeding zou krijgen voor de andere schadeposten die hij geleden heeft door het verborgen gebrek; hij vordert in hoger beroep noch de ontbinding van de verkoop noch de terugbetaling van de betaalde prijs.

Uit het voorgaande volgt dat de eiser oorspronkelijk wel gekozen had voor de vordering tot koopvernietiging, die ertoe strekte de verkoop te ontbinden en het

voertuig terug te geven in ruil voor de teruggave van de prijs, maar zijn keuze gewijzigd heeft door uitsluitend de vergoeding van het "te veel betaalde op de prijs" en van de andere schade te vorderen die hij door het verborgen gebrek van het litigieuze voertuig geleden heeft, en zodoende de vordering tot prijsvermindering heeft ingesteld, zonder ze als zodanig te omschrijven.

Het hof van beroep, dat beslist dat "aangezien, enerzijds, het gebrek als zodanig niet betwist wordt en, anderzijds, (de eiser) gekozen heeft voor de vordering tot koopvernietiging - een keuze die hem alleen aangaat -, het vonnis van 11 oktober 2002, dat (...) de rechtsvordering tot koopvernietiging toewijst (...), bevestigd wordt", dat "aangezien de eiser op zijn rechtsvordering in het gelijk werd gesteld, er, krachtens artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek, grond bestaat tot wederzijdse teruggave van het voertuig en van de betaalde prijs" en dat "de vordering die strekt tot terugbetaling van een bedrag van 3.025,00 euro, zijnde het gedeelte van de prijs, inclusief btw, dat overeenstemt met de aan het gebrek te wijten minderwaarde, overbodig is omdat de vordering tot koopvernietiging noodzakelijkerwijs al de terugbetaling van de prijs tot gevolg heeft", komt derhalve zijn verplichting niet na om aan de door de eiser aan het hof voorgelegde eisen de juiste juridische omschrijving van vordering tot prijsvermindering te geven.

Bijgevolg verantwoordt de appelrechters hun beslissing om de vordering tot betaling van hetgeen te veel betaald werd op de aankoopprijs en de btw ongegrond te verklaren, niet naar recht.

Het onderdeel is in zoverre gegrond.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het de door de eiser tegen de verweerster ingestelde vordering, die strekt tot terugbetaling, tot beloop van een bedrag van 3.025,00 euro, van het gedeelte van de prijs, inclusief btw, dat overeenkomt met de aan het gebrek te wijten minderwaarde van het voertuig, ongegrond verklaart.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de eiser in de helft van de kosten en houdt de overige kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

2 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Fettweis – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Oosterbosch en Nelissen Grade.

Nr. 247**3° KAMER - 12 april 2010**

1° ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED — ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE — ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN - ECHTSCHEIDING UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - BEREKENING - OVERGANGSBEPALINGEN - DRAAGWIJDTE

2° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED - ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE - ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - BEREKENING - OVERGANGSBEPALINGEN - DRAAGWIJDTE

3° LEVENSONDERHOUD - ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED - ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE - ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - BEREKENING - OVERGANGSBEPALINGEN - DRAAGWIJDTE

4° ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED — ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE — ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN - ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - BEREKENING - OVERGANGSBEPALINGEN - WET IN DE TIJD - TOEPASSELIJKE WET

5° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED - ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE - ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - WET IN DE TIJD - TOEPASSELIJKE WET

6° LEVENSONDERHOUD - ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED - ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE - ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET - RECHT OP ONDERHOUDSUITKERING - NIEUWE WET - REGELS VAN VASTSTELLING VAN DE UITKERING - BEREKENING - OVERGANGSBEPALINGEN - WET IN DE TIJD - TOEPASSELIJKE WET

1°, 2° en 3° De overgangsbepaling van artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2003 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die de wil van de wetgever, uitdrukt om wat betreft de onderhoudsuitkering na een echtscheiding die is uitgesproken op grond van de vroegere artikelen 229, 231 en 232 B.W., van de onmiddellijke toepassing van die wet af te wegen en dit om te beletten dat alle gescheiden echtgenoten een uitkering tot levensonderhoud zouden kunnen vorderen indien zij voldoen aan de economische voorwaarden voor de toekenning ervan, zelfs als zij schuldig zijn of het in het vroegere artikel 306 bepaalde vermoeden van schuld niet hebben omgekeerd of als de ex-echtgenoten met gedeelde schuld zijn gescheiden, maakt geen onderscheid tussen het bepalen van het recht op levensonderhoud en de regels van de vaststelling ervan¹. (Art. 42, §2, tweede

¹ Cass., 8 maart 2010, AR C.08.0550.F, AC, 2010, nr.160; Jean-Luc BROUWERS, *Echtscheiding*, uitg. Kluwer, 2007, p. 122 e.v.; RENÇON, "La nouvelle réforme (précipitée) du droit de divorce", *R.T.D.F.*, 2007, p. 1056; DANDROY, "La réforme du divorce: les effets alimentaires", *R.T.D.F.*, 2007, p. 1088; MASSON, *JT*, 2007, p. 543; SENAËVE, *Tijdschrift voor familierecht*, 2007, p. 135; Zie AGwH., 16 juli 2009, rol 4490, nr. 115/2009.

lid, en §3, Wet 27 april 2007; Artt. 229, 231, 232, 301, 306, 307 en 307bis, B.W.; zoals zij van toepassing waren vóór, Wet 27 april 2007)

4º, 5º en 6º Indien de echtscheiding is uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007, met toepassing van de vroegere artikelen 229, 231 en 232 B.W., blijven de voorwaarden van vaststelling van de uitkering na echtscheiding geregeld door de bepalingen van de oude artikelen 301, 306, 307 en 307bis van hetzelfde wetboek². (Art. 42, §2, tweede lid, en §3, Wet 27 april 2007; Artt. 229, 231, 232, 301, 306, 307 en 307bis, B.W.; zoals zij van toepassing waren vóór, Wet 27 april 2007)

(J. T. L.)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0243.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 6 november 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi.

De zaak is bij beschikking van 9 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding;

- artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het van toepassing was vóór de wijziging ervan bij de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis vermindert het door de verweerder aan de eiseres verschuldigde voorschot op de onderhoudsuitkering na echtscheiding tot tweehonderd vijftig euro en beslist dat de onderhoudsuitkering niet meer verschuldigd zal zijn vanaf 1 september 2017, om de volgende redenen :

"Hoewel (de verweerder), op grond van artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2007, niet betwist dat het door de (eiseres) gevorderde recht op de onderhoudsuitkering nog steeds geregeld wordt door de vroegere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, betoogt hij evenwel dat die nieuwe bepaling alleen betrekking heeft op het recht op de onderhoudsuitkering en niet op de wijze van vaststelling en uitvoering ervan (...).

(De eiseres) is het met die analyse niet eens en meent dat, hoewel de onschuldige gewezen echtgenoot recht blijft hebben op de onderhoudsuitkering, dat recht niet alleen het recht op levensonderhoud omvat maar tevens het recht op vergoeding waardoor hij kan eisen dat hij in zijn bestaan moet kunnen voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven, dat de regel waarbij de uitkering gekoppeld wordt aan de levensstandaard tijdens het samenleven dus de maatstaf moet blijven en dat, bijgevolg, de wijze waarop het recht, dat onder de vroegere regeling is toegekend, herzien wordt en vervalt, nog steeds toepassing moet vinden (...).

² *Ibid.*

Eerst moet worden beslist of de wet van 27 april 2007, die op 1 september 2007 in werking is getreden, van toepassing is op de zaak dan wel of het voorschot op de onderhoudsuitkering (de eiseres) krijgt, nog steeds onder de toepassing valt van het vroegere artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, dat thans is opgeheven.

De rechtsleer is hierover blijkbaar verdeeld (...).

Daarenboven moet erop worden gewezen dat het probleem van het overgangsrecht slechts kort aan bod is gekomen in de parlementaire voorbereiding.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt evenwel dat die overgangsbepaling ertoe strekt te voorkomen dat het debat opnieuw gevoerd moet worden in de desbetreffende graad van aanleg en dat de wetgever zodoende heeft willen voorkomen dat, op het ogenblik dat de wet in werking trad, massaal vorderingen of aanvragen tot heropening van het debat of tot verdaging van de zaak zouden worden ingediend en dat daarom werd beslist om de vroegere wet toe te passen tot op het ogenblik van de uitspraak van het vonnis (...).

De rechtbank (...) sluit zich aan bij de beperkende uitlegging van de overgangsbepaling en de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op de lopende gevolgen van de wettelijke toestand opgeleverd door de echtscheiding.

Daarom moet de nieuwe wet op de zaak worden toegepast (...).

(De verweerder) betoogt dat (de eiseres) thans niet meer voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een voorschot op de onderhoudsuitkering (...).

Artikel 301, §3, eerste lid, bepaalt met name : 'De rechtbank legt het bedrag van de onderhoudsuitkering vast die ten minste de staat van behoefte (...) moet dekken' (...).

De partijen zijn 21 jaar gehuwd geweest.

(De eiseres) was 55 jaar oud op het ogenblik van de overschrijving van de echtscheiding (2004); tijdens het samenleven oefende zij geen enkele bezoldigde activiteit uit (zie proces-verbaal van persoonlijke verschijning).

Zij heeft geen bijzondere beroepservaring en gezien haar leeftijd en haar gezondheids-toestand is het zeer onwaarschijnlijk dat zij een bezoldigd beroep zou kunnen uitoefenen, wat haar niet euvel kan worden geëind.

Zij ontvangt slechts bescheiden bedragen, namelijk de opbrengst van haar spaargeld, waarmee zij niet in haar bestaan kan voorzien.

(De verweerder) is arbeider en ontvangt een loon van om en bij de 2.122,12 euro, plus de opbrengst van zijn spaargeld.

Beiden moeten voorzien in de normale lasten van het dagelijkse leven.

Gelet op het voorgaande, en om te voorzien in de behoeften van (de eiseres), zal de door (de verweerder) verschuldigde onderhoudsuitkering aldus worden vastgesteld op een maandelijks geïndexeerd bedrag van 250 euro, te rekenen vanaf 1 april 2004.

Gelet op het feit dat de partijen 21 jaar lang gehuwd zijn geweest, zal die uitkering niet meer verschuldigd zijn vanaf 1 september 2017, dus na het verstrijken van een periode van 10 jaar te rekenen van de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007".

Grieven

Artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding bepaalt dat, "indien de echtscheiding werd uitgesproken voor de inwerkingtreding van deze wet, overeenkomstig de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van hetzelfde Wetboek, het in artikel 301 van hetzelfde Wetboek bepaalde recht op een uitkering verworven of uitgesloten blijft krachtens de vroegere wettelijke voorwaarden".

Paragraaf 1 van het vroegere artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde dat "de rechtbank aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen, uit de goederen en de

inkomsten van de andere echtgenoot, een uitkering kan toekennen die, rekening houdend met zijn inkomsten en mogelijkheden, hem in staat stellen kan in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven". Het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde dat, voor de toepassing van het vroegere artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, de echtgenoot die de echtscheiding verkreeg op grond van het vroeger artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, geacht werd de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding was uitgesproken.

De verweerder had, bij vonnis van 3 november 2003, de echtscheiding verkregen op grond van het vroegere artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Krachtens artikel 42, §3, van de in het middel vermelde wet van 27 april 2007, had de eiseres dus op grond van de vroegere artikelen 301 en 306 van het Burgerlijk Wetboek nog steeds recht op een onderhoudsuitkering na echtscheiding. Bijgevolg heeft de wet van 27 april 2007 geen uitwerking op de uitkering na echtscheiding die definitief verkregen of uitgesloten is op de datum van inwerkingtreding van die wet, zowel wat betreft het recht op uitkering zelf als wat betreft de vaststelling van de voorwaarden waaronder de uitkering moet worden toegekend.

Toch beslist het bestreden vonnis dat, indien de echtscheiding is uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, alleen het recht op de onderhoudsuitkering nog onder de toepassing valt van de vroegere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, terwijl de vaststelling van het bedrag en de voorwaarden waaronder de uitkering na echtscheiding wordt toegekend, geregeld worden door de nieuwe bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, zoals die zijn ingevoerd bij de in het middel bedoelde wet van 27 april 2007. Het bestreden vonnis bevestigt zodoende het recht van de eiseres om een onderhoudsuitkering na echtscheiding te krijgen op grond van de vroegere artikelen 301 en 306 van het Burgerlijk Wetboek, maar past het nieuwe artikel 301 toe, zoals gewijzigd bij de voormelde wet van 27 april 2007, om het bedrag van de uitkering en de voorwaarden voor de toekenning ervan vast te stellen. Het bestreden vonnis beperkt bijgevolg de aan de eiseres toegekende uitkering tot een bedrag van 250 euro, dat uitsluitend bedoeld is om in haar behoeften te voorzien, en beperkt de toekenning van de uitkering na echtscheiding in de tijd door, rekening houdend met de duur van het huwelijk, te beslissen dat die niet meer verschuldigd zal zijn vanaf 1 september 2017.

Het bestreden vonnis, dat het bedrag en de voorwaarden van toekenning van de uitkering na echtscheiding vaststelt met toepassing van het nieuwe artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de wet van 27 april 2007, terwijl de uitkering na echtscheiding, indien de echtscheiding is uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de wet, krachtens artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2007 nog steeds onder de toepassing valt van het vroegere artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, schendt artikel 42, §3, van de voormelde wet van 27 april 2007, en het vroegere artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, daar het weigert dat artikel toe te passen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

In de regel is een nieuwe wet, overeenkomstig artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, niet enkel van toepassing op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder vigeur van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

Artikel 42, §3, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de

echtscheiding bepaalt dat, indien de echtscheiding werd uitgesproken vóór de inwerkingtreding van die wet, overeenkomstig de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek, het in artikel 301 van hetzelfde wetboek bepaalde recht op een uitkering verkregen of uitgesloten blijft krachtens de vroegere wettelijke voorwaarden.

Die overgangsbepaling wijst op de wil van de wetgever om, terzake van de onderhoudsuitkering na echtscheiding, af te wijken van de onmiddellijke toepassing van de wet van 27 april 2007, om te beletten dat alle echtgenoten die vóór de inwerkingtreding van die wet gescheiden zijn, een onderhoudsuitkering zouden kunnen vorderen indien zij voldoen aan de economische voorwaarden voor de toekenning ervan, zelfs als zij schuldig zijn of het in het vroegere artikel 306 bepaalde vermoeden van schuld niet hebben omgekeerd of als de ex-echtgenoten met gedeelde schuld zijn gescheiden.

Bovendien bepaalt de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding in artikel 42, §2, eerste lid, dat de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid vóór de inwerkingtreding van die wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken, en in artikel 42, §2, tweede lid, dat het recht op levensonderhoud na echtscheiding in dat geval bepaald blijft door het bepaalde in de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* van hetzelfde Wetboek. Die bepaling maakt geen onderscheid tussen de vaststelling van het recht op uitkering en de voorwaarden voor de toekenning ervan.

Er bestaat geen enkele reden om artikel 42, §3, dat evenmin een dergelijk onderscheid maakt, anders uit te leggen.

Indien de echtscheiding is uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007, overeenkomstig de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek, blijft de wijze van vaststelling van de uitkering na echtscheiding bijgevolg geregeld door de bepalingen van de oude artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* van hetzelfde wetboek.

Het bestreden vonnis, dat vaststelt dat de echtscheiding tussen de partijen op 23 maart 2004 is overgeschreven en vervolgens het nieuwe artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek toepast op de berekeningswijze van de door de verweerder aan de eiseres verschuldigde onderhoudsuitkering, verantwoordt zijn beslissing om het bedrag van die onderhoudsuitkering te verminderen tot 250 euro per maand en de betaling ervan stop te zetten op 1 september 2017, niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde vonnis.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg te Doornik, zitting hou-

dende in hoger beroep.

12 april 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Regout – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Mahieu.

Nr. 248

3^o KAMER - 12 april 2010

1^o ERFPACHT (RECHT VAN) - ROEREND GOED - ONROEREND DOOR BESTEMMING - VOORWAARDE

2^o ONROEREND EN ROEREND GOED - ERFPACHT - ROEREND GOED - ONROEREND DOOR BESTEMMING - VOORWAARDE

1^o en 2^o Aangezien het recht van erfpacht geen eigendomsrecht op het erf toekent, kunnen de voorwerpen die de erfpachter daarop plaatst niet onroerend door bestemming zijn¹. (Art. 524, eerste lid, B.W.; Art. 1, Erfpachtwet)

(S.D.G.H. BOVERIE nv T. STAD LUIK)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0261.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 20 januari 2009 gewezen door het hof van beroep te Luik.

De zaak is bij beschikking van 5 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Sylviane Velu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 522, 524, 525, 1134, 1317, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;

- de artikelen 1, 7 en 8 van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht.

Aangevochten beslissingen

Het arrest beslist "dat de erfpacht die op 8 februari 1971 (lees : 5 februari 1971) is overeengekomen tussen de (verweerster) en de naamloze vennootschap Holiday Inns of Belgium", in wier rechten de eiseres is getreden, "is geëindigd sinds 31 mei 2002 maar is blijven bestaan tot de (verweerster) ze heeft herroepen op 27 april 2005", en zegt vervolgens "voor recht dat het meubilair en de accommodatie van het hotel onroerend zijn geworden door bestemming en op de datum van beëindiging van de erfpacht eigendom geworden

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr. 248.

zijn van de (verweerster), zonder dat zij verplicht is de waarde ervan te betalen".

Het grondt zijn beslissing op de volgende redenen :

"De (verweerster) stelt een nieuwe vordering in (die ertoe strekt) dat voor recht zou worden gezegd dat het meubilair en de accommodatie van het door (de eiseres) geëxploiteerde hotel, overeenkomstig artikel 524 van het Burgerlijk Wetboek, door de economische bestemming onroerend zijn geworden.

Die vraag werd opgeworpen door de eerste rechter, die beslist heeft dat 'de eiseres voorts terecht betoogt dat de accommodatie en het meubilair van het hotel, net als de handelszaak, haar toebehoren'. De (verweerster) stelt in dat verband incidenteel beroep in.

Artikel 7 van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht bepaalt dat de erfpachter 'bij het eindigen van zijn recht, alle zodanige door hem gestelde gebouwen of gemaakte beplantingen kan wegnemen, waartoe hij, uit kracht der overeenkomst, niet gehouden was'. Artikel 2 van de litigieuze erfpacht bepaalt evenwel dat 'de erfpachter zich ertoe verbindt om op het terrein, op zijn kosten, een gebouw op te richten dat dienst zal doen als een internationaal erkend hotel, met, meer bepaald, een capaciteit van driehonderd kamers'. De overeenkomst verplicht de erfpachter aldus niet alleen om een gebouw op te richten, maar ook om het op een zodanige wijze in te richten dat het kan dienen als een 'hotel' en bovendien als een hotel dat aan de internationale normen beantwoordt. Het is dat complex, dat een specifieke economische bestemming heeft en waartoe de erfpachter 'contractueel gehouden' was, dat bij het beëindigen van het recht van erfpacht aan de verpachter moet worden teruggegeven.

De nieuwe vordering van de (verweerster) is bijgevolg gegrond".

Grieven

Eerste onderdeel

Zoals de eiseres in haar samenvattende conclusie in hoger beroep betoogde, is alleen het meubilair dat "de eigenaar van een erf voor de dienst en de exploitatie van dat erf daarop geplaatst heeft" (artikel 524, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek) of dat wat "de eigenaar blijvend aan het erf verbonden heeft" (artikel 524, laatste lid, van het Burgerlijk Wetboek), onroerend door bestemming.

Opdat een roerend goed, zoals het meubilair van een hotel, onroerend kan worden door bestemming, moeten de eigenaar van dat roerend goed en de eigenaar van het erf dus een en dezelfde persoon zijn en kan alleen de eigenaar van het erf optreden (artikelen 522, 524 en 525 van het Burgerlijk Wetboek), en niet de erfpachter die - zoals de eiseres - roerende goederen bestemt voor de exploitatie van de plaats waarop haar erfpacht gevestigd is. Het recht van erfpacht vestigt immers slechts een zakelijk recht van genot op het erf en geen eigendomsrecht op (dat erf) (artikel 1, eerste lid, van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht).

Het arrest, dat beslist dat het meubilair en de accommodatie die de eiseres geplaatst heeft in het hotel dat zij gebouwd had ter uitvoering van de litigieuze erfpacht, "onroerend zijn geworden door bestemming en op de datum van beëindiging van de erfpacht in het bezit van de (verweerster) zijn gekomen, zonder dat zij verplicht is de waarde ervan te betalen",

1° miskent bijgevolg het wettelijk begrip onroerend goed door bestemming, door te erkennen dat de onroerendmaking door bestemming het werk kan zijn van een persoon die niet de eigenaar van het erf is, met name de erfpachter (schending van de artikelen 522, 524 en 525 van het Burgerlijk Wetboek);

2° miskent op zijn minst de omvang van het recht van erfpacht, door te beslissen dat de eiseres, als erfpachter, eigenaar was van het erf waarop haar erfpacht gevestigd was (schending van artikel 1, eerste lid, van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erf-

pacht).

Tweede onderdeel

Eenzijds volgt uit de bewoordingen van artikel 7 van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht dat de erfpachter "alle zodanige door hem gestelde gebouwen of gemaakte beplantingen", waartoe hij, "uit kracht der overeenkomst", gehouden was, niet mag wegnemen, en uit artikel 8 van dezelfde wet dat "de erfpachter onbevoegd is om van de grondeigenaar te vorderen dat hij de waarde betaalt van de gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen, hoe genaamd, welke eerstgemelde heeft gemaakt, en die zich bij het eindigen van de erfpacht op de grond bevinden", zodat de erfpachter geen vergoeding kan vorderen voor de gebouwen en beplantingen die hij gesteld of gemaakt heeft om te voldoen aan de verplichtingen die hij ten aanzien van de eigenaar van het erf is aangegaan, maar die wetsbepalingen gelden niet voor de roerende goederen die de erfpachter in de door hem opgerichte gebouwen heeft geplaatst, aangezien hij daartoe contractueel verplicht was, zelfs als die roerende goederen bestemd waren voor de exploitatie van de plaats.

Anderzijds bepalen de artikelen 2 en 12 van de erfpachtovereenkomst, die bij notariële akte op 5 februari 1971 is gesloten tussen de verweerster en de naamloze vennootschap Holiday Inns of Belgium, in wier rechten de eiseres is getreden:

"Artikel 2

De erfpachter verbindt zich ertoe om op het terrein, op zijn kosten, een gebouw op te richten dat dienst zal doen als een internationaal erkend hotel (hierna genoemd 'het hotel'), met, meer bepaald, een capaciteit van driehonderd kamers.

Daarenboven verbindt hij zich ertoe alle nieuwe wegen aan te leggen en uit te rusten die nodig zijn voor een rationele exploitatie van het hotel en van het Palais des Congrès - waarbij hij erover waakt dat er op het terrein zoveel bomen behouden blijven als voor de verwezenlijking van zijn projecten mogelijk is - en verbindt hij zich er ook toe het huidige wegennetwerk naar de place d'Italie te ontmantelen.

De werken en betimmeringen zullen verlopen overeenkomstig de plannen die op het tijdstip van de afgifte van de bouwvergunning zullen zijn goedgekeurd. Die plannen duiden de bomen aan die op het terrein behouden zullen blijven.

Artikel 12

Bij het eindigen van de erfpacht en onverminderd de toepassing van artikel 9, worden de gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen die de erfpachter op het terrein heeft doen plaatsen, in de staat waarin zij zich bevinden van rechtswege eigendom van de verpachter. Laatstgenoemde kan de erfpachter niet verplichten deze te verwijderen en hij is niet verplicht de waarde ervan te betalen, behalve in geval van toepassing van artikel 9 of opzegging van de pacht in zijn nadeel. In die gevallen zal de erfpachter niettemin zijn retentierecht kunnen uitoefenen op het terrein en op het hotel en zal hij de exploitatie van laatstgenoemde mogen voortzetten tot de verpachter hem het verschuldigde volledig heeft voldaan en zonder dat hij verplicht is pacht te betalen".

Noch uit de bewoordingen van artikel 2 van de pachtovereenkomst, noch uit die van artikel 12 of van enige andere bepaling ervan volgt echter dat de erfpachter zich contractueel ertoe zou hebben verbonden om het door hem op te richten hotel in te richten en, a fortiori, evenmin dat hij bij het eindigen van de pachtovereenkomst zich contractueel ertoe zou hebben verbonden om het meubilair van het hotel dat hij contractueel beloofd had te bouwen, gratis over te laten.

Hieruit volgt

1° dat het arrest, dat beslist dat de vordering van de verweerster, die betrekking heeft op het meubilair van het door de erfpachter gebouwde hotel, krachtens artikel 7 van de wet

van 10 januari 1824 over de erfpacht gegrond was, aan dat artikel 7 een draagwijdte toekent die het niet heeft, zelfs als dat artikel samen gelezen zou worden met artikel 8 van de wet van 10 januari 1824, en bijgevolg de voormelde artikelen 7 en 8 van de wet van 10 januari 1824 schendt;

2° dat het arrest, dat beslist dat de vordering van de verweerster, die betrekking heeft op het meubilair van het door de erfpachter gebouwde hotel, krachtens artikel 2 van de litigieuze erfpacht gegrond was, in dat artikel een vermelding leest die er niet in staat en die evenmin in artikel 12 of in eender welke andere bepaling van die overeenkomst terug te vinden is, en dat het arrest, bijgevolg :

a) de bewijskracht van artikel 2 van de erfpacht miskent (schending van de artikelen 1317, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek), evenals de bewijskracht van artikel 9 en van de andere bepalingen van diezelfde overeenkomst (schending van de artikelen 1317, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek),

b) de verbindende kracht van artikel 2 van de erfpachtovereenkomst miskent (schending van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek), evenals de bewijskracht van artikel 9 en van de andere bepalingen van diezelfde overeenkomst (schending van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek), door aan die contractuele bepalingen een verplichting toe te voegen die hierin niet is vervat en door hieraan aldus een uitwerking toe te kennen die zij niet hebben.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

Luidens artikel 524, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, zijn voorwerpen die de eigenaar van een erf voor de dienst en de exploitatie van dat erf daarop geplaatst heeft, onroerend door bestemming.

Krachtens artikel 1 van de wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht, is erfpacht een zakelijk recht om het vol genot te hebben van een aan een ander toebehorend onroerend goed, op voorwaarde dat aan laatstgenoemde, als een erkerkenis van zijn eigendom, een jaarlijkse pacht voldaan wordt, hetzij in geld, hetzij in voortbrengselen of vruchten.

Aangezien het recht van erfpacht geen eigendomsrecht op het erf toekent, kunnen de voorwerpen die de pachter daarop plaatst niet onroerend door bestemming zijn.

Het arrest, dat vaststelt dat de eiseres het genot had van het erf waarop zij het litigieuze hotel had gebouwd in het kader van een erfpachtovereenkomst, verantwoordt niet naar recht zijn beslissing waarin het voor recht zegt "dat het meubilair en de accommodatie van (dat) hotel onroerend zijn geworden door bestemming en op de datum van beëindiging (van de voormelde erfpacht) in het bezit van de (verweerster) zijn gekomen, zonder dat zij verplicht is de waarde ervan te betalen".

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

Er bestaat geen grond tot onderzoek van het tweede onderdeel van het middel, dat niet kan leiden tot een ruimere cassatie.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het voor recht zegt dat het meubilair en de accommodatie van het hotel onroerend zijn geworden door bestemming en dat zij, bij het eindigen van de erfpacht, eigendom van de verweerster zijn geworden, zonder dat zij verplicht is de waarde ervan te betalen, en in zoverre het uitspraak doet over de kosten van die partijen;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest;

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

12 april 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Velu – *Gelijklopende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Foiriers en Oosterbosch.

Nr. 249

3^o KAMER - 12 april 2010

**1^o ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —
ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — ECHTSCHIEDING OP GROND VAN
BEPAAALDE FEITEN - ECHTSCHIEDING UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET -
HOGER BEROEP - TEGENVORDERING - OVERGANGSBEPALING - TOEPASSELIJKE WET**

**2^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE
TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL
EN BED - ECHTSCHIEDING OP GROND VAN BEPAAALDE FEITEN - ECHTSCHIEDING UITGESPROKEN OP
GROND VAN DE OUDE WET - HOGER BEROEP - TEGENVORDERING - OVERGANGSBEPALING -
TOEPASSELIJKE WET**

1^o en 2^o De vroegere artikelen 229, 231 en 232 B.W. blijven van toepassing, enerzijds, op het hoger beroep dat gericht is tegen het vonnis dat de echtscheiding tussen de partijen uitspreekt op grond van een van die bepalingen, ongeacht de datum waarop het hoger beroep is ingesteld, en, anderzijds, op de tegenvordering die geënt is op een oorspronkelijke vordering die ingesteld is vóór 1 september 2007, datum van inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007¹ 2. (Art. 42, §2, eerste lid, Wet 27 april 2007; Artt. 229, 231 en 232, B.W.; zoals zij van toepassing waren vóór, Wet 27 april 2007)

(S. T. B.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0278.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 6 mei 2008 gewezen door het

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.249.

² Cass., 12 april 2010, AR C.09.0378.F, *AC*, 2010, nr.251.

hof van beroep te Luik.

De zaak is bij beschikking van 2 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 2, 4, 42, §2, en 44 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding;

- de artikelen 2, 229, na de vervanging ervan door artikel 2 van de voormelde wet van 27 april 2007, en 231 van het Burgerlijk Wetboek, vóór de opheffing van dat artikel door artikel 4, 1°, van de wet van 27 april 2007.

Aangevochten beslissing

Het arrest beslist dat, aangezien de tegenvordering van de eiser is ingesteld na 1 september 2007, de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding hierop van toepassing is, en dat, aangezien die wet het begrip fout uit het gerechtelijk debat heeft geweerd, die tegenvordering en het hoger beroep van de verweerster tegen het vonnis van 24 september 2007, dat die rechtsvordering heeft toegewezen, doelloos zijn geworden om alle redenen die hier als volledig weergegeven worden beschouwd en meer bepaald, wat betreft de toepassing van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, om de volgende redenen :

"(De verweerster) betoogt dat het hoger beroep is ingesteld na 1 september 2007, datum van inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, zodat er grond bestaat om die nieuwe wet toe te passen.

(De eiser), daarentegen, meent dat de vroegere gronden tot echtscheiding van toepassing zijn en betoogt dat het gelijkheidsbeginsel miskend wordt indien die niet worden toegepast.

Het hof (van beroep) moet dat overgangsrechtelijk geschil beslechten.

Artikel 42, §2, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding bepaalt dat de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid vóór de inwerkingtreding van deze wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken.

Bijgevolg moet het hof (van beroep) nagaan wat de betekenis van het woord 'eindvonnis' is om de bepalen welke wet op deze zaak van toepassing is.

Artikel 42, dat teruggaat op een amendement van de Senaat, wijkt af van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet en wordt als volgt verantwoord :

'Het eerste lid (dat de aanhangig zijnde processen regelt) staat de rechter toe de aanhangig zijnde geschillen te beslechten op basis van het oude recht, zonder dat hij de debatten moet heropenen als de wet in werking zou treden tijdens de beraadslagingen. In hoger beroep zal daarentegen onmiddellijk het nieuwe recht moeten worden toegepast, zelfs als het vonnis is gewezen op basis van de oude wetsbepalingen' (...).

Die verantwoording - nog steeds in het licht van de parlementaire voorbereiding - schijnt echter niet overeen te stemmen met de werkelijke draagwijdte die aan het bepaalde in artikel 42, §2, moet worden gegeven.

Na de terugkeer van het ontwerp uit de Senaat, wijst de medewerker van de minister immers erop 'dat het door de Senaat aangenomen amendement op de ter bespreking voorliggende overgangsbepaling er alleen op gericht is te voorkomen dat de debatten moeten worden overgedaan voor de rechtbank in de desbetreffende aanleg'.

De medewerker licht het beoogde doel als volgt toe : 'Aangezien heel wat echtscheidingen aan de gang zijn, heeft men willen voorkomen dat op het ogenblik dat de ter bespreking voorliggende wet in werking treedt massaal aanvragen worden ingediend tot heropening van de debatten of tot verdaging van de zaak. Daarom is besloten om, indien de debatten aan de gang zijn, de oude wet toe te passen totdat uitspraak is gedaan. Bij de rechtspleging in hoger beroep daarentegen geldt dat, indien het verzoekschrift tot hoger beroep vóór 1 september 2007 werd ingediend, het hof van beroep uitspraak zal moeten doen op grond van de oude wet, terwijl, indien het verzoekschrift wordt ingediend na 1 september 2007, het hof van beroep de nieuwe wet zal moeten toepassen' (...).

De vroegere gronden tot echtscheiding gelden dus nog steeds voor de procedures die nog lopen hetzij in eerste aanleg, hetzij in hoger beroep, en waarin op 1 september 2007 nog geen eindvonnis is gewezen in de zin van artikel 19 van het Gerechtelijk Wetboek (het in artikel 19 vervatte begrip vonnis heeft zowel betrekking op het vonnis als dusdanig als op het arrest (...)).

Kortom, een zaak die in eerste aanleg hangende is, mag blijkbaar niet anders behandeld te worden dan één in hoger beroep (...).

Bijgevolg moet de nieuwe wet worden toegepast op de hogere beroepen die zijn ingesteld na 1 september 2007, wat te dezen het geval is (...).

De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet, na de inwerkingtreding ervan, is overigens slechts een rechtstreeks gevolg van de regels van het overgangsrecht die, op grond van objectieve en abstracte criteria, aan de basis liggen van elke wetswijziging",

Het beslist tevens het volgende :

"Ten slotte, en in dit geval, moet worden vastgesteld dat de nieuwe wet, met betrekking tot de uitspraak van de echtscheiding, het begrip fout uit het gerechtelijk debat weert.

Aangezien de echtscheiding tussen de partijen is uitgesproken op de hoofdvordering en de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, moet worden vastgesteld dat zij reeds gescheiden zijn en dat het hoger beroep bijgevolg doelloos wordt, zodat de tegenvordering (de eiser) in zijn appelconclusie heeft ingesteld, eveneens doelloos is".

Grieven

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die de gronden tot echtscheiding wegens fout opheft, met name (artikel 4) de in artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde echtscheiding op grond van grove beledigingen, en deze in het nieuwe artikel 229 van het Burgerlijk Wetboek vervangt door één enkele grond tot echtscheiding zonder fout, bepaalt, in artikel 42, §2, eerste lid, dat het vroegere artikel 231 van toepassing blijft op de procedures van echtscheiding die zijn ingeleid vóór de inwerkingtreding van die wet, dus, overeenkomstig artikel 44 van dezelfde wet, op de zaken die vóór 1 september 2007 zijn ingeleid en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken. Die overgangsbepaling wijkt uitdrukkelijk af van de in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek vervatte regel dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is op de vorderingen die bij de rechtbanken aanhangig zijn.

Onder eindvonnis wordt, in de zin van dat artikel 42, §2, de rechterlijke beslissing verstaan die onherroepelijk uitspraak doet over de vordering tot echtscheiding. Hieruit kan worden afgeleid dat de vroegere wet, ongeacht de datum waarop het hoger beroep is ingesteld, van toepassing blijft op de vordering tot echtscheiding die is ingesteld vóór 1 september 2007, ongeacht of het nu gaat om een hoofdvordering dan wel om een tegenvorde-

ring.

Artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek bleef bijgevolg van toepassing op de tegenvordering tot echtscheiding op grond van grove beledigingen die de eiser bij conclusie had ingesteld op de zitting van 18 juni 2007, dus vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, en het nieuwe artikel 229 van het Burgerlijk Wetboek, dat het begrip fout uit het gerechtelijk debat heeft geweerd, was op die vordering niet van toepassing.

Het arrest, dat weigert uitspraak te doen over het hoger beroep van de verweerster tegen het vonnis dat de tegenvordering van de eiser had aangenomen op grond van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek, en, bijgevolg, over de gegrondheid van die tegenvordering, schendt zodoende alle in het middel bedoelde wetsbepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

In de regel is een nieuwe wet, overeenkomstig artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, onmiddellijk van toepassing niet enkel op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder vigeur van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

Krachtens die regel is een wet die een grond tot echtscheiding opheft, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke afwijkende bepaling, vanaf de inwerkingtreding ervan van toepassing op elke vordering tot echtscheiding die voor de hoven en de rechtbanken hangende is.

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die de in de artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde gronden tot echtscheiding opheft, bepaalt in artikel 42, §2, eerste lid, dat die vroegere artikelen van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid vóór de inwerkingtreding van die wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken.

Die overgangsbepaling, waaruit de wil van de wetgever blijkt om in de lopende procedures van de onmiddellijke toepassing van de wet van 27 april 2007 af te wijken, verstaat onder eindvonnis de rechterlijke beslissing die onherroepelijk uitspraak doet over de vordering tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed en onder echtscheidingsprocedure de gehele procedure en niet alleen de oorspronkelijke vordering.

De vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek blijven bijgevolg van toepassing, enerzijds, op het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding tussen de partijen uitspreekt op grond van een van die bepalingen, ongeacht de datum waarop het hoger beroep is ingesteld, en, anderzijds, op de tegenvordering die geënt is op een oorspronkelijke vordering die is ingesteld vóór 1 september 2007, datum van inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007.

Het arrest stelt vast dat de verweerster een dagvaarding tot echtscheiding heeft uitgebracht op 4 december 2006, dat de eerste rechter die vordering heeft toegewezen, net als de tegenvordering tot echtscheiding die de eiser heeft ingesteld op grond van het vroegere artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek, en dat de verweerster tegen het beroepen vonnis hoger beroep heeft ingesteld, in zoverre het

de tegenvordering van de eiser toewijst.

Het arrest, dat beslist dat het hoger beroep van de verweerster en de tegenvordering van de eiser geen bestaansreden meer hebben op grond dat de nieuwe bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de bij de wet van 27 april 2007 ingevoerde gronden tot echtscheiding op die vorderingen moeten worden toegepast, schendt artikel 42, §2, van die wet.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre het het hoger beroep ontvankelijk verklaard.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

12 april 2010 – 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Regout – *Gelijklopende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Oosterbosch.

Nr. 250

3° KAMER - 12 april 2010

1° ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —
ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — ECHTSCHIEDING DOOR
ONDERLINGE TOESTEMMING - VOORAFGAANDE OVEREENKOMSTEN - NIEUWE WET -
TOEPASSING - VOORWAARDEN

2° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE
TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL
EN BED - ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE - ECHTSCHIEDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING -
VOORAFGAANDE OVEREENKOMSTEN - NIEUWE WET - TOEPASSING - VOORWAARDEN

3° OPENBARE ORDE - BEPALING VAN OPENBARE ORDE - DWINGENDE BEPALING - ARTIKEL
301, §7, B.W.

1° en 2° De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die een artikel 301, §7, in het B.W. invoert, bepaalt niet dat die nieuwe bepaling van toepassing is op de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten, die vóór de inwerkingtreding van die wet zijn gesloten¹. (Nieuw art. 301, §7, B.W.)

3° Artikel 301, §7, B.W. is noch van openbare orde noch van dwingend recht². (Nieuw art. 301, §7, B.W.)

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.250.

² *Ibid.*

(G. T. P.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0279.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 30 oktober 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi.

De zaak is bij beschikking van 5 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 2, 6 en het nieuwe artikel 301, inzonderheid §7, van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

De rechtbank stelt vast dat de partijen volgens het vonnis van 25 november 1998 van de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel, dat op 8 januari 1999 in het register van de burgerlijke stand is overgeschreven, met onderlinge toestemming zijn gescheiden, dat de echtgenoten in de aan de echtscheiding voorafgaande overeenkomsten, die op 12 juni 1998 door notaris de Strel zijn ontvangen, het volgende beding hadden opgenomen : "Geen enkele uitkering wordt door de ene echtgenoot aan de andere gestort, behalve een onderhoudsuitkering tot beloop van een maandelijks bedrag van 6.000 frank die, in onderlinge overeenstemming, door (de eiser) aan (de verweerster) gestort zal worden de eerste van elke maand met ingang van 1 juli aanstaande. Dat bedrag is draagbaar en brengt, in geval van laattijdige betaling en zonder ingebrekestelling, een jaarlijkse interest van 7 pct. op. Het hiervoor vastgestelde bedrag kan worden geïndexeerd telkens op 1 juli", en dat die overeenkomsten "geen enkel beding tot herziening bevatten". Op de vordering van de eiser die ertoe strekt de overeengekomen onderhoudsuitkering met ingang van 1 september 2005 af te schaffen, op grond dat, luidens het eerste vonnis, "zijn inkomsten aanzienlijk zijn verminderd en hij niet langer 'extralegale' voordelen zoals een bedrijfswagen, maaltijdcheques..., ontvangt", verklaart de rechtbank die vordering niet-gegrond en verwerpt ze, met name om de volgende redenen :

"Het nieuwe artikel 301, §7, van het Burgerlijk Wetboek

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die met name artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek wijzigt, is op 1 september 2007 in werking getreden.

Krachtens de overgangsbepalingen van die wet blijft het recht op de onderhoudsuitkering na echtscheiding onder de toepassing vallen van het bepaalde in de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* van het Burgerlijk Wetboek, onverminderd het bepaalde in de paragrafen 3 en 5 (artikel 42, §2, tweede lid, van de wet).

De wet van 27 april 2007 voorziet niet in een overgangsbepaling voor artikel 301, §7, van het Burgerlijk Wetboek.

Bij gebrek aan een specifieke overgangsbepaling, blijven de overeenkomsten die rechtsgeldig zijn gesloten onder vigeur van de vroegere wet, onder de toepassing van die

wet vallen, tenzij de nieuwe wet van dwingend recht is. Dit is te dezen echter niet het geval, daar de partijen het nieuwe beginsel van de herziening van de onderhoudsuitkeringen kunnen uitsluiten".

Grieven

Artikel 1288, eerste lid, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaalt dat de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten gewijzigd kunnen worden wat betreft de onderhoudsuitkering die de echtgenoten overeengekomen hebben, maar alleen indien zij zich die mogelijkheid hebben voorbehouden.

Artikel 301, §7, dat in het Burgerlijk Wetboek is ingevoegd door de wet van 27 april 2007, bepaalt evenwel dat "de rechtbank, zelfs in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming, en uitgezonderd indien de partijen in dat geval uitdrukkelijk het tegenovergestelde zijn overeengekomen, de uitkering kan verhogen, verminderen of afschaffen in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of door een latere beslissing, indien ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen het bedrag ervan niet meer aangepast is".

Die tekst wijkt af van artikel 1288, eerste lid, 4°, van het Burgerlijk (lees: Gerechtelijk) Wetboek : vanaf de inwerkingtreding van die tekst kan de onderhoudsuitkering, zoals zij door de echtgenoten is overeengekomen in hun aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten, gewijzigd of afgeschaft worden, tenzij die overeenkomsten een uitdrukkelijk beding bevatten.

De beslissing wijst er tevens terecht op dat de wet van 27 april 2007 geen enkele overgangsbepaling voor het nieuwe artikel 301, §7, bevat. De werking van dat artikel in de tijd valt dus onder de toepassing van het gemeen recht.

De vroegere wet blijft van toepassing op de overeenkomst, tenzij de nieuwe wet de openbare orde raakt of, op zijn minst, van dwingend recht is of uitdrukkelijk bepaalt dat zij van toepassing is op de lopende overeenkomsten.

Welnu, het nieuwe artikel 301, §7, van het Burgerlijk Wetboek raakt de openbare orde. Dat artikel is op zijn minst een bepaling van dwingend recht.

Hieruit kan worden afgeleid dat die tekst van toepassing is op de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten van de partijen.

Het bestreden vonnis, dat op grond van de bekritiseerde redenen het tegendeel beslist, verantwoordt zijn beslissing dus niet naar recht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

In de regel is een nieuwe wet niet enkel van toepassing op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder vigueur van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten. Inzake overeenkomsten blijft de vroegere wet evenwel van toepassing, tenzij de nieuwe wet de openbare orde raakt of van dwingend recht is of uitdrukkelijk bepaalt dat zij van toepassing is op de lopende overeenkomsten.

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding heeft in het Burgerlijk Wetboek een artikel 301, §7, ingevoegd luidens hetwelk de rechtbank, zelfs in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming, en uitgezonderd indien de partijen in dat geval uitdrukkelijk het tegenovergestelde zijn overeengekomen, de uitkering kan verhogen, verminderen of afschaffen in

het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of door een latere beslissing, indien ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen het bedrag ervan niet meer aangepast is.

De wet van 27 april 2007 bepaalt niet dat die nieuwe bepaling van toepassing is op de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van die wet zijn gesloten.

Artikel 301, §7, van het Burgerlijk Wetboek, raakt de openbare orde niet en is evenmin een bepaling van dwingend recht.

Het bestreden vonnis, dat die bepaling weigert toe te passen op de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomsten die de partijen op 12 juni 1998 hebben gesloten, schendt bijgevolg de in het middel bedoelde wetsbepalingen niet.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

12 april 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storek, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Regout – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. T'Kint.

Nr. 251

3^o KAMER - 12 april 2010

1^o ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —
ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — ECHTSCHIEDING OP GROND VAN
BEPAALE FEITEN - ECHTSCHIEDING UITGESPROKEN OP GROND VAN DE OUDE WET -
TEGENVORDERING - OVERGANGSBEPALING - TOEPASSELIJKE WET

2^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE
TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL
EN BED - ECHTSCHIEDING OP GROND VAN BEPAALE FEITEN - ECHTSCHIEDING UITGESPROKEN OP
GROND VAN DE OUDE WET - TEGENVORDERING - OVERGANGSBEPALING - TOEPASSELIJKE WET

1^o en 2^o *De vroegere artikelen 229, 231 en 232 B.W. blijven van toepassing op de tegenvordering, zelfs als die is ingesteld na de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 september 2007, als de oorspronkelijke vordering tot echtscheiding waarop die tegenvordering is geënt, vóór die datum is ingesteld*¹. (Art. 42, §2, eerste lid, Wet 27 april 2007; Artt. 229, 231 en 232, B.W.; zoals zij van toepassing waren vóór, Wet 27 april 2007)

(G. T. S.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0378.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 12 maart 2009 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

De zaak is bij beschikking van 2 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 42, §2, eerste lid, en 44 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding;

- de artikelen 2, 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek, beide laatstgenoemde artikelen zoals zij van toepassing waren vóór de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart de tegenvordering tot echtscheiding die de eiser heeft ingesteld op grond van de vroegere artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek, niet ontvankelijk om de redenen:

"Aangezien die vordering ertoe strekt de echtscheiding op grond van een fout te doen uitspreken, meer bepaald op grond van overspel, moet ervan uitgegaan worden dat zij gegrond is op de (vroegere) artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek.

Het hof (van beroep) kan alleen maar vaststellen dat die vordering door (de eiser) voor het eerst is ingesteld in zijn verzoekschrift in hoger beroep, dat hij heeft neergelegd op 21 januari 2008, dus na de inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding.

Die wet heft de vroegere gronden tot echtscheiding op, gebaseerd op de fouten van de echtgenoot.

De vordering die (de eiser) heeft ingesteld op 21 januari 2008 en die ertoe strekt de echtscheiding in het nadeel van (de verweerster) te verkrijgen op grond van de (vroegere) artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek, moet bijgevolg niet-ontvankelijk worden verklaard".

Grieven

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die de in de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde gronden tot echtscheiding opheft en deze in het huidige artikel 229 van dat wetboek vervangt door één enkele grond van echtscheiding, bepaalt in artikel 42, §2, eerste lid, dat de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding die zijn ingeleid voor de inwerkingtreding van die wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken. Die overgangsbepaling wijkt uitdrukkelijk af van de - in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek vastgelegde - regel dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is op de bij de rechtbanken aanhangige vorderingen.

Onder "procedure van echtscheiding", in de zin van artikel 42, §2, van de wet van 27 april 2007, wordt de gehele echtscheidingsprocedure en niet alleen de oorspronkelijke vordering verstaan. Hieruit kan worden afgeleid dat de vroegere artikelen 229, 231 en 232

van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven op een tegenvordering die is ingesteld na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, als de oorspronkelijke vordering tot echtscheiding waarop die tegenvordering geënt is, vóór die inwerkingtreding is ingesteld. Onder "eindvonnis", in de zin van dezelfde bepaling, wordt de rechterlijke beslissing verstaan die definitief uitspraak doet over de vorderingen die in het kader van de procedure van echtscheiding zijn ingesteld.

Hieruit kan worden afgeleid dat enkel de vroegere wet van toepassing was op de gehele procedure van echtscheiding, zoals zij door de verweerster is ingeleid bij het exploit van 22 september 2003, met inbegrip van de tegenvordering van de eiser.

Het arrest, dat eisers tegenvordering tot echtscheiding niet-ontvankelijk verklaart, schendt bijgevolg alle in het middel bedoelde wetsbepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

In de regel is een nieuwe wet, overeenkomstig artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, niet enkel van toepassing op toekomstige toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder vigeur van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

Krachtens die regel is een wet die een grond tot echtscheiding opheft, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke afwijkende bepaling, vanaf de inwerkingtreding ervan van toepassing op elke vordering tot echtscheiding die voor de hoven en de rechtbanken hangende is.

De wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, die de in de artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde gronden tot echtscheiding opheft, bepaalt in artikel 42, §2, eerste lid, dat die vroegere artikelen van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid vóór de inwerkingtreding van die wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken.

Die overgangsbepaling, die op de wil van de wetgever wijst om, bij de lopende procedures, van de onmiddellijke toepassing van de wet van 27 april 2007 af te wijken, verstaat onder eindvonnis de rechterlijke beslissing die onherroepelijk uitspraak doet over de vordering tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed en onder echtscheidingsprocedure de gehele procedure en niet alleen de oorspronkelijke vordering.

De vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek blijven bijgevolg van toepassing op de tegenvordering, zelfs als die is ingesteld na de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 september 2007, als de oorspronkelijke vordering tot echtscheiding waarop die tegenvordering is geënt, vóór die datum is ingesteld.

Het arrest dat, na te hebben vastgesteld dat de verweerster op 22 september 2003 een dagvaarding tot echtscheiding heeft uitgebracht, de tegenvordering niet-ontvankelijk verklaart die de eiser op 21 januari 2008 heeft ingesteld en die ertoe strekt de echtscheiding in het nadeel van de verweerster te verkrijgen op grond van de vroegere artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek, schendt

artikel 42, §2, eerste lid, van de wet van 27 april 2007.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het de vordering van de eiser, die er-toe strekt de echtscheiding in het nadeel van de verweerster te verkrijgen op grond van de vroegere artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek, niet ontvankelijk verklaart en het uitspraak doet over de kosten.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het ge-deeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

12 april 2010 – 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Regout – *Gelijklopende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Oosterbosch.

Nr. 252

3° KAMER - 12 april 2010

**CASSATIEBEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN — PERSONEN DOOR OF
TEGEN WIE CASSATIEBEROEP KAN OF MOET WORDEN INGESTELD —
EISERS EN VERWEERDERS - OVERLIJDEN VAN DE EISER IN DE LOOP VAN HET
CASSATIEGEDING - VORDERING TOT ECHTSCHEIDING - UITWERKING**

Het overlijden van de eiser in de loop van het cassatiegeding beëindigt zijn vordering tot echtscheiding en maakt zijn cassatieberoep doelloos¹.

(H. T. G.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0621.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 27 januari 2009 gewezen door het hof van beroep te Luik.

De zaak is bij beschikking van 22 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

¹ Cass., 26 jan. 1951, AC, 1951, 921; Cass., 20 dec. 1945, Bull. en Pas., I, 297.

Uit een uittreksel uit het register van de akten van overlijden van de gemeente H., dat de verweerster, samen met haar memorie van antwoord, op 23 februari 2010 heeft neergelegd ter griffie van het Hof, blijkt dat de eiser is overleden op 21 januari 2010.

Dat overlijden beëindigt eisers rechtsvordering tot echtscheiding en maakt zijn cassatieberoep doelloos.

Dictum

Het Hof

Verklaart het cassatieberoep doelloos.

Beveelt dat de zaak van de rol wordt geschrapt.

12 april 2010 – 3° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Mahieu en Nudelholc.

Nr. 253

2° KAMER - 13 april 2010

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - ONDERZOEKSGERECHTEN - Overschrijding van de
REDELIJKE TERMIJN - VOORWAARDE - AANTASTING VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING

2° ONDERZOEKSGERECHTEN - Overschrijding van de REDELIJKE TERMIJN -
VOORWAARDE - AANTASTING VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING

1° en 2° De aantasting van het recht van verdediging is geen noodzakelijke voorwaarde om te kunnen besluiten tot overschrijding van de redelijke termijn¹.

(V. e.a.)

Conclusie van eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF:

1. De cassatieberoepen van de eisers zijn gericht tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen.

De eisers worden vervolgd wegens valsheid in geschriften en gebruik, oplichting en poging tot oplichting. De raadkamer verklaarde de strafvordering vervallen wegens overschrijding van de redelijke termijn.

Op de hogere beroepen van het openbaar ministerie en de burgerlijke partij beslist het thans bestreden arrest met eenparigheid van stemmen dat de voormelde hogere beroepen gegrond zijn, de redelijke termijn niet op een ernstige wijze werd overschreden, en verwijst het de inverdenkinggestelden, na te hebben vastgesteld dat er in hunnen hoofde voldoende bezwaren bestaan, naar de correctionele rechtbank met aanneming van verzachtende omstandigheden.

2. De eisers V. en E. voeren elk in een memoire drie cassatiemiddelen aan; ze hebben alle betrekking op het verweer omtrent de redelijke termijnvereiste.

3. De grieven aangevoerd door de eiser V. komen uitsluitend op tegen de motieven van

¹ Zie de concl. van het O.M.

het arrest die betrekking hebben op de eiser E.. Er wordt daarentegen niet geklaagd over de vaststelling van de appelrechters dat de redelijke termijn in hoofde van de eiser V. slechts is begonnen te lopen op 16 oktober 2008. Die niet betwiste vaststelling in concreto verantwoordt het oordeel dat de redelijke termijn voor de eiser V. niet op een ernstige wijze is overschreden.

In zoverre daarenboven de grieven betrekking hebben op een andere inverdenkinggestelde, zijn ze bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

4. Wat de eiser E. betreft, plaatsen de appelrechters de aanvang van de redelijke termijn op 16 juli 2003 en onderzoeken ze gedetailleerd het daaropvolgend procedureverloop. De eiser E. verwijt het bestreden arrest tegenstrijdigheid in de motieven, de afwezigheid van passend rechtsherstel en het toevoegen van een sanctioneringsvoorwaarde voor het overschrijden van de redelijke termijn.

5. De rechtspraak met betrekking tot deze problematiek aanvaardt thans dat ook de onderzoeksgerechten vermogen te oordelen over de overschrijding van de redelijke termijn. Die bevoegdheid vloeit voort uit artikel 13 E.V.R.M., nu die bepaling inhoudt dat hij die klaagt over een schending van artikel 6.1 E.V.R.M., omdat zijn recht op de behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn is miskend, zich moet kunnen richten tot zijn nationale rechter teneinde dit te laten vaststellen en een adequaat rechtsherstel te bekomen. Dit onderzoek kan gebeuren in elk stadium van de strafprocedure, ook in het stadium van het gerechtelijk onderzoek. (Cass. 8 april 2008, AR P.07.1903.N, AC, 2008, nr. 2009).

Daarmee is evenwel nog niet gezegd welke gevolgen de onderzoeksgerechten, gelet op hun geclausuleerde bevoegdheid, aan een vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn kunnen hechten. Zij kunnen uiteraard geen toepassing maken van artikel 21ter Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, omdat ze geen veroordelingen uitspreken. Het rechtsherstel bij overschrijding van de redelijke termijn door de onderzoeksgerechten bij de regeling van de rechtspleging kan bestaan hetzij in de loutere vaststelling hiervan, hetzij in de stopzetting van de verdere procedure. Zulks vloeit voort uit de recente rechtspraak van het Hof.

Bij arrest van 28 mei 2008 (AR P.08.0216.F, AC, 2008, nr. 323) op eensluidende conclusie van advocaat-generaal VANDERMEERSCH, werd geoordeeld dat ofschoon artikel 6 E.V.R.M. met name aan de vervolgte persoon het recht toekent om, binnen een redelijk termijn, over de gegrondheid van de tegen hem ingestelde vervolging te horen beslissen, het onderzoeksgerecht de eventuele overschrijding van een dergelijke termijn en de gevolgen ervan, alleen in aanmerking kan nemen bij de beoordeling van de bewijsvoering en de eerbiediging van het recht van verdediging maar het dit niet kan doen bij de beoordeling van het bewijs.

Het arrest van 27 oktober 2009 (AR P.09.0901.N) specificeert het passend rechtsherstel als volgt: het recht op daadwerkelijke rechtshulp, bedoeld in artikel 13 E.V.R.M., houdt in dat wanneer de nationale instantie vaststelt dat de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6.1 van dit verdrag, is overschreden, zij een passend rechtsherstel moet bieden, maar geen enkele verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling stelt dat de overschrijding van de redelijke termijn de niet-ontvankelijkheid of het verval van de strafvordering voor gevolg heeft; de rechter beoordeelt welk het passende rechtsherstel is in het stadium van de rechtspleging waarin hij uitspraak doet en dit rechtsherstel kan, in het stadium van de regeling van de rechtspleging, bestaan in de loutere vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn, waarmede de rechter die ten gronde oordeelt, dan rekening zal moeten houden bij de globale beoordeling van de zaak.

Met het arrest van 24 november 2009 (AR P.09.1060.N) op eensluidende conclusie van advocaat-generaal TIMPERMAN, worden de contouren van de mogelijkheid van een

beslissing van ontslag van rechtsvervolging wegens overschrijden van de redelijke termijn als volgt vastgelegd.

Het Hof komt er tot het besluit dat het onderzoeksgerecht dat beslist over de regeling van de rechtspleging ook over de overschrijding van de redelijke termijn kan oordelen; het kan de verdachte alleen van rechtsvervolging ontslaan wanneer het oordeelt dat de overschrijding van de redelijke termijn de bewijsvoering en het recht van verdediging van de verdachte ernstig en onherstelbaar heeft aangetast, zodat geen eerlijk strafproces en beoordeling van de burgerlijke rechtsvordering meer mogelijk is.

Wanneer bovendien het onderzoeksgerecht oordeelt dat de overschrijding van de redelijke termijn de bewijsvoering en het recht van verdediging van de verdachte ernstig en onherstelbaar heeft aangetast, zodat geen eerlijk strafproces en beoordeling van de burgerlijke rechtsvordering meer mogelijk is en hij van rechtsvervolging wordt ontslagen, moet het preciseren tegen welke bewijsmiddelen en waarom de verdachte zich niet meer behoorlijk zou kunnen verdedigen; deze motivering moet het Hof toelaten te toetsen of de kamer van inbeschuldigingstelling wettig heeft kunnen oordelen, zoals zij dat heeft gedaan.

6. In de zaak die thans aan het oordeel van het Hof wordt onderworpen stellen de appelrechters vast dat "de rechten van de verdediging van de in verdenking gestelde E. niet werden geschonden"; ze besluiten daarop dat "de door het gerechtelijk onderzoek opgeleverde gegevens zullen op hun bewijswaarde in relevantie met de strafwetgeving worden beoordeeld door de feitenrechter, zonder dat zich verdere bewijsgaring opdringt".

De eiser in cassatie houdt niet voor dat het oordeel dat zijn recht van verdediging niet werd miskend, niet met de werkelijkheid overeenstemt.

En anders dan wordt aangevoerd maakt de vaststelling dat zijn recht van verdediging niet werd miskend geen toegevoegde voorwaarde uit aan de toetsingscriteria bij het overschrijden van de redelijke termijn, maar vormt ze integendeel het beoordelingselement voor het hieraan te hechten rechtsgevolg.

De vaststelling van de appelrechters dat te dezen "de redelijke termijn niet op een ernstige wijze werd overschreden" kan begrepen worden in de zin dat er een lichte overschrijding aanwezig is, maar dat die op dit ogenblik van de procedure geen aanleiding kan geven tot rechtsherstel in de vorm van ontslag van rechtsvervolging. Het zal aan de feitenrechter behoren hierop gebeurlijk nader in te gaan, rekening gehouden met het betrekkelijk gezag van gewijsde van de beslissing van de onderzoeksgerechten.

De bestreden uitspraak is m.i. dan ook cassatiebestendig, zodat de middelen tevergeefs worden voorgesteld.

Conclusie: verwerping bij afwezigheid van ambtshalve middelen.

ARREST

(AR P.09.1550.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, van 21 september 2009.

De eiser I voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

De eiser II voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

De eiser III voert geen middel aan.

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Ontvankelijkheid van de cassatieberoepen

1. Het arrest oordeelt dat er tegen de eisers voldoende bezwaar bestaat en verwijst hen naar de correctionele rechtbank.

2. Aldus bevat het arrest geen eindbeslissing en doet het geen uitspraak in een der gevallen bepaald in artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering.

In zoverre daartegen gericht, zijn de cassatieberoepen niet ontvankelijk.

Eerste middel van de eiser I in zijn geheel

3. Het middel voert schending aan van de artikelen 6.1 en 13 EVRM, artikel 14 IVBPR en de artikelen 131, 135, 235*bis* Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt, enerzijds, dat het onderzoek een normaal verloop heeft gekend, anderzijds, dat de termijn tussen het kantschrift van de onderzoeksrechter van 26 oktober 2005 en de overmaking van de stukken door de curator op 11 oktober 2006 aan de onderzoekers geen enkele verantwoording vindt; deze redenen zijn tegenstrijdig (eerste onderdeel) en kunnen de beslissing dat de redelijke termijn niet is overschreden, niet naar recht verantwoorden (tweede onderdeel); hierdoor verzuimt het arrest de eiser een passend rechtsherstel te verlenen (derde onderdeel) en beantwoordt het eisers conclusie niet (vierde onderdeel).

4. Aangaande de eiser I oordeelt het arrest (punt 3.4.2. - p. 17) dat hij voorafgaand aan de verwijzingsvordering van de procureur des Konings op 16 oktober 2008 niet werd verontrust en dat gezien tussen de datum van deze verwijzingsvordering en de datum van het huidige arrest ongeveer 11 maanden verliepen, de redelijke termijn ten zijnen opzichte niet ernstig werd overschreden.

5. Alle onderdelen komen uitsluitend op tegen de redenen van het arrest met betrekking tot de eiser II.

Het middel is bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

Tweede middel van de eiser I

6. Het middel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM: het arrest oordeelt dat de redelijke termijn niet op een "een ernstige wijze" is overschreden; met dat oordeel voegt het arrest aan het voormelde verdragartikel een voorwaarde toe.

7. Met de overweging dat de redelijke termijn hier niet ernstig werd overschreden heeft het arrest geenszins willen aangeven dat de termijn werd overschreden, noch heeft het geoordeeld dat de overschrijding van de redelijke termijn alleen kan worden aanvaard als het om een gekwalificeerde overschrijding zou gaan.

Het arrest geeft enkel tot uitdrukking dat de termijn binnen dewelke de zaak is berecht, hier niet onredelijk is.

Het onderdeel dat berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, mist feitelijke grondslag.

Derde middel van de eiser I

8. Het middel voert schending aan van de artikelen 6.1 en 13 EVRM, artikel 14 IVBPR en de artikelen 131, 135 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt dat eisers recht van verdediging niet is miskend daar niet blijkt dat ingevolge de aangevoerde overschrijding van de redelijke termijn stukken teloorgegaan zijn of getuigen niet meer kunnen worden gehoord; hierdoor voegt het arrest een voorwaarde toe aan artikel 6.1 EVRM en berooft het de eiser van het rechtsherstel waarop hij recht heeft.

9. Het middel is gericht tegen redenen die betrekking hebben op een medebeklaagde en niet op de eiser.

Het middel is bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

Eerste middel van de eiser II

Eerste onderdeel

10. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 131, 135 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt, enerzijds, dat het onderzoek een normaal verloop heeft gekend, anderzijds dat de termijn tussen het kantschrift van de onderzoeksrechter van 26 oktober 2005 en de overmaking van de stukken door de curator op 11 oktober 2006 aan de onderzoekers noch in de complexiteit van de zaak noch in de houding van de eiser II, noch in die van één van de andere inverdenkinggestelden, noch in de handelswijze van de rechterlijke autoriteit belast met de strafvervolgning enige verantwoording vindt; deze redenen zijn tegenstrijdig.

11. Het arrest stelt vast dat tussen het kantschrift van de onderzoeksrechter van 26 oktober 2005, waarbij de onderzoekers gevraagd wordt bij de curator van het faillissement van ALSA nv aan te dringen om de door hem beloofde stukken over te maken en de overmaking ervan op 11 oktober 2006 aan de onderzoekers, een termijn verliep van ongeveer 1 jaar.

12. Na te hebben vastgesteld dat deze periode geen verantwoording vindt noch in de complexiteit van de zaak, noch in de houding van een van de andere inverdenkinggestelden, noch in de handelswijze van de gerechtelijke autoriteiten belast met de strafvervolgning of het onderzoek, wijst het arrest op de omstandigheid dat de onderzoeksrechter tijdens de voornoemde periode voortdurend liet aandringen bij de curator in kwestie naar de door hem beloofde stukken. Daarnaast stelt het arrest vast dat ook alternatieve wegen gezocht en uitgeprobeerd zijn om de noodzakelijke stukken te krijgen.

Aldus oordeelt het arrest dat dit tijdsverloop te wijten is aan een vreemde oorzaak waarvoor de rechterlijke overheid belast met de strafvervolgning niet verantwoordelijk is.

13. Het Hof ontwaart de aangevoerde strijdigheid niet.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

14. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM: met de tegenstrijdige redenen die het bevat, kon het arrest niet wettig oordelen dat de verplichting de zaak te berechten binnen een redelijke termijn niet is miskend.

15. Het onderdeel dat in zijn geheel is afgeleid uit de in het eerste onderdeel vergeefs aangevoerde onwettigheid, is niet ontvankelijk.

Derde onderdeel

16. Het onderdeel voert schending aan van artikel 13 EVRM: het arrest stelt de overschrijding van de redelijke termijn vast maar geeft hieraan geen passend rechtsherstel.

17. Het arrest stelt vast dat tussen het kantschrift van de onderzoeksrechter van 26 oktober 2005, waarbij de onderzoekers gevraagd wordt bij de curator van het faillissement van ALSA nv aan te dringen om de door hem beloofde stukken over te maken en de overmaking ervan op 11 oktober 2006 aan de onderzoekers, een termijn verliep van ongeveer 1 jaar.

18. Na te hebben vastgesteld dat deze periode geen verantwoording vindt noch in de complexiteit van de zaak, noch in de houding van een van de andere in verdenkinggestelden, noch in de handelswijze van de gerechtelijke autoriteiten belast met de strafvervolgning of het onderzoek, wijst het arrest op de omstandigheid dat de onderzoeksrechter tijdens de voornoemde periode voortdurend liet aandringen bij de curator in kwestie naar de door hem beloofde stukken. Daarnaast stelt het arrest vast dat ook alternatieve wegen gezocht en uitgeprobeerd zijn om de noodzakelijke stukken te krijgen.

19. Anders dan het onderdeel aanvoert, stelt het arrest de overschrijding van de redelijke termijn niet vast.

Het onderdeel berust derhalve op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en mist mitsdien feitelijke grondslag.

Vierde onderdeel

20. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 131, 135 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering: het arrest beperkt ten onrechte het onderzoek van de al dan niet overschrijding van de redelijke termijn tot de periode van 26 oktober 2005 tot 11 oktober 2006; aldus beantwoordt het eisers conclusie niet.

21. Voor de kamer van inbeschuldigingstelling heeft de eiser aangevoerd dat de vraag gericht aan de curator om bepaalde gegevens mede te delen, slechts na meer dan twee jaar werd beantwoord daar het verkrijgen van de gegevens van de curator, al opgevraagd in een kantschrift van 21 april 2004, duurde tot 11 oktober 2006.

22. Met de redenen die het arrest (ro 3.3.3) bevat, meer bepaald met de vaststelling dat tussen het kantschrift van de onderzoeksrechter van 26 oktober 2005, waarbij de onderzoekers gevraagd wordt bij de curator van het faillissement van ALSA nv aan te dringen om de door hem beloofde stukken over te maken en de overmaking ervan op 11 oktober 2006 aan de onderzoekers, een termijn verliep van ongeveer 1 jaar, beantwoordt het arrest het bedoelde verweer.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede middel van eiser II

23. Het middel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM: het arrest oordeelt dat de redelijke termijn niet op "een ernstige wijze" is overschreden; met dat oor-

deel voegt het arrest aan het voormelde verdragartikel een voorwaarde toe.

24. Het middel heeft dezelfde draagwijdte als het tweede middel van de eiser I en mist om de redenen vermeld in het antwoord op dat middel, feitelijke grondslag.

Derde middel van de eiser II

25. Het middel voert schending aan van de artikelen 6.1 en 13 EVRM, artikel 14 IVBPR en de artikelen 131, 135 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt dat eisers recht van verdediging niet is miskend daar niet blijkt dat ingevolge de aangevoerde overschrijding van de redelijke termijn stukken teloorgegaan zijn of getuigen niet meer kunnen worden gehoord; hierdoor voegt het arrest een voorwaarde toe aan artikel 6.1 EVRM en berooft het de eiser van het rechtsherstel waarop hij recht heeft.

26. Het arrest oordeelt: "Uit geen enkel element van het strafdossier blijkt dat stukken, om andere redenen dan de in conclusies van de inverdenkinggestelden voorgehouden overschrijding van de redelijke termijn, zouden teloor gegaan zijn of getuigen niet meer zouden kunnen worden verhoord" en "derhalve werden de rechten van de verdediging van de (eiser) niet geschonden". Aldus oordeelt het arrest dat geen element toelaat te stellen dat stukken of getuigen niet zouden zijn aan bod gekomen zodat een miskenning van eisers recht van verdediging niet vaststaat.

27. Met die redenen beoordeelt het arrest niet de overschrijding van de redelijke termijn en oordeelt het evenmin dat de aantasting van het recht van verdediging een noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen besluiten tot overschrijding van de redelijke termijn.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

28. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten.

13 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Deels gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist, F. Marneffe, Antwerpen en P. Waeterinckx, Antwerpen.

2° BURGERLIJKE RECHTSVORDERING - BURGERLIJKE PARTIJSTELLING VOOR DE ONDERZOEKSRECHTER - BEOORDELING VAN DE BEWIJSWAARDE VAN DE AKTE VAN BURGERLIJKE PARTIJSTELLING DOOR DE RECHTER

1° De burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter geschiedt door een ondubbelzinnige wilsverklaring die voor het overige aan geen bijzondere vormvereisten is onderworpen; een dergelijke verklaring hoeft derhalve niet uitdrukkelijk te verwijzen naar een wetartikel dat de feiten waarvoor klacht wordt gedaan, strafbaar stelt, noch deze feiten te omschrijven in de termen van de strafwet¹. (Art. 63, Sv.)

2° De rechter beoordeelt vrij de bewijswaarde van de akte van burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter, inzonderheid de draagwijdte van de daarin wegens bepaalde feiten gedane klacht².

(A. T. S.)

ARREST

(AR P.09.1778.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 5 november 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan. Raadsheer Jean-Pierre Frère heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel voert miskenning aan van de bewijskracht van de akte van burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter van 29 januari 2007: het arrest verklaart de strafvordering op grond van "belaging" ontvankelijk, niettegenstaande de omstandigheid dat het een klachtdelict betreft en de eiser als burgerlijke partij niet uitdrukkelijk om vervolging heeft gevraagd.

2. De burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter geschiedt door een ondubbelzinnige wilsverklaring die voor het overige aan geen bijzondere vormvereisten is onderworpen.

Een dergelijke verklaring hoeft derhalve niet uitdrukkelijk te verwijzen naar een wetartikel dat de feiten waarvoor klacht wordt gedaan, strafbaar stelt, noch deze feiten te omschrijven in de termen van de strafwet.

De rechter beoordeelt vrij de bewijswaarde van de verklaring van de burgerlijke partij, inzonderheid de draagwijdte van de daarin wegens bepaalde feiten gedane klacht.

In zoverre het middel opkomt tegen die vrije beoordeling door de rechter van de bewijswaarde van de akte van burgerlijke partijstelling van 29 januari 2007, is het niet ontvankelijk.

¹ Cass., 18 mei 2004, AR P.04.0276.N, AC, 2004, nr. 266.

² Zie Cass., 22 mei 2001, AR P.99.1655.N, AC, 2001, nr. 303.

3. Voor het overige geven de appelrechters van de bedoelde akte een uitlegging die met de bewoordingen ervan niet onverenigbaar is en miskennen zodoende evenmin de bewijskracht ervan.

In zoverre mist het middel feitelijke grondslag.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

13 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Frère – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J.-F. Vlaeminck, Brussel.

Nr. 255

2° KAMER - 13 april 2010

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - REDELIJKE TERMIJN - DUUR VAN DE RECHTSPLEGING VOOR
HET E.H.R.M. - GEVOLG

2° DIEFSTAL EN AFPERSING - DIEFSTAL MET GEWELD OF BEDREIGING GEPLEEGD ZONDER
OOGMERK OM TE DODEN EN TOCH DE DOOD VEROORZAAKT - INDIVIDUELE SCHULD AAN
VERZWARENDE OMSTANDIGHEID - TOEPASSING

3° MISDRIJF — VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN - DIEFSTAL MET GEWELD OF
BEDREIGING GEPLEEGD ZONDER OOGMERK OM TE DODEN EN TOCH DE DOOD VEROORZAAKT -
INDIVIDUELE SCHULD AAN VERZWARENDE OMSTANDIGHEID - TOEPASSING

4° HEROPENING VAN DE RECHTSPLEGING - RECHTER OP VERWIJZING -
REDENGEVING VAN DE BESLISSING

1° *De Staat, met inbegrip van de nationale gerechtelijke instanties, is niet verantwoordelijk voor het toezicht op de redelijkheid van de duur van de rechtspleging voor het E.H.R.M.¹.*

2° en 3° *De beschuldigde die vooraf kennis heeft van het feit dat zwaar geweld nodig zal zijn om de diefstal te kunnen plegen, de mogelijke gevolgen ervan kent of behoort te kennen en met dit alles instemt, is ook individueel schuldig aan de verzwarende omstandigheden van het hoofdfeit diefstal als mededader².*

4° *Geen verdrags- of wettelijke bepaling verbiedt de rechter op verwijzing na heropening van de rechtspleging de oordeelkundige redengeving van de eerste rechter te hernemen en tot de zijne te maken voor zover niet strijdig met zijn eigen redengeving³. (Art. 442septies, §1, Sv.)*

(G.)

1 Zie de concl. van het O.M.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

Conclusie van eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF:

1. In deze zaak worden aan het Hof onderworpen beslissingen van het hof van assisen, genomen na een procedure van heropening van de rechtspleging (artt. 442*bis* e.v. Wetboek van Strafvordering).

2. De voorgaande procedures kunnen als volgt worden samengevat.

Ü.G. werd met twee andere beschuldigen vervolgd voor het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen wegens, te Lochristi in de nacht van 7 op 8 december 1996, mededaderschap aan roofmoord, met name diefstal van een geldsom met de verzwarende omstandigheid dat, om de diefstal te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, het slachtoffer opzettelijk werd gedood met het oogmerk om te doden (artikelen 66, 392, 393, 461, eerste lid, 468, 475 en 483 Strafwetboek).

De huidige eiser in cassatie verzocht het hof van assisen bij conclusie de vragen aan de jury betreffende de verzwarende omstandigheid te individualiseren maar het hof weigerde dit bij arrest nr. 6240 van 27 november 1998. Het hof van assisen motiveerde die weigering met de overweging dat de diefstal het hoofdfeit uitmaakt, zodat alle reële verzwarende omstandigheden al diegenen treffen die aan de diefstal hebben deelgenomen, zelfs als hun rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan het geweld, aan de ongewilde dood of aan de doodslag niet is bewezen en zij die niet hebben geweld.

De jury verklaarde G. schuldig aan diefstal, door middel van geweld of bedreiging als dader of mededader met de verzwarende omstandigheid van gebruik van geweld zonder het oogmerk om te doden doch met de dood tot gevolg (artikelen 66, 461, eerste lid, 468, 474 en 483 Strafwetboek).

Het hof van assisen veroordeelde hem bij arrest nr. 6241 van 27 november 1998 tot 30 jaar opsluiting, afzetting van titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen en levenslange ontzetting van de rechten aangehaald in artikel 31 Strafwetboek.

G. kwam tegen de vermelde arresten in cassatie en voerde onder meer een middel aan tegen de vraagstelling aan de jury betreffende de verzwarende omstandigheid en zijn veroordeling op grond van het antwoord van de jury. Het Hof heeft het cassatieberoep verworpen bij arrest van 16 februari 1999 (P.98.1624.N).

G. richtte zich vervolgens tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Hof Mensenrechten (1^e afdeling.) oordeelde bij arrest nr. 50372/99 van 2 juni 2005 dat de klacht gegrond was en dat artikel 6, §1, E.V.R.M. was geschonden; het feit dat een rechtscollège geen oog heeft voor de argumenten die betrekking hebben op een essentieel punt en die dergelijke zware gevolgen met zich meebrengen, is onverenigbaar met het recht op tegenspraak dat de kern vormt van het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door artikel 6 E.V.R.M.; dergelijk besluit gold in het bijzonder in deze zaak, rekening houdend met het feit dat de juryleden hun oordeel niet motiveren: de nauwkeurigheid in de vraagstelling moet op gepaste wijze de beknopte antwoorden van de jury compenseren. Het Hof Mensenrechten kende G. tevens een schadevergoeding toe.

Het arrest van het Hof Mensenrechten ging op 2 september 2005 in kracht van gewijsde bij gebreke aan een voorziening bij de Grote Kamer van dit Hof.

3. Bij verzoekschrift, op 10 januari 2008 neergelegd op de griffie van het Hof alhier, werd namens de eiser om heropening van de rechtspleging verzocht.

Bij arrest van 17 juni 2008 besliste het Hof o.m. als volgt, na te hebben vastgesteld dat er te dezen ernstige twijfel over de uitkomst van de bestreden rechtspleging bestaat indien de jury had moeten antwoorden op de voor de aanvrager geïndividualiseerde vragen over de verzwarende omstandigheden en dat aldus de voorwaarden voor de heropening van de rechtspleging met betrekking tot de arresten nummers 6240 en 6241 vervuld zijn;

beveelt (...) de heropening van de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot het ar-

rest van het Hof van 16 februari 1999;

trekt het arrest van 16 februari 1999 (P.98.1624.N)in, in zoverre dit het cassatieberoep van de eiser tegen de arresten van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 (nummers 6240 en 6241) verwerpt;

doet hierover opnieuw recht;

vernietigt het arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 (nummer 6240) in zoverre dit het verzoek van de eiser afwijst, waarbij hij verzocht de vragen 4, 5 en 6 individueel te stellen, wat hem betreft, gecombineerd met de vragen naar de strafbare deelneming, zoals omschreven in artikel 66 Strafwetboek;

vernietigt het arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 (nummer 6241) in zoverre dit de eiser veroordeelt tot straf, bijdrage en kosten;

verwijst de aldus beperkte zaak van het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen.

Zegt dat dit hof van assisen uitspraak zal doen over:

- de schuld van de eiser aan de verzwarende omstandigheden van diefstal door middel van geweld of bedreiging, omschreven in artikel 468 Strafwetboek, en van diefstal met geweld of bedreiging gepleegd zonder het oogmerk om te doden, en toch de dood heeft veroorzaakt, omschreven in artikel 474 Strafwetboek;

- de straftoemeting tegen de eiser;

- de bijdrage en de kosten;

de eventuele veroordeling van de Belgische Staat overeenkomstig artikel 442septies, §2, Wetboek van Strafvordering⁴.

4. Ingevolge deze beslissing oordeelde het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen op 20 november 2009 bij (tussen)arrest over het gevoerde verweer met betrekking tot de redelijke termijn-vereiste en op 26 november 2009 stelde het vast dat er geen omschrijding was van de redelijke termijn en veroordeelde het Ü.G. tot dezelfde straffen als deze die eertijds werden uitgesproken.

Op 11 december 2009 stelde G. cassatieberoep in tegen de voornoemde arresten van 20 en 26 november 2009 en op 2 maart 2010 werd een ontvankelijke memorie namens de eiser neergelegd die drie middelen ontwikkelt.

5. Het *eerste middel* komt op tegen het oordeel van de bestreden arresten dat de redelijke termijn niet overschreden is en voert schending aan van de artikelen 14.3.g I.V.B.P.R., 6.1 en 6.2 E.V.R.M. en 149 Grondwet alsook van de algemene rechtsbeginselen van berechting binnen een redelijke termijn, het individualiteitsbeginsel, het mondeling karakter van de rechtspleging en het vermoeden van onschuld.

Het *eerste onderdeel* van het middel voert enerzijds aan dat het hof van assisen ten onrechte oordeelt dat, ter beoordeling of de redelijke termijn al dan niet overschreden is, het individueel belang van de beschuldigde dient te wijken voor het algemeen maatschappelijk belang.

Anderzijds voert het onderdeel aan dat het hof van assisen ten onrechte heeft geoordeeld dat een eventuele schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn te wijten is aan het feit dat de eiser nagenoeg zes maanden zou gedraald hebben om zijn verzoekschrift voor het EHRM neer te leggen en dat de rechtspleging voor het EHRM zes jaar heeft geduurd en dat zulks niet kan tegengeworpen worden aan de Belgische Staat en dan ook niet onder de redelijke termijn valt.

4 Cass. 17 juni 2008, AR P.08.0070.N, AC., 2008, nr. 379 met concl O.M.

Voor al dit laatste aspect verdient aandacht, met name of de procedure voor het EHRM al dan niet een invloed heeft op de beoordeling van het redelijk karakter van de termijn.

6. Artikel 442^{sexies}, §1, derde lid, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de verjaringstermijn van de strafvordering opnieuw begint te lopen vanaf het arrest dat de heropening beveelt.

Deze bepaling beoogt te voorkomen dat elke heropening van de rechtspleging automatisch uitmondt in een vrijspraak doordat de strafvordering door verjaring vervallen is (N. COLPAERT, “De nieuwe procedure van heropening van een strafzaak na een veroordelend arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, *RW* 2007-08, (53) 60).

Uit deze bepaling volgt dat de procedure voor het Hof van Cassatie een schorsend effect heeft (C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2009, 821).

Bovendien bepaalt artikel 442^{sexies}, §2 dat het arrest van het Hof van Cassatie, gewezen overeenkomstig §1, dezelfde gevolgen heeft als een arrest gewezen op een cassatieberoep.

7. Uit voormelde bepalingen kan derhalve worden afgeleid dat vanaf het arrest van het hof van assisen nr. 6241 van 27 november 1998 waarbij de eiser werd veroordeeld tot 30 jaar opsluiting, de verjaring van de strafvordering was geschorst en zulks tot het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 2008 waarin de heropening van de rechtspleging werd bevolen die aanleiding had gegeven tot het eerdere arrest van het Hof van Cassatie van 16 februari 1999 (P.98.1624.N) dat zijn cassatieberoep tegen het arrest van 27 november 1998 verwierp.

Met dat arrest van 17 juni 2008 werd het arrest van 16 februari 1999 ingetrokken en het veroordelend arrest van het hof van assisen van 27 november 1998 vernietigd in zoverre het de eiser veroordeelde tot straf, bijdrage en kosten.

In het beginsel is de verjaring van de strafvordering, in geval van cassatieberoep, geschorst vanaf de bestreden beslissing tot de uitspraak in cassatie, tenzij de voorziening onontvankelijk is wegens de aard van de beslissing (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 3305).

Juister is het te zeggen dat in geval van onontvankelijk of ongegrond cassatieberoep, eigenlijk wordt vastgesteld dat de bestreden beslissing definitief is geworden en dat bijgevolg geen verjaring nadien heeft kunnen lopen (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 3305. Cfr. M. DE SWAEF, *Penaal cassatieberoep van nu en straks: enkele denkrichtingen voor de toekomst*, mercuriale van 1 september 2005, nr. 9); het eindpunt is dan de in cassatie bestreden uitspraak die door de beslissing van het Hof van Cassatie definitief is gebleken (J. MEESE, *De duur van het strafproces. Onderzoek naar de termijn waarbinnen een strafprocedure moet of mag worden afgehandeld*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 244).

In geval van cassatie met verwijzing daarentegen herleeft de verjaring nu de strafvordering zijn verloop herneemt (M. TRAEEST, “Krachtlijnen van het cassatieberoep in strafzaken”, *NC* 2007, (97) 99).

8. Toegepast op deze zaak betekent het voorgaande dat ingevolge het arrest van 16 februari 1999 dat het cassatieberoep dat de eiser had ingesteld tegen zijn veroordeling op 27 november 1998 door het hof van assisen verwierp, die veroordeling door het hof van assisen definitief geworden was.

Daardoor stond op dat ogenblik vast dat de strafvordering was uitgeput en er van verjaring geen sprake meer was.

Het gegeven dat de eiser naderhand een procedure voerde voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens doet aan het voorgaande geen afbreuk.

Pas ingevolge het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 2008 is er weer sprake van een strafvordering waarvan de verjaring is begonnen lopen met ingang van de datum van dat arrest; dit volgt uit de bepaling van artikel 442*sexies*, §1, derde lid Wetboek van Strafvordering maar eveneens uit artikel 442*sexies*, §2 Wetboek van Strafvordering.

Doordat laatst vermeld artikel bepaalt dat het arrest van het Hof van Cassatie, gewezen overeenkomstig §1, dezelfde gevolgen heeft als een arrest gewezen op een cassatieberoep, betekent dit dat het arrest dat de heropening van de rechtspleging beveelt, het eerdere cassatiearrest intrekt en de zaak opnieuw verwijst naar een ander hof van assisen, kan aanzien worden als een cassatiearrest dat de uitgesproken veroordeling vernietigt met verwijzing.

In zo een geval herleeft de verjaring die gedurende de cassatieprocedure niet heeft kunnen lopen (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 3305).

Er wordt ook gezegd dat het arrest dat de heropening van de rechtspleging beveelt en tot vernietiging van de veroordelende beslissing overgaat, terugwerkt en die veroordeling geacht wordt nooit te zijn uitgesproken (Cfr: J. VAN MEERBEECK, “La réouverture des procédures pénales après un arrêt de Strasbourg. Commentaire de la loi du 1er avril 2007 », *JT* 2007, (733) 736).

Kortom, vanaf 27 november 1998 tot 17 juni 2008 was de verjaring van de strafvordering geschorst of, juister gezegd, was er geen strafvordering meer.

Pas vanaf 17 juni 2008 – met name het arrest van het Hof dat de heropening van de rechtspleging heeft bevolen en de veroordeling van 27 november 1998 (gedeeltelijk) vernietigde – is de strafvordering gaan herleven en is de verjaringstermijn ervan opnieuw begonnen lopen, zulks conform artikel 442*sexies*, §1, derde lid Wetboek van Strafvordering.

Met dit gegeven dient rekening te worden gehouden ter beoordeling van de redelijke termijn.

9. Inderdaad wordt de beoordeling van de redelijke termijn onder meer bepaald door de complexiteit van de zaak, de houding van de verdachte en van de gerechtelijke autoriteiten.

Hoewel werd geschreven dat de houding van de gerechtelijke overheid zonder meer het belangrijkste criterium is om na te gaan of er al dan niet sprake is van een schending van het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn en de Staat de verplichting op zich heeft genomen om een snelle behandeling van strafzaken mogelijk te maken, zodat hij zeker niet zelf aan de basis mag liggen van een gebeurlijke vertraging (J. MEESE, *De duur van het strafproces. Onderzoek naar de termijn waarbinnen een strafprocedure moet of mag worden afgehandeld*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 295), is het tijdsverloop van 27 november 1998 tot 17 juni 2008 waardoor de verjaring van de strafvordering was geschorst of, juister gezegd, geen sprake meer was van een strafvordering, niet te wijten aan de gerechtelijke overheden.

De nationale gerechtelijke overheden konden immers geen enkele invloed uitoefenen op het verloop van de rechtspleging voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of de vertraging die het gevolg was van het feit dat de eiser een procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens initieerde, verhinderen.

Ook indien ervan wordt uitgegaan dat een arrest dat de heropening van de rechtspleging beveelt en het veroordelend arrest vernietigt – in dit geval het cassatiearrest van 17 juni 2008 – terugwerkende kracht heeft en deze veroordeling daardoor moet geacht worden nooit te hebben bestaan, brengt dit met zich mee dat de procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geenszins in rekening kan worden gebracht om te oordelen

over het al dan niet redelijk karakter van de termijn.

In zoverre het onderdeel het tegendeel aanvoert, faalt het naar recht.

10. Terloops kan er hier op gewezen worden dat, althans in Frankrijk, werd geoordeeld dat de overschrijding van de redelijke termijn en de schending van artikel 6 E.V.R.M. die daaruit voortvloeit geen voldoende reden is om tot heropening van de rechtspleging te besluiten.

Inderdaad, "*depuis la décision "Cherakrak" du 21 juin 2001, la Commission considère que « la violation de l'exigence du délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention européenne n'est pas de nature à entraîner le réexamen du pourvoi ou de la décision de la juridiction de jugement », même si certains ont observé que, parfois, la durée excessive de la procédure et les conséquences qui en résultent, notamment les risques de déperdition des preuves, peuvent affecter les droits de la défense*" (R. DE GOUTTES, "La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Brussel, Bruylant, 2004, (563) 575. Cfr. E. DREYER, "A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg?", *Recueil Dalloz* 2008, nr. 25, (1705) 1707).

11. De beoordeling of de redelijke termijn is geschonden maakt een feitenkwestie uit; het Hof van Cassatie kan daarbij enkel onderzoeken of de feitenrechter uit de concrete gegevens van de zaak wettig heeft kunnen afleiden dat de redelijke termijn al dan niet werd overschreden (J. MEESE, *De duur van het strafproces. Onderzoek naar de termijn waarbinnen een strafprocedure moet of mag worden afgehandeld*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 304). Dat is te dezen het geval

De arresten van het hof van assisen van 20 en 26 november 2009 stellen wettig vast dat de redelijke termijn niet is overschreden.

In zoverre het onderdeel opkomt tegen het oordeel van het hof van assisen dat, ter beoordeling of de redelijke termijn al dan niet overschreden is, het individueel belang van de beschuldigde dient te wijken voor het algemeen maatschappelijk belang, is het gericht tegen een overtollig motief en is het niet ontvankelijk.

Immers, het bestreden arrest van 20 november 2009 oordeelt dat, in de mate dat de redelijke termijn zou overschreden zijn, het gegeven dat het individueel belang niet kan opwegen tegen het algemeen belang, op zich het verdere verloop van het assisenproces niet kan verhinderen maar dat de gevolgen die daaraan moeten worden geknoopt beoordeeld zullen moeten worden vanuit het oogpunt van de sanctie.

Het hof van assisen heeft evenwel geoordeeld dat de redelijke termijn niet werd overschreden.

12. In het *tweede onderdeel* van het middel wordt aangevoerd dat geen correcte bewijslevering werd aangebracht voor het hof van assisen en de rechten van de verdediging werden gefnuikt door de miskennis van het mondeling karakter van de rechtspleging en de overschrijding van de redelijke termijn.

In zoverre het onderdeel aanvoert dat de rechten van de verdediging zijn geschonden door de overschrijding van de redelijke termijn is het afgeleid uit de tevergeefs aangevoerde schending van de in het eerste onderdeel aangeduide wetsbepaling en is het niet ontvankelijk.

Het mondeling karakter van de rechtspleging voor het hof van assisen wordt in werkelijkheid hiertoe beperkt dat het op straffe van nietigheid verboden is aan de gezwoenen mededeling of kennis te geven van de stukken waarin de verklaringen zijn opgenomen die getuigen onder eed aan de onderzoeksrechter afgelegd hebben (R. DE-CLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2258).

Uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat dit laatste zou zijn

gebeurd.

Voor het overige stelde het hof van assisen in het arrest van 20 november 2009 vast dat *"het tijdsverloop sedert het plegen van de feiten noch de bewijsverkrijging, noch de bewijswaardering heeft aangetast, dat het strafdossier zoals het op heden voorligt de partijen onverminderd toelaat om een loyaal en tegensprekelijk debat ten gronde te voeren met betrekking tot de beschuldigingen, zodat de rechten van verdediging zijn gevrijwaard"*.

Het onderdeel kan dan ook niet worden aangenomen.

13. Het *derde onderdeel* van het middel voert schending aan van de artikelen 6.1 en 6.2 E.V.R.M.: het bestreden arrest zou ten onrechte een koppeling maken tussen een rechtsfeit en een beoordeling van de schuldvraag alvorens deze schuldvraag wordt beantwoord, hetgeen een schending van het algemeen rechtsbeginsel van het vermoeden van onschuld impliceert.

Het onderdeel is in het bijzonder gericht tegen het oordeel van het bestreden arrest dat de eiser zeer goed wist wat zijn aandeel is geweest in de diefstal.

Dit laatste is echter een element in het geheel van de elementen die het hof van assisen weerhoudt om te oordelen dat de redelijke termijn niet werd overschreden (en waarnaar wordt verwezen in randnummer 2 van het bestreden arrest nr. 3456/09 van 26 november 2009).

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

14. Het *vierde onderdeel* van het eerste middel voert schending aan van de artikelen 6.1 en 6.2 E.V.R.M., 14.3.g I.V.B.P.R., 149 Grondwet en van de redelijke termijn, het individualiteitsbeginsel, het mondeling karakter van de rechtspleging en van het vermoeden van onschuld; naar het oordeel van de eiser had de onontvankelijkheid van de strafvordering moeten worden vastgesteld nu de rechten van verdediging van de eiser op onherroepelijke wijze waren aangestast.

Het onderdeel is afgeleid uit de vergeefs aangevoerde schending van de in de overige onderdelen aangeduide wetsbepalingen en is niet ontvankelijk.

15. Het *tweede middel* voert schending aan van de artikelen 14.3g I.V.B.P.R. en 6.1 E.V.R.M. alsook van het individualiteitsbeginsel.

Volgens de eiser zou het bestreden arrest nog steeds toepassing hebben gemaakt van de theorie van de automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden die aan alle deelnemers van het basismisdrijf moeten worden toegeschreven, zelfs indien hun rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan het geweld niet bewezen is.

Precies ingevolge het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in deze zaak, zou er geen sprake meer kunnen zijn van een automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden.

Uit het bestreden arrest blijkt echter niet dat het hof van assisen zou zijn overgegaan tot een automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden aan de eiser.

Inderdaad, met de gegevens die het arrest van 26 november 2009 vermeldt op bladzijde 2 onder randnummer 1 alsook met de vaststelling dat de eiser de diefstal niet kon plegen zonder dat eerst D.D. werd "uitgeschakeld" en dermate gedetermineerd was om diens geld te roven dat ook hij zeer bewust – wetens en willens – het geweld heeft aanvaard en heeft gewild als middel om D.D. te elimineren zodat het onverschillig is of hij al dan niet zelf slagen zou hebben toegebracht, wordt de beslissing dat ook de eiser schuldig is aan de verzwarende omstandigheden naar recht verantwoord.

Anders dan het middel voorhoudt, is er aldus geen sprake van een automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden aan de eiser.

Als voorbeeld van hoe de verzwarende omstandigheden na de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in rekening moeten worden gebracht wordt aangehaald:

“Wanneer A, B en C samen, na het invallen van de duisternis, een gewapende overval plegen, waarbij A het wapen vasthoudt en er de winkelbediende mee buiten westen slaat die er een blijvend trauma aan overhoudt, B enkel de kassa meegrist en C in de vluchtauto blijft wachten, zullen allen veroordeeld kunnen worden voor het basismisdrijf diefstal (art. 461 Sw.). Ook de verzwarende omstandigheid dat de diefstal met geweld gebeurde (art. 468 Sw.) zal waarschijnlijk aan alle daders kunnen worden toegerekend, aangezien zij vooraf overeengekomen zullen zijn dat ze de winkel met geweld of bedreiging zouden overvallen, alsook de omstandigheid dat de overval bij nacht plaatsvond (art. 471 Sw.) (...).” (C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2009, 376).

Voorgaand voorbeeld vindt hier ook toepassing, temeer daar het hof van assisen vaststelt dat de bedoeling van de drie betrokkenen destijds – en manifest ook van de eiser individueel beschouwd – was om D.D. te beroven van zijn geld, waarbij ook de eiser zich zeer goed realiseerde dat dit enkel kon door gebruik van geweld of bedreiging.

Het middel kan niet worden aangenomen.

16. Het *derde middel* voert schending aan van de artikelen 14.3.g I.V.B.P.R., 6.1 E.V.R.M., 442sexies, §1 Wetboek van Strafvordering en 149 Grondwet: het hof van assisen heeft geoordeeld dat zowel naar de schuldvraag als naar de strafmaat het vernietigend arrest van het hof van assisen van Oost-Vlaanderen wordt onderschreven.

Het hof van assisen heeft met eigen redenen schuld en straf bepaalt.

Het middel kan niet tot cassatie leiden.

17. Er zijn geen ambtshalve middelen aan te voeren.

Conclusie: Verwerping van het cassatieberoep.

ARREST

(AR P.10.0005.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep sub I (akte nr. 133 van 11 december 2009) is gericht tegen het tussenarrest nr. 14/09 van het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen van 20 november 2009 dat de strafvordering ontvankelijk en toelaatbaar verklaart.

Het cassatieberoep sub II (akte nr. 134 van 11 december 2009) is gericht tegen het arrest nr. 16/09 van het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen van 26 november 2009 dat oordeelt over eisers schuld aan de verzwarende omstandigheden van diefstal door middel van geweld of bedreiging, omschreven in artikel 468 Strafwetboek, en van diefstal met geweld of bedreiging gepleegd zonder het oogmerk om te doden, en toch de dood heeft veroorzaakt, omschreven in artikel 474 Strafwetboek, en de eiser tot straf veroordeelt.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

Raadshere Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

De eiser is samen met twee andere personen verwezen naar het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen wegens de beschuldiging:

"te Lochristi in de nacht van 7 op 8 december 1996, mededader te zijn geweest aan een roofmoord op X, dit is een diefstal van een geldsom, met de verzwarende omstandigheid dat, om de diefstal te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, het slachtoffer opzettelijk werd gedood met het oogmerk om te doden, misdadaad omschreven door de artikelen 66, 392, 393, 461, eerste lid, 468, 475 en 483 Strafwetboek."

De eiser verzocht het hof van assisen de vragen aan de jury betreffende de verzwarende omstandigheid te individualiseren.

Het arrest nummer 6240 van 27 november 1998 wees dat verzoek af.

De jury verklaarde de eiser vervolgens schuldig aan diefstal, niet met de verzwarende omstandigheid van opzettelijke doodslag, maar met de verzwarende omstandigheid van gebruik van geweld zonder het oogmerk om te doden maar met de dood tot gevolg.

Het arrest nummer 6241 van 27 november 1998 veroordeelde de eiser voor deze misdadaad, omschreven en strafbaar gesteld door de artikelen 66, 461, eerste lid, 468, 474 en 483 Strafwetboek, tot 30 jaar opsluiting, afzetting van titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen, en levenslange ontzetting van de rechten, aangehaald in artikel 31 Strafwetboek.

De eiser kwam van de vermelde arresten in cassatieberoep. Een middel was gericht tegen het arrest nummer 6240 en had betrekking op de vraagstelling aan de jury betreffende de verzwarende omstandigheid, en tegen het arrest nummer 6241 dat hem veroordeelde tot onder meer 30 jaar opsluiting.

Het Hof verwierp het cassatieberoep bij arrest (P.98.1624.N) van 16 februari 1999.

De eiser richtte zich daarop tot het EHRM. Het EHRM oordeelde bij arrest nummer 50372/99 van 2 juni 2005 dat eisers klacht gegrond was en dat artikel 6.1 EVRM werd geschonden, dit op onder meer de volgende gronden:

- het feit dat een rechtscollege geen oog heeft voor de argumenten die betrekking hebben op een essentieel punt dat dergelijke zware gevolgen met zich meebrengt, is onverenigbaar met het recht op tegenspraak dat de kern vormt van het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door artikel 6 EVRM;
- dergelijk besluit is in het bijzonder in deze zaak geboden, rekening houdend met het feit dat de juryleden hun oordeel niet kunnen motiveren;
- de nauwkeurigheid in de vraagstelling moet op gepaste wijze de beknopte antwoorden van de jury compenseren.

Het EHRM besliste ook dat de Belgische Staat de eiser een schadevergoeding moet betalen.

Het arrest van het EHRM geldt bij gebrek aan een verzoek om verwijzing naar de Grote Kamer van dat Hof, als einduitspraak.

De eiser werd bij vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank te Gent van 3 mei 2007 voorwaardelijk in vrijheid gesteld.

De wet van 1 april 2007 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met het oog op de heropening van de rechtspleging in strafzaken werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 9 mei 2007 en is in werking getreden op 1 december 2007.

De eiser diende op 10 januari 2008 een aanvraag tot heropening van de rechtspleging in.

Bij arrest van 17 juni 2008 (P.08.0070.N) verklaarde het Hof de aanvraag gedeeltelijk gegrond en, na intrekking van het arrest van het Hof van 16 februari 1999, vernietigde het:

- het arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 (nummer 6240) in zoverre dit het verzoek van de eiser afwijst, waarbij hij verzocht de vragen 4, 5 en 6 individueel te stellen, wat hem betreft, gecombineerd met de vragen naar de strafbare deelneming, zoals omschreven in artikel 66 Strafwetboek;

- het arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 (nummer 6241) in zoverre dit de eiser veroordeelt tot straf, bijdrage en kosten.

Het Hof verwees de aldus beperkte zaak naar het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen en zei dat dit hof van assisen uitspraak zal doen over:

- de schuld van de eiser aan de verzwarende omstandigheden van diefstal door middel van geweld of bedreiging, omschreven in artikel 468 Strafwetboek, en van diefstal met geweld of bedreiging gepleegd zonder het oogmerk om te doden, en toch de dood heeft veroorzaakt, omschreven in artikel 474 Strafwetboek;

- de straftoemeting tegen de eiser;

- de bijdrage en de kosten;

- de eventuele veroordeling van de Belgische Staat overeenkomstig artikel 442septies, §2, Wetboek van Strafvordering.

Dit heeft geleid tot de thans bestreden arresten van het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM en artikel 14 IVB-PR: het hof van assisen oordeelt ten onrechte dat bij de beoordeling of de redelijke termijn al dan niet overschreden is, de individuele rechten van de rechtsonderhorige dienen te wijken voor het maatschappelijk belang; het arrest nummer 50372/99 van het EHRM van 2 juni 2005 heeft eisers klacht tegen de voordien gevoerde rechtspleging gegrond verklaard en geoordeeld dat artikel 6.1 EVRM werd geschonden; de door de eiser voor het EHRM gevoerde procedure was dan ook geen obstructief of vertragend manoeuvre van de eiser maar genoodzaakt door de zware fout, begaan bij arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 dat eisers recht van verdediging heeft

miskend; het geschonden individueel belang van de eiser is dermate zwaar dat de duurtijd van de procedure voor het EHRM als onderdeel van de gehele rechtspleging dient beschouwd te worden zodat bij de beoordeling van de redelijke termijn rekening dient gehouden te worden met een proceduregang van twaalf jaren, wat het hof van assisen nalaat te doen.

2. Artikel 1 EVRM bepaalt dat de Hoge Verdragsluitende Partijen eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht, de rechten en vrijheden verzekeren welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.

Artikel 6.1 EVRM bepaalt dat bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, eenieder het recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn.

Het artikel 14.3.c IVBPR dat de berechting zonder onredelijke vertraging vereist, heeft dezelfde draagwijdte en hetzelfde doel.

Artikel 442quinquies, eerste lid, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat wanneer uit het onderzoek van de aanvraag blijkt hetzij dat de bestreden beslissing ten gronde strijdig is met het EVRM, hetzij dat de vastgestelde schending het gevolg is van procedurefouten of -tekortkomingen die dermate ernstig zijn dat ernstige twijfel bestaat over de uitkomst van de bestreden rechtspleging, het Hof van Cassatie de heropening van de rechtspleging beveelt, voor zover de veroordeelde partij of de rechthebbenden bedoeld in artikel 442ter, 2°, zeer ernstige nadelige gevolgen blijven ondervinden, die slechts door een heropening kunnen worden hersteld.

Artikel 442sexies, §1, derde lid, Wetboek van Strafvordering dat betrekking heeft op het verloop van de rechtspleging na de heropening ervan, bepaalt dat de verjaringstermijn van de strafvordering opnieuw begint te lopen vanaf het arrest dat de heropening beveelt. Artikel 442sexies, §2, van hetzelfde wetboek bepaalt dat het arrest van het Hof van Cassatie, gewezen overeenkomstig §1, dezelfde gevolgen heeft als een arrest gewezen op een cassatieberoep.

3. Bij de beoordeling van de redelijkheid van de termijn wordt onder meer rekening gehouden met de complexiteit van de zaak, de houding van de beklaagde en van de autoriteiten, waaronder de gerechtelijke autoriteiten.

Het veroordelend arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998 is in kracht van gewijsde gegaan op 16 februari 1999, datum waarop het Hof het cassatieberoep van de eiser tegen dat arrest heeft verworpen.

De strafvordering is opnieuw beginnen te lopen vanaf het arrest van het Hof van 17 juni 2008 dat de heropening beveelt.

De Staat, met inbegrip van de nationale gerechtelijke instanties, is niet verantwoordelijk voor het toezicht op de redelijkheid van de duur van de rechtspleging voor het EHRM. De Staat is enkel verantwoordelijk voor eenieder die ressorteert onder zijn rechtsmacht. De nationale gerechtelijke instanties beschikken niet over mogelijkheden om de vertraging die door de procedure voor het EHRM wordt opgelopen, te vermijden of te beperken. Zulke vertraging kan hen enkel worden aangerekend wanneer zij zelf een prejudiciële vraag aan een internatio-

naal gerechtshof zouden stellen die niet dienend is voor de oplossing van het geschil, wat te dezen niet het geval is.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat de duurtijd van de procedure voor het EHRM als een onderdeel van de gehele rechtspleging dient beschouwd te worden zodat daarmee ook rekening dient te worden gehouden bij de beoordeling van de redelijke termijn, faalt het naar recht.

4. De rechter oordeelt onaantastbaar of de redelijke termijn voor de berechting van de zaak, waarop elke beklaagde recht heeft, al dan niet is overschreden.

Het staat de rechter in het licht van de omstandigheden van de zaak en met inachtneming van de complexiteit ervan, het gedrag van de beklaagde en van de gerechtelijke instanties, in feite te oordelen of de redelijke termijn tussen de beschuldiging en het vonnis is overschreden. Het Hof gaat enkel na of de rechter uit de feiten en omstandigheden die hij vaststelt, wettig heeft kunnen afleiden dat die redelijke termijn al dan niet is overschreden.

5. Het hof van assisen stelt onaantastbaar vast dat:

- de eiser bij arrest van 27 november 1998 van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen reeds definitief schuldig werd bevonden aan het hoofdfeit van diefstal, wat hij trouwens steeds heeft bekend;

- binnen dezelfde redelijke termijn dit arrest van 27 november 1998 uitspraak deed over de schuld van de eiser aan de verzwarende omstandigheden, maar dan als objectief gegeven en hem tot straf veroordeelde;

- de eiser zich hiermee niet kon verzoenen en zich gewend heeft tot het EHRM;

- het niet aan de nationale instanties te wijten is dat de eiser een half jaar gewacht heeft vooraleer zijn verzoek in te dienen en dat de uitspraak van het EHRM bijna zes jaar op zich heeft laten wachten, zodat de termijn waarvan de redelijkheid moet worden beoordeeld, gehalveerd wordt;

- het hof van assisen thans, nadat binnen een zeer redelijke termijn definitief geoordeeld is over de schuld van de eiser aan het hoofdfeit van diefstal en na het arrest van het Hof van 17 juni 2008 dat de heropening van de rechtspleging heeft bevolen, enkel nog moet uitmaken of hij ook individueel schuldig is aan de verzwarende omstandigheden waarmee de diefstal gepaard is gegaan;

- er redelijkerwijze nooit de minste twijfel over kan hebben bestaan dat de eiser zeer goed wist wat zijn aandeel is geweest in de feiten van diefstal, dat deze diefstal enkel kon worden beschouwd als een diefstal door middel van geweld of bedreiging en met de dood van het slachtoffer tot gevolg zonder evenwel het oogmerk om te doden, en dat de eiser kennis had van de aard en de mate van het geweld dat zou worden aangewend, daarmee heeft ingestemd en het geweld zelfs heeft gewild om het geld te kunnen wegnemen.

Met die vaststellingen en redenen heeft het arrest wettig kunnen oordelen dat de redelijke termijn niet is overschreden.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

6. In zoverre het onderdeel aanvoert dat het hof van assisen ten onrechte oor-

deelt dat bij de beoordeling of de redelijke termijn al dan niet overschreden is, de individuele rechten van de rechtsonderhorige dienen te wijken voor het maatschappelijk belang, is het gericht tegen een overtollige reden die de beslissing niet schraagt en die het geheel van de overige zelfstandige redenen op grond waarvan het hof van assisen oordeelt dat de redelijke termijn niet is overschreden, onaangetast laat.

In zoverre kan het onderdeel niet tot cassatie leiden en is het mitsdien niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

7. Het onderdeel voert aan dat in geen geval een correcte bewijslevering werd aangebracht voor het hof van assisen en dat eisers recht van verdediging werd gefnuikt door de miskenning van het mondelinge karakter van de rechtspleging voor het hof van assisen en de overschrijding van de redelijke termijn.

8. In zoverre het onderdeel uitgaat van de overschrijding van de redelijke termijn, is het afgeleid uit het vergeefs aangevoerde eerste onderdeel.

In zoverre is het onderdeel niet ontvankelijk.

9. Het beginsel van het mondelinge debat belet niet dat schriftelijk vastgelegde verklaringen of processen-verbaal, afgelegd of opgemaakt door personen die thans afwezig zijn, door de voorzitter binnen het kader van de hem door de artikelen 267 en 268 (oud) Wetboek van Strafvordering toevertrouwde opdracht ter rechtszitting worden voorgelezen, als het gaat om schriftelijke stukken waarvan de overhandiging aan de jury bij de wet niet verboden is en die deel uitmaken van het dossier. De schriftelijke verklaringen van de getuigen waarvan de overhandiging wordt verboden door artikel 341 (oud) Wetboek van Strafvordering, zijn de door de getuigen voor de onderzoeksrechter onder eed afgelegde verklaringen.

10. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat verklaringen die onder eed voor de onderzoeksrechter waren afgelegd, aan de jury werden meegegeven.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

11. Met de redenen die het hof van assisen vermeldt (arrest nr. 14/09 van 20 november 2009, p. 4-5, rubriek 4), verantwoordt het zijn beslissing naar recht dat "het tijdsverloop sedert het plegen van de feiten noch de bewijsverkrijging, noch de bewijswaardering heeft aangetast, dat het strafdossier zoals het op heden voorligt de partijen onverminderd toelaat om een loyaal en tegensprekelijk debat ten gronde te voeren met betrekking tot de beschuldigingen, zodat de rechten van verdediging zijn gevrijwaard".

In zoverre kan het onderdeel evenmin worden aangenomen.

Derde onderdeel

12. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 en 6.2 EVRM, evenals miskenning van het vermoeden van onschuld: er bestaat geen wettelijke grondslag om een juridische koppeling te maken tussen de stelling van de eiser en de duurtijd van de behandeling van de zaak; de koppeling tussen een rechtsfeit en een beoordeling van de schuldvraag alvorens deze schuldvraag werd beant-

woord, impliceert een miskennen van het vermoeden van onschuld.

13. Het hof van assisen beoordeelt de redelijkheid van de termijn van de rechtspleging op grond van een geheel van redenen waaronder het gegeven dat de eiser "zeer goed wist wat zijn aandeel is geweest in de feiten van diefstal (wat hij trouwens steeds heeft bekend)" en dat de uitkomst van de strafvordering voor dit hoofdfeit definitief gekend was aan de eiser binnen een zeer redelijke termijn, meer bepaald door het arrest van 27 november 1998 van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen.

14. Met de redenen die het arrest vermeldt en die slechts gedeeltelijk in het onderdeel worden weergegeven, verantwoordt het bestreden arrest zonder miskening van eisers vermoeden van onschuld zijn beslissing over de redelijke termijn.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Vierde onderdeel

15. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 en 6.2 EVRM, artikel 14.3.g IVBPR en artikel 149 Grondwet, evenals miskening van de redelijke termijn, het individualiteitsbeginsel, het mondelinge karakter van de rechtspleging en het vermoeden van onschuld: vermits het recht van verdediging van de eiser op onherroepelijke wijze werd aangetast, diende het hof van assisen de strafvordering ten laste van de eiser onontvankelijk te verklaren.

16. Het onderdeel is geheel afgeleid uit de vergeefs aangevoerde eerste drie onderdelen.

Het onderdeel is niet ontvankelijk.

Tweede middel

17. Het middel voert schending aan van artikel 14.3.g IVBPR en artikel 6.1 EVRM, evenals miskening van het individualiteitsbeginsel: het hof van assisen past nog steeds de theorie toe van de automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden die aan alle deelnemers van het basismisdrijf moeten worden toegeschreven, zelfs indien hun rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan het geweld niet bewezen is.

18. Het hof van assisen oordeelt dat:

- de eiser zeer goed wist wat zijn aandeel is geweest in de feiten van diefstal;
- deze diefstal op geen enkele andere wijze kan worden beschouwd dan als een diefstal door middel van geweld of bedreiging en met de dood van het slachtoffer tot gevolg, zonder het oogmerk om te doden;
- het de bedoeling was om het slachtoffer te beroven van zijn geld, waarbij ook de eiser zich zeer goed realiseerde dat dit enkel kon door gebruik van geweld of bedreiging; de eiser wist heel goed dat er geen matig maar zwaar geweld aan te pas moest komen om het slachtoffer eerst neer te slaan en hem dan bewusteloos te slaan en hij ging daar ook mee akkoord met het opzet om het slachtoffer te kunnen beroven;
- de eiser maar al te goed wist en ook zeer goed hoorde te weten dat dergelijk zwaar geweld steeds ernstige gezondheidsrisico's inhoudt voor het slachtoffer;
- de eiser het geld pas heeft weggenomen nadat de dodelijke slagen waren toe-

gebracht;

- de eiser de diefstal niet kon plegen vooraleer het slachtoffer uitgeschakeld was en precies daarom het geweld ook bewust gewild heeft en daarmee heeft ingestemd om het geld te kunnen wegnemen.

19. Met die redenen verantwoordt het bestreden arrest zijn beslissing dat de eiser die vooraf kennis had van het feit dat zwaar geweld nodig zou zijn om de diefstal te kunnen plegen, de mogelijke gevolgen ervan kende of behoorde te kennen en met dit alles instemde, ook individueel schuldig is aan de verzwarende omstandigheden van het hoofdfeit diefstal naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Derde middel

20. Het middel voert schending aan van artikel 14.3.g IVBPR, artikel 6.1 EVRM, artikel 149 Grondwet en artikel 442sexies, §1, Wetboek van Strafvordering, evenals miskenning van het recht van verdediging: tot tweemaal toe overweegt het hof van assisen dat zowel naar de schuldvraag als naar de strafmaat het op dat punt vernietigde arrest van 27 november 1998 dient onderschreven te worden; door verwijzing naar de motieven van het deels vernietigde arrest verantwoordt het hof van assisen zijn beslissing niet naar recht en schendt het de grenzen van zijn saisine.

21. Artikel 442septies, §1, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat het gerecht waarnaar de zaak wordt verwezen, de beschuldigde of de beklaagde vrijspreekt of de vernietigde veroordeling bevestigt, behoudens vermindering van de door deze veroordeling opgelegde straf, indien daartoe grond bestaat.

Deze bepaling noch de in het middel als geschonden aangewezen verdrags- of wettelijke bepalingen verbiedt de verwijzingsrechter de oordeelkundige redengeving van de eerste rechter te hernemen en tot de zijne te maken voor zover niet strijdig met zijn eigen redengeving.

Het middel faalt naar recht.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

22. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

13 april 2010 – 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkluidende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. D. Martens, Gent.

2° KAMER - 14 april 2010

HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN)
— RECHTSPLEGING IN HOGER BEROEP - EENSTEMMIGHEID - VERLAAGDE
HOOFDGEVANGENISSTRAF - VERLENGD UITSTEL - VERHOOGDE GELDBOETE - UITSTEL INGETROKKEN
- EENSTEMMIGHEID NIET VEREIST

Het arrest dat de hoofdgevangenisstraf verlaagt maar de duur van het door de eerste rechter voor de gevangenisstraf verleende uitstel verlengt, dat de geldboete verhoogt en het door de eerste rechter voor de geldboete toegekende uitstel intrekt, vereist geen eenstemmigheid¹. (Art. 211bis, Sv.)

(C.)

ARREST (vertaling)

(AR P.09.1867.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 17 november 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan. Afdelingsvoorzitter Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

De eiser verwijt het arrest dat het artikel 211bis Wetboek van Strafvordering schendt door de straf te verzwaren die de eerste rechter tegen hem heeft uitgesproken, zonder vast te stellen dat die beslissing met eenparige stemmen van de leden van het gerecht in hoger beroep is genomen.

De correctionele rechtbank had de eiser tot vijftien maanden gevangenisstraf veroordeeld, met drie jaar uitstel voor het gedeelte dat de duur van de voorlopige hechtenis te boven gaat, alsook tot een geldboete van duizend euro, met dezelfde duur van uitstel voor dat volledige bedrag.

Met wijziging van die beslissing verlaagt het bestreden arrest de hoofdgevangenisstraf tot één jaar en brengt de duur van het uitstel dat aan die straf gekoppeld blijft, op vijf jaar, en de geldboete op tweeduizend euro zonder uitstel.

Wanneer het hof van beroep de door de rechtbank uitgesproken straf verlaagt maar het in eerste aanleg voor die straf verleende uitstel verlengt, moet het daarover geen beslissing nemen met eenparige stemmen van de leden van het gerecht.

Zo wordt de straf niet verzwared in de zin van artikel 211bis Wetboek van Strafvordering wanneer de verhoging van de geldboete en de opschorting van het uitstel dat ermee samenging, gepaard gaan met een vermindering van de hoofd-

¹ Zie Cass., 7 maart 1966, *Bull. en Pas.*, 1966, I, 870 en de verwijzingen daarin; Cass., 16 nov. 1971, *AC*, 1972, p. 261

gevangenisstraf.

De appelrechters dienden bijgevolg niet met eenparige stemmen uitspraak te doen.

Het middel faalt naar recht.

(...)

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

14 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. A. Château, Brussel.

Nr. 257

2° KAMER - 14 april 2010

1° INDEPLAATSSTELLING - STRAFZAKEN - BURGERLIJKE RECHTSVORDERING - GETROFFENE - RECHTSVORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR - ONDSCHIEDEN VORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR IN DE RECHTEN VAN DE GETROFFENE GESUBROGEERD

2° BURGERLIJKE RECHTSVORDERING - MISDRIJF - SCHADE - VORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - GETROFFENE - RECHTSVORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR - ONDSCHIEDEN VORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR IN DE RECHTEN VAN DE GETROFFENE GESUBROGEERD

3° VERJARING — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING — BURGERLIJKE VORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - MISDRIJF - SCHADE - GETROFFENE - RECHTSVORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR - ONDSCHIEDEN VORDERING - ARBEIDSONGEVALLENVERZEKERAAR IN DE RECHTEN VAN DE GETROFFENE GESUBROGEERD - GEVOLG

1° en 2° *De arbeidsongevallenverzekeraar die de strafrechter verzoekt de voor de schade aansprakelijke derde te veroordelen om hem de vergoeding terug te betalen die hij aan de getroffen dient uit te keren, oefent tegen die derde geen andere burgerlijke rechtsvordering uit dan die van de getroffen, maar oefent met een onderscheiden vordering de rechtsvordering van de getroffen zelf uit, in wiens rechten hij is gesubrogeerd*¹.(Art. 47, Arbeidsongevallenwet)

3° *Wanneer de rechter vaststelt dat de getroffen, de benadeelde subrogant, zich regelmatig, vóór het verval van de strafvordering burgerlijke partij heeft gesteld, beslist hij naar recht om de vordering van de arbeidsongevallenverzekeraar, die na de verjaring van de voormelde rechtsvordering als gesubrogeerde is tussengekomen, ontvankelijk te verk-*

laren. (Art. 47, Arbeidsongevallenwet)

(B. T. C. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.09.1868.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 27 november 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

Afdelingsvoorzitter Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

De eiser voert aan dat het arrest, door de regresvordering die de verweerster, arbeidsongevallenverzekeraar, tegen hem heeft ingesteld als aansprakelijke derde voor een ongeval op de weg naar en van het werk, ontvankelijk te verklaren, de artikelen 1249 Burgerlijk Wetboek, 17 Gerechtelijk Wetboek en 60 Arbeidsongevallenwet schendt.

Volgens het middel had de vordering van de verweerster niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat de verweerder, benadeelde subrogant, er geen belang bij heeft om een bedrag te eisen dat hem reeds door de verweerster was terugbetaald.

De eiser vermeldt niet waarom het arrest artikel 1249 Burgerlijk Wetboek schendt, volgens hetwelk de indeplaatsstelling bij overeenkomst of krachtens de wet geschiedt. Hij toont evenmin aan waarom het hof van beroep artikel 60 Arbeidsongevallenwet zou hebben geschonden. Die bepaling heeft betrekking op de tussenkomst en de subrogatie van het Fonds voor arbeidsongevallen als de werkgever niet verzekerd is of de verzekeraar in gebreke blijft en slaat dus op omstandigheden die geen verband houden met die welke het arrest opsomt.

In zoverre is het middel onduidelijk en niet ontvankelijk.

Voor het overige stelt het arrest vast dat de verweerster een vordering instelt die onderscheiden is van die welke de benadeelde heeft ingesteld, vermits eerstgenoemde de terugbetaling vordert van de uitgaven wegens arbeidsongeschiktheid en medische kosten, terwijl laatstgenoemde een vergoeding vordert voor de morele schade en de invaliditeit.

De appelrechters die aldus een onderscheid maken tussen de vorderingen en het voorwerp ervan, verwerpen naar recht de exceptie die is afgeleid uit het gebrek aan belang van de arbeidsongevallenverzekeraar, aangezien die exceptie louter is afgeleid uit de onduidelijkheid waaraan het arrest een eind maakt.

Het middel kan in zoverre niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

Artikel 47 Arbeidsongevallenwet staat de verzekeringonderneming toe om een rechtsvordering in te stellen tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke tot beloop van de aan de getroffene gedane uitkeringen tot herstel van de materiële schade die voortvloeit uit de vermindering van zijn arbeidsgeschiktheid. De verzekeraar kan die burgerlijke vordering instellen op dezelfde wijze als de getroffene of diens rechthebbenden en in de rechten worden gesubrogeerd die voormelden krachtens het gemeen recht hadden kunnen uitoefenen.

Wanneer een arbeidsongevallenverzekeraar het strafgerecht verzoekt de voor de schade aansprakelijke derde te veroordelen om hem de bedragen van de door hem voor die schade toegekende prestaties terug te betalen, oefent hij geen andere rechtsvordering uit dan die van de getroffene, maar oefent hij met een afzonderlijke vordering de rechtsvordering van de getroffene zelf uit, in wiens rechten hij met toepassing van het voormelde artikel 47 van rechtswege is gesubrogeerd.

Wanneer het bestreden arrest vaststelt de de benadeelde subrogant zich regelmatig, vóór het verval van de strafvordering, burgerlijke partij heeft gesteld, beslist het naar recht om de vordering van de gesubrogeerde, die na de verjaring van de voormelde vordering is ingesteld, ontvankelijk te verklaren.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

14 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. B. Lombart, Brussel.

Nr. 258

2° KAMER - 14 april 2010

STRAF — ANDERE STRAFFEN - BIJZONDERE VERBEURDVERKLARING - PERSOONLIJK
KARAKTER VAN DE STRAF - ALGEMEEN RECHTSBEGINSEL - GEVOLGEN - BEDRAG

Het bedrag van de bijzondere verbeurdverklaring mag niet groter zijn dan het bedrag dat het voorwerp uitmaakt van de telastlegging waarop de straf is gesteld'. (Artt. 42, 3°, 43bis, eerste lid, en 505, eerste lid, 3°, Sw.)

(B. T. A. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0255.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 12 januari 2010.

Raadsheer Benoît Dejemeppe heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

A. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de tegen de eiser ingestelde strafvordering

Ambtshalve aangevoerde middel: schending van de artikelen 42, 3°, 43bis, eerste lid, en 505, eerste lid, 3°, Strafwetboek, alsook miskenning van het algemeen rechtsbeginsel van het persoonlijk karakter van de straf

De eiser werd wegens een overtreding van artikel 505, eerste lid, 3°, Strafwetboek, schuldig verklaard aan het witwassen van een bedrag van 17.586 euro (telastlegging E.1). Het arrest beveelt, met name jegens hem en beide andere beklagden de bijzondere verbeurdverklaring van 80.905 euro, wat neerkomt op het totaal van de bedragen die het voorwerp uitmaken van de tegen hem bewezen verklaarde witwasmisdrijven en in zake van beide andere beklagden, die respectievelijk schuldig zijn verklaard aan de telastleggingen E.2 en E.3.

Met toepassing van de artikelen 42, 3°, en 43bis, eerste lid, Strafwetboek, en voorzover zij door het openbaar ministerie schriftelijk wordt gevorderd, kan de rechter de bijzondere verbeurdverklaring bevelen van de vermogensvoordelen die uit het misdrijf zijn verkregen, van de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en van de inkomsten uit de belegde voordelen. Het bedrag van de verbeurdverklaring mag evenwel niet groter zijn dan het bedrag dat het voorwerp uitmaakt van de telastlegging waarop de straf is gesteld.

Door ten laste van de eiser de verbeurdverklaring te bevelen van een bedrag dat hoger ligt dan 17.586 euro, schenden de appelrechters de voormelde bepalingen en miskennen zij het voormelde algemeen rechtsbeginsel.

Voor het overige zijn de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht genomen en is de beslissing overeenkomstig de wet geweest.

B. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissingen op de burgerlijke rechtsvorderingen van de verweerders tegen de eiser

De eiser voert geen middel aan.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het ten laste van de eiser een bedrag verbeurdverklaart dat 17.586 euro overschrijdt.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het ge-

deeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de eiser in negen tiende van de kosten van zijn cassatieberoep en laat het overige tiende ten laste van de Staat.

Zegt dat er geen grond is tot verwijzing.

14 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h; Dejemepe – *Gelijklopende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaten*: mrs. D. Tshibuabua Mbuyi, Brussel en A. Roobaert, Brussel.

Nr. 259

2° KAMER - 14 april 2010

ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - BIJZONDERE
OPSPORINGSMETHODEN OBSERVATIE EN INFILTRATIE - TOEZICHT - REGELMATIGHEID -
INVERDENKINGGESTELDE - VERHOOR - OPROEPING - TERMIJN - TERMIJN VAN TWEE WERKDAGEN

*De kamer van inbeschuldigingstelling die de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie onderzoekt, hoort de inverdenkinggestelde na kennisgeving, die laatstgenoemde ten laatste achtenveertig uur vóór de rechtszitting wordt gedaan; die termijn bedraagt twee werkdagen*¹. (Art. 235ter, §2, derde lid, Sv.)

(S.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0455.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling, van 18 februari 2010.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

Raadsheer Benoît Dejemepe heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

De kamer van inbeschuldigingstelling waarbij het openbaar ministerie de zaak op grond van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering aanhangig heeft gemaakt, heeft de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie onderzocht die in het kader van het opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek van de zaak werden aangewend.

¹ Het O.M. besloot tot verwerping. Het oordeelde dat het eerste middel niet kon worden aangenomen om de volgende redenen. Enerzijds werd, volgens de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, de oproepingstermijn nageleefd van achtenveertig uur vóór de rechtszitting, zoals die in artikel 235ter, §2, derde lid, Sv, is bepaald. Anderzijds, diende de kamer van inbeschuldiging, gelet op de weigering van de eiser om op de rechtszitting te verschijnen, de zaak niet te verdagen.

De eiser voert aan dat hij te laat voor de zitting werd opgeroepen en dat de kamer van inbeschuldigingstelling, door zijn verzoek tot uitstel niet in overweging te nemen, artikel 235ter, §2, derde lid, van het voormelde wetboek heeft geschonden.

Dat artikel bepaalt met name dat de kamer van inbeschuldigingstelling de in-verdenkinggestelde hoort na kennisgeving, die hem ten laatste achtenveertig uur vóór de zitting wordt gedaan, en waarbij de griffier hem ter kennis brengt dat het strafdossier tijdens deze periode op de griffie ter inzage ligt.

Daaruit volgt dat de bij wet opgelegde termijn twee werkdagen bedraagt.

Uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat de eiser op vrijdag 12 februari 2010, om 17 uur, in de strafinrichting waar hij is opgesloten, een bericht van vaststelling heeft ontvangen voor de zitting van maandag 15 februari 2010 om 9 uur.

Aangezien het dossier niet kan worden ingezien buiten de wettelijke openingsuren van de griffie, werd het in artikel 235ter, §2, derde lid, bepaalde voorschrift niet nageleefd.

Bijgevolg verantwoordt de kamer van inbeschuldigingstelling haar beslissing om het verzoek van de eiser tot uitstel niet in te willigen, niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Er is geen grond om acht te slaan op het tweede middel dat door de eiser is aangevoerd, daar het niet tot cassatie kan leiden in andere dan in de hierna gestelde bewoordingen.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de zaak van de eiser.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Laat de kosten ten laste van de Staat.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.

14 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dejemepe – *Andersluitende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal.

Nr. 260

1° KAMER - 15 april 2010

**1° VORDERING IN RECHTE - INSTELLING VAN DE VORDERING - VORM - BIJ
VERZOEKSCRIFT IN TE STELLEN HOOFDVORDERING - SAMENHANGENDE VORDERING - VORM**

2° INKOMSTENBELASTINGEN — ALGEMEEN - AANSLAG - BETWISTING - VORDERING

IN RECHTE - VORM - BIJ VERZOEKSCRIFT IN TE STELLEN HOOFDVORDERING - SAMENHANGENDE VORDERING - VORM

1° en 2° Indien de hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak voor de rechter kan worden gebracht, zoals dat het geval is inzake de geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet, kunnen de met deze hoofdvordering samenhangende vorderingen eveneens in dit verzoekschrift voor de rechter worden gebracht, ook al diende de samenhangende vordering bij dagvaarding te worden ingesteld¹. (Artt. 30, 569, eerste lid, 32°, 700 en 701, Ger.W.; Art. 1385decies, eerste lid, Ger.W.)

(R. en V. T. BELGISCHE STAAT, MINISTER VAN FINANCIËN)

Conclusie van advocaat-generaal Dirk THIJSS:

1. In deze zaak vorderden de eisers voor de fiscale rechter niet alleen de nietigverklaring van de door de fiscus voor de aanslagjaren 1994 en 1995 gevestigde vervangende aanslagen in de personenbelasting maar ook “*schadevergoeding wegens rechtsmisbruik*”.

In hun verzoekschrift op tegenspraak wordt hun eis tot schadevergoeding als volgt geformuleerd:

“Verzoekers wensen te worden vergoed voor de schade die zij in casu hebben geleden in de mate dat zij door verweerster werden verplicht een vordering in rechte in te stellen, niettegenstaande over de grond van de zaak reeds op definitieve en onherroepelijke wijze uitspraak werd gedaan bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 20 november 2001. In casu bezondigt de administratie zich aan rechtsmisbruik in de mate dat voor de aanslagjaren 1994 en 1995 een belastingverhoging werd ingekohierd, wat manifest in strijd is met het dictum van het voormeld arrest. De omstandigheid dat gedaagde een belastingverhoging blijft inkohieren, toont eens te meer de kwade trouw, dan wel de bedoeling om schade te berokkenen. Een en ander impliceert dat verzoekers door gedaagde worden verplicht om een procedure in rechte in te stellen. Verzoekers vragen om deze reden gedaagde te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding ex aequo et bono begroot op 2500 EUR.”

Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 2 oktober 2006, dat in graad van beroep bevestigd werd bij het thans bestreden arrest, werden de beide vorderingen van eisers onontvankelijk verklaard.

De appelrechters oordeelden, zoals de eerste rechter, dat de door eisers gestelde vordering tot schadevergoeding geen subsidiaire vordering is, maar een nevensgeschikte hoofdvordering, die had moeten worden ingeleid bij dagvaarding. Op die grond werd beslist dat niet enkel de vordering tot betaling van een schadevergoeding niet ontvankelijk was, maar ook de vordering strekkende tot vernietiging van de betwiste aanslagen in de personenbelasting.

2. Het eerste onderdeel van het enig middel tot cassatie verwijt het bestreden arrest zowel de hoofdvordering van eisers, met betrekking tot de toepassing van de belastingwet in de zin van artikel 569, eerste lid, 32°, Ger.W., als de vordering van eisers tot betaling van een schadevergoeding, gegrond op het tergend en/of roekeloos karakter van de proeshouding die verweerder ten aanzien van de eerstgenoemde vordering had ingenomen, niet ontvankelijk te hebben verklaard.

Volgens het bestreden arrest kunnen enkel de vorderingen die betrekking hebben op de toepassing van de belastingwet in de zin van artikel 569, eerste lid, 32°, Ger.W., alsook de vorderingen die in subsidiaire orde worden aangevoerd, regelmatig, op grond van artikel 1385decies Ger.W., bij verzoekschrift worden ingesteld.

Waar de vordering van eisers tot betaling van een schadevergoeding geen subsidiaire,

¹ Zie de conclusie van het O.M.

maar een nevensgeschikte hoofdvordering uitmaakte, kon deze vordering derhalve niet op ontvankelijke wijze bij verzoekschrift op tegenspraak worden ingesteld en konden beide vorderingen samen enkel bij dagvaarding worden ingeleid.

In het eerste onderdeel wordt het standpunt verdedigd dat een vordering tot betaling van een schadevergoeding, die niet subsidiair is aan de hoofdvordering, maar wel gegrond is op het tergend en/of roekeloos karakter van de proceshouding die de tegenpartij ten aanzien van de hoofdvordering heeft ingenomen, samen met die hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak kan worden ingeleid indien die hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak kan worden ingeleid.

Waar de hoofdvordering van eisers, die betrekking had op de toepassing van een belastingwet, regelmatig overeenkomstig artikel 1385decies van het Gerechtelijk Wetboek bij verzoekschrift kon worden ingeleid, kon ook de vordering van eisers tot betaling van een schadevergoeding, gegrond op het tergend en/of roekeloos karakter van de proceshouding die verweerder ten aanzien van die hoofdvordering had ingenomen, bijgevolg regelmatig bij datzelfde verzoekschrift worden ingeleid.

In zoverre het bestreden arrest beide vorderingen niet ontvankelijk verklaarde, miskende het bestreden arrest derhalve de artikelen 30, 569, eerste lid, 32°, 700, 701, 1034bis en 1385decies van het Gerechtelijk wetboek, aldus het eerste onderdeel.

3. Voorafgaandelijk weze opgemerkt dat eisers in hun voorziening bedoelde vordering tot schadevergoeding ten onrechte kwalificeren als een vordering gegrond op het tergend en roekeloos karakter van de *proceshouding* van de verwerende partij. Het gaat hier niet om een vordering inzake tergend of roekeloos geding maar eerder om een klassieke aansprakelijkheidsvordering gesteund op feiten *die het proces voorafgingen*: de overheid had niet het recht om de belasting opnieuw in te kohieren na een eerdere ontheffing van de aanslag ingevolge een beslissing van het Hof van Beroep.

De vordering tot het bekomen van schadevergoeding is in casu geen subsidiaire vordering zodat de leer van het cassatiearrest van 8 januari 2004 er in beginsel (cfr. infra sub 10 en 11) niet kan op worden toegepast. Uw Hof besliste in dat arrest dat “*wanneer op grond van een daartoe strekkende bepaling een rechtsgeding regelmatig wordt ingeleid bij een verzoekschrift op tegenspraak, de eiser voor het geval deze hoofdvordering niet zou worden ingewilligd, in deze akte van rechtsingang tevens een subsidiaire vordering kan instellen, ook al diende zij als hoofdvordering bij dagvaarding te worden ingesteld*”. In dat arrest verwees Uw Hof niet naar artikel 701 van het Gerechtelijk wetboek of naar het vereiste van samenhang om de combinatie van vorderingen in een tegensprekelijk verzoekschrift mogelijk te maken (zie over dit arrest de bijdrage van S. MOSSELMANS, “Het instellen van verscheidene vorderingen bij een zelfde verzoekschrift, wanneer de wet het slechts met betrekking tot één of bepaalde van die vorderingen toelaat”, noot onder Cass. 8 jan. 2004, *T. Vred.* 2004, 338 e.v.).

4. Overeenkomstig artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals van kracht voor de wijziging ervan bij Wet van 26 april 2007, worden hoofdvorderingen bij dagvaarding, door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot, voor de rechter gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en inzake de rechtspleging op verzoekschrift.

De inleiding bij dagvaarding is de algemene regel, terwijl de inleiding bij contradictoir verzoekschrift de uitzondering is waarvan slechts gebruik kan worden gemaakt wanneer de wet dat uitdrukkelijk toestaat of voorschrijft (LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., Handboek Gerechtelijk Recht, Antwerpen, Intersentia, 2008, 356-357, nr. 735).

5. Het voorschrift dat vorderingen bij dagvaarding moeten worden ingeleid, behoudens afwijkende bepaling, betreft een regel van rechterlijke organisatie waarop de artikelen 860

en 861 Ger.W. niet van toepassing zijn (Cass. 27 mei 1994, AC, 1994, nr. 270).

Wanneer een vordering bij dagvaarding wordt ingeleid, terwijl de wet de gedinginleiding bij verzoekschrift voorschrijft, zal dit bijgevolg niet leiden tot de niet ontvankelijkheid van deze vordering, precies omdat de inleiding bij dagvaarding de regel is (Cass. 1 okt. 1990, AC, 1990-91, 111).

Het omgekeerde geldt daarentegen niet: een vordering die bij dagvaarding moet worden ingeleid, zal niet ontvankelijk zijn wanneer zij wordt ingeleid bij verzoekschrift.

6. In het hoger geciteerd arrest van 8 januari 2004 milderde Uw Hof voormelde algemene regel in die zin dat wanneer op grond van een daartoe strekkende bepaling een rechtsgeding regelmatig wordt ingeleid bij een verzoekschrift op tegenspraak, de eiser, voor het geval deze hoofdvordering niet zou worden ingewilligd, in deze akte van rechtsingang tevens een subsidiaire vordering kan instellen, ook al diende zij als hoofdvordering bij dagvaarding te worden ingesteld (AC, 2004, nr. 5).

De klemtoon ligt hierbij op het "in hoofdorde" instellen van de vordering die krachtens een wettelijke bepaling bij verzoekschrift kan worden ingesteld, en het «in ondergeschikte orde» instellen van een andere vordering, die eigenlijk bij dagvaarding had moeten worden ingeleid (MOSELMANS, S., "Het instellen van verscheidene vorderingen bij een zelfde verzoekschrift, wanneer de wet het slechts met betrekking tot één of bepaalde van die vorderingen toelaat", noot bij Cass. 8 jan. 2004, T.Vred., 2004, 346).

Een hoofdvordering is, luidens artikel 12 Ger.W., een inleidende vordering die een rechtsgeding opent.

Een subsidiaire vordering is een vordering die slechts wordt ingeleid voor het geval dat de hoofdvordering wordt verworpen (FETTWEIS, A., Manuel de procédure civile, Luik, 1985, 100, nr. 93).

7. Voorgaande afzwakking van de algemene regel dat een vordering in beginsel bij dagvaarding moet worden ingeleid, kan niet worden doorgetrokken naar de situatie waarin de eiser verscheidene hoofdvorderingen wenst in te leiden bij éénzelfde verzoekschrift, terwijl de wet het slechts voor één van die hoofdvorderingen toelaat: deze gedinginleidende akte zal in zijn geheel niet ontvankelijk zijn (MOSELMANS, S., l.c., 345-346).

Anders dan voor subsidiaire vorderingen, blijft voor hoofdvorderingen immers de algemene regel gelden dat zij bij dagvaarding moeten worden ingeleid, tenzij de wet uitdrukkelijk toelaat hiervan af te wijken.

8. Luidens artikel 701 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen verscheidene vorderingen tussen twee of meer partijen, indien zij samenhangend zijn, bij éénzelfde akte worden ingesteld.

Overeenkomstig artikel 30 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen vorderingen als samenhangende zaken worden behandeld wanneer zij onderling zo nauw met elkaar zijn verbonden dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

9. In zijn memorie van antwoord stelt de Belgische Staat de regel voorop dat *“wanneer tussen verschillende hoofdvorderingen, waarvan minstens één bij dagvaarding moet worden ingeleid, samenhang bestaat, niet kan worden afgeweken van de gemeenschappelijke wijze van inleiding bij dagvaarding en zullen alle hoofdvorderingen samen slechts op die wijze kunnen worden ingeleid.”*

De artikelen 30 en 701 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen volgens verweerder immers geen afbreuk doen aan de regel van rechterlijke organisatie, vervat in artikel 700 van dat wetboek, zelfs wanneer het wenselijk zou zijn om twee verschillende hoofdvorderingen samen te behandelen en berechten.

Bij samenhang, zo wordt geargumenteed, zullen alle hoofdvorderingen derhalve slechts bij éénzelfde verzoekschrift kunnen worden ingeleid indien de wet voor elk van die hoofdvorderingen die wijze van inleiding voorziet.

Van zodra één van de hoofdvorderingen niet bij verzoekschrift kan worden ingesteld, rest enkel de mogelijkheid om de samenhangende hoofdvorderingen bij dagvaarding in te leiden.

Het instellen van een hoofdvordering samen met een subsidiaire vordering is volgens verweerder daarentegen vreemd aan het concept ‘samenhang’ zodat uit het arrest van 8 januari 2004 geen argumenten zouden kunnen worden geput tot staving van het standpunt dat wanneer de hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak kan worden ingediend, de met deze hoofdvordering samenhangende vordering eveneens bij datzelfde verzoekschrift kan worden ingeleid, ook al diende deze samenhangende vordering bij dagvaarding te worden ingeleid (MOSELMANS, S., l.c., 346, nr. 9).

10. De argumentatie die verweerder aldus ontwikkelt gaat, zoals het bestreden arrest overigens, voorbij aan de precieze relatie van de door eisers ingestelde vordering tot schadevergoeding tot de fiscale hoofdvordering strekkende tot vernietiging van de bewuste aanslagen in de personenbelasting.

De appelrechters stellen in het bestreden arrest terecht vast dat “*de vordering tot schadevergoeding niet beschouwd (kan) worden als een subsidiaire vordering. Zij vorderen immers geen schadevergoeding indien de rechter de vordering tot vernietiging van de aanslagen afwijst, doch zij vorderen een schadevergoeding indien de vordering tot vernietiging van de aanslagen gegrond wordt verklaard.*” (bestreden arrest, 4^{de} blad, tweede alinea).

Uit deze laatste vaststelling blijkt dat het lot van de door eisers ingestelde vordering afhangt van de beoordeling van hun fiscale hoofdvordering, zodat het duidelijk een aan deze hoofdvordering ondergeschikte vordering betrof.

De appelrechters zijn er m.i. dan ook ten onrechte van uitgegaan dat “*deze vordering (dient) beschouwd te worden als een nevenschikte hoofdvordering*” (arrest, 4^{de} blad, derde alinea)

11. Vanuit de logica die verwoord wordt in het voormeld arrest van Uw Hof van 8 januari 2004 wat betreft de ‘subsidiaire’ vordering – welke eveneens een vordering is die afhangt van het lot van de hoofdvordering – kan m.i. als principe worden vooropgesteld dat indien de (fiscale) hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak voor de rechter kan worden gebracht, de met deze hoofdvordering samenhangende ondergeschikte vorderingen eveneens in dat verzoekschrift kunnen worden geformuleerd, ook al betreft het vorderingen die op zichzelf beschouwd in beginsel bij dagvaarding dienen te worden ingesteld.

Eisers voeren dan ook terecht aan dat, nu de hoofdvordering die betrekking had op de toepassing van een belastingwet in de zin van artikel 569, eerste lid, 32^o van het Gerechtelijk Wetboek regelmatig bij verzoekschrift kon worden ingesteld op grond van artikel 1385decies van dat wetboek, de aan deze hoofdvordering ‘*ondergeschikte*’ vordering tot betaling van een schadevergoeding samen met die hoofdvordering kon worden ingesteld in het verzoekschrift op tegenspraak.

Het onderdeel komt mij dan ook gegrond voor.

Besluit: VERNIETIGING.

ARREST

(AR F.09.0068.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 28 oktober 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt er deel van uit.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens de artikelen 700 en 701 Gerechtelijk Wetboek worden hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift, en kunnen verscheidene vorderingen tussen twee of meer partijen bij een zelfde akte worden ingesteld indien zij samenhangend zijn.

Krachtens artikel 30 van hetzelfde wetboek kunnen rechtsvorderingen als samenhangende zaken worden behandeld, wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

2. Uit de samenhang van voormelde wetsbepalingen volgt dat indien de hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak voor de rechter kan worden gebracht, de met deze hoofdvordering samenhangende vorderingen eveneens in dit verzoekschrift voor de rechter kunnen worden gebracht, ook al diende de samenhangende vordering bij dagvaarding te worden ingesteld.

Dit geldt eveneens voor de vorderingen inzake de geschillen bedoeld in artikel 569, eerste lid, 3^o, die krachtens artikel 1385decies, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek worden ingesteld bij verzoekschrift op tegenspraak, en waarop krachtens het tweede lid van die wetsbepaling Titel *Vbis* van boek II van het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek, met uitzondering van artikel 1034ter, 3^o, en artikel 1034quater, van toepassing is.

3. De appelrechters die oordelen dat de vorderingen in hun geheel bij dagvaarding dienden te worden ingeleid vermits de vordering tot schadevergoeding eveneens een hoofdvordering is en dat de eerste rechter terecht alle vorderingen van de eisers onontvankelijk heeft verklaard, schenden de in het middel aangehaalde wetsbepalingen.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op het kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Brussel.

15 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Jocqué – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist en De Bruyn.

Nr. 261

1^o KAMER - 16 april 2010

1^o BEVOEGDHEID EN AANLEG — INTERNATIONALE BEVOEGDHEID -

BEVOEGDHEID VAN DE BELGISCHE RECHTSCOLLEGES - VERBINTENIS UIT EEN MISDRIJF OF EEN ONEIGENLIJK MISDRIJF - PLAATS VAN ONTSTAAN

2^o AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — ALLERLEI (INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT. AARD VAN DE WET. ENZ) -

BEVOEGDHEID EN AANLEG - INTERNATIONALE BEVOEGDHEID - BEVOEGDHEID VAN DE BELGISCHE RECHTSCOLLEGES - VERBINTENIS UIT EEN MISDRIJF OF EEN ONEIGENLIJK MISDRIJF - PLAATS VAN ONTSTAAN

1^o en 2^o De plaats waar een verbintenis uit een misdrijf of een oneigenlijk misdrijf is ontstaan is ofwel de plaats waar de schadeveroorzakende daad is verricht ofwel de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan¹. (Art. 635, 3^o, Ger.W.)

(D. T. RAYMOND JAMES & ASSOCIATES INC., vennootschap naar Amerikaans recht e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.08.0317.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen de arresten, op 29 september 2006 en 20 september 2007 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert drie middelen aan. Het eerste luidt als volgt:

Geschonden wettelijke bepaling

- artikel 635, 3^o, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het van kracht was voor de opheffing ervan door artikel 139, 8^o, van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht.

Aangevochten beslissingen

¹ Zie concl. O.M., AR C.08.0317.F, *Pas.*, 2010, nr..261.

Het eerste bestreden arrest van 29 september 2006 beslist dat "gelet op wat voorafgaat, de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering (van de eiser) niet in België is ontstaan in de zin van artikel 635 van het Gerechtelijk Wetboek" en dat "de rechter, om uit te maken of de Belgische rechtscolleges internationaalrechtelijk bevoegd zijn, nog moet nagaan of die verbintenis in België uitgevoerd is of moet worden". Alvorens verder uitspraak te doen "beveelt het de heropening van het debat op de zitting van 27 oktober 2006 om 9 uur (tussendatum) teneinde de partijen in staat te stellen nadere toelichting te verstrekken over de inhoud van het recht van de staat Florida (Verenigde Staten), inzonderheid over de vraag of een schuldvordering die betrekking heeft op een vergoeding, draagbaar dan wel haalbaar is". Het beslist aldus om de volgende redenen:

"8. (De eiser) grondt zijn rechtsvordering ten aanzien van (de eerste verweerster) op de culpa in contrahendo, namelijk op de omstandigheden waarin (de eerste verweerster) besloten heeft om de onderhandelingen af te breken die de partijen voerden met het oog op de opening van een (Raymond James Benelux) kantoor Raymond James Benelux te Brussel.

9. (De eerste verweerster) en de (tweede verweerster) werpen de exceptie op dat de Belgische rechtscolleges internationaalrechtelijk niet bevoegd zijn.

10. (De eiser) voert aan dat hij als slachtoffer van een onrechtmatige daad, krachtens artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek en krachtens artikel 5.3 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968, beschikt over de mogelijkheid om (de eerste verweerster) te dagvaarden ofwel voor het rechtscollege van de plaats waar de onrechtmatige daad is begaan, ofwel voor dat van de plaats waar de schade is ontstaan.

13. (De eiser) grondt de bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges op artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek (opgeheven door artikel 139, 8°, van de wet van 16 juli 2004) en voert daartoe de volgende argumenten aan:

- de onrechtmatige daad van (de eerste verweerster) hangt hier samen met de omstandigheden waarin zij de tussen de partijen aan de gang zijnde onderhandelingen heeft afgebroken en niet met de beslissing om de onderhandelingen af te breken zoals de eerste rechter ten onrechte oordeelt;

- de omstandigheden waarin (de eerste verweerster) besloten heeft de onderhandelingen tussen de partijen af te breken zodat die beslissing onrechtmatig werd, hebben zich voorgedaan in België en meer bepaald te Brussel. Daarom zijn de Belgische hoven en rechtbanken bevoegd.

14. Artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat 'vreemdelingen, hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, voor de rechtbanken van het rijk kunnen worden gedagvaard, (...) indien de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering, in België ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden'.

Het wordt niet betwist dat artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek betrekking heeft op rechtsvorderingen betreffende overeenkomsten, misdrijven en oneigenlijke misdrijven en dat bijgevolg de term verbintenis alle soorten van verbintenissen omvat, ongeacht of zij ontstaan uit een contract, een oneigenlijk contract, een misdrijf of een oneigenlijk misdrijf (R. Vander Elst en M. Weser, *Droit international privé belge*, II, p. 431).

Artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek slaat dus ook op de verbintenis tot vergoeding van de schade die is ontstaan uit het zogeheten oneigenlijk misdrijf van (de eerste verweerster).

15. Volgens (de eiser) moet artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek worden geïnterpreteerd in dezelfde zin als artikel 624, 2°, van hetzelfde wetboek. Hierdoor zou hij zich tot de Belgische rechtscolleges kunnen wenden, zowel ingeval de onrechtmatige daad in België is gepleegd als ingeval de schade zich op het Belgisch grondgebied heeft voor-

gedaan.

De analogie tussen beide artikelen mist nochtans elke grond, daar de motieven waarop de regels inzake de nationale bevoegdheid steunen niet overeenstemmen met die welke aan de basis liggen van de wetten op de internationaalrechtelijke bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges.

16. Gelet op het bepaalde in artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek kan niet 'de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' als grondslag dienen voor de bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges ten aanzien van vreemdelingen, zoals (de eiser) ten onrechte beweert, maar de plaats waar de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering (van de eiser) ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden.

17. De litigieuze verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering (van de eiser), strekt tot vergoeding van schade ten gevolge van een fout van (de eerste verweerster).

De buitencontractuele burgerrechtelijke aansprakelijkheid berust op een rechtsfeit, meer bepaald op een fout, en niet op de schade die slechts het gevolg ervan is of in het verlengde ervan ligt. De schade maakt het mogelijk de omvang van de verbintenis tot herstel te beoordelen, maar vormt er niet de bron van.

Bij misdrijven of oneigenlijke misdrijven ontstaat de verbintenis tot herstel van de schade op de plaats waar de schadeveroorzakende daad is verricht (R. Vander Elst en M. Weser, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, II, *Conflits de juridiction*, Brussel, 1985, p. 432; N. Watté, 'Les règles belges de conflits de juridictions en matière de réparation des accidents routiers', *RGAR*, 1976, nr. 9613).

Het feit dat :

- de onderhandelingen door (de eerste verweerster) zijn voortgezet waardoor zij voordeel had kunnen halen uit de door (de eiser) aan haar verstrekte contacten en gegevens, alsook van diens voorbereidend werk;

- (de eiser) in België verschillende personen aan (de eerste verweerster) heeft voorgesteld waardoor hij in contact is kunnen komen met de verantwoordelijke van de Commissie voor het bank- en financiewezen;

- België het land is waar (de eiser) de passende initiatieven heeft genomen om de mogelijke juridische problemen rond het project te onderzoeken en op te lossen;

- België het land is waar (de eiser) de juridische en financiële structuur van het toekomstige kantoor Raymond James Benelux te Brussel heeft uitgedokterd;

- (de eiser) de komst van (de eerste verweerster) naar België actief heeft voorbereid;

- (de eerste verweerster) beweerd heeft geen interesse meer te hebben voor het project (van de eiser) maar vijf maanden later buiten diens weten een Raymond James kantoor heeft geopend te Brussel;

maakt het weliswaar mogelijk te oordelen of de beslissing om de besprekingen af te breken al dan niet een fout oplevert, maar mag niet worden verward met de fout zelf, die, gelet op het geheel van de door (de eiser) neergelegde stukken, met name de ingebrekestelling die zijn raadsman op 18 oktober 1995 gezonden heeft aan (de eerste verweerster), erin bestaat dat de onderhandelingen tussen de partijen bruusk werden afgebroken.

Het hof (van beroep) merkt immers bij de lectuur van die ingebrekestelling op dat de raadsman (van de eiser) op 18 oktober 1995 aan (de eerste verweerster) het volgende bericht heeft gestuurd: 'Under such circumstances, it is neither ethically or legally admissible that RJ has suddenly left my client aside' (vertaling: 'In die omstandigheden is het zowel vanuit ethisch als juridisch oogpunt ontoelaatbaar dat RJ mijn cliënt plots heeft laten vallen').

Bovendien vordert (de eiser) in het dispositief van zijn appelverzoekschrift en in zijn

verschillende appelconclusies de betaling van een vergoeding 'voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van zijn wederrechtelijke uitwinning (...) van het project om een kantoor Raymond James Benelux te openen te Brussel' (...), wat de idee kracht bijzet dat de aan (de eerste verweerster) verweten schadeveroorzakende handeling erin bestaat dat zij de onderhandelingen die tussen de partijen aan de gang waren, bruusk heeft afgebroken.

18. Uit de chronologie van de feiten, zoals die blijkt uit de neergelegde brieven en door (de eiser) wordt uiteengezet in zijn aanvullende en samenvattende conclusie volgt dat de besprekingen zijn afgebroken in het eerste semester van 1995, hetzij de periode waarin (de eerste verweerster) geen interesse meer toonde voor de realisatie van het project in verband met het makelaarskantoor.

In dat verband is het nuttig te herinneren aan de volgende feiten:

- op 1 februari 1995 heeft (de eerste verweerster) de licentie 'Series 7' ('stock registration') (van de eiser) beëindigd;

- naar aanleiding van de belangstelling die (de eiser) toonde voor deelname aan de jaarlijkse conferentie van (de eerste verweerster) in Florida, richtte mev. F. (bediende van (de eerste verweerster) een faxbericht (aan de eiser) met de mededeling: 'Wij zouden uw deelname aan onze conferentie erg op prijs stellen; Ik weet niet zeker of die conferentie voor u nuttig zal zijn (...); het huidige streefdoel voor Brussel is geen makelaarskantoor maar de verkoop van RJ-diensten voor vermogensbeheer';

- dezelfde dag zond (de eiser) per fax inlichtingen van de Commissie voor het bank- en financiewezen over de oprichting van een vennootschap voor vermogensbeheer in België aan (de eerste verweerster); mev. F. antwoordde hierop dat (de eerste verweerster) niet van plan was om een kantoor voor vermogensbeheer in België te openen maar wel zinnens was een marketingkantoor te openen om de producten van het vermogensbeheer van de firma aan de man te brengen, waarop (de eiser) antwoordde met het verzoek aan (de eerste verweerster) om opheldering over haar standpunt over de opening van een makelaarskantoor te Brussel;

- op 15 maart 1995, na zijn bezoek aan Florida, richtte (de eiser) zich opnieuw tot de hr. E., aangestelde van (de eerste verweerster) met de woorden: 'W. heeft mij gisteren opgebeld en sterk het nut beklemtoond om binnen afzienbare tijd met H.d.L. contact op te nemen voor een afspraak';

- op 21 maart 1995 verklaarde de hr. E. dat hij 'verveeld zat' met de poging van (de eiser) om een van zijn effectenmakelaars die voor het kantoor te Genève werkte, aan te trekken;

- (de eiser) kreeg vervolgens het bericht dat hij geen 'commodity broker' meer was bij (de eerste verweerster) op 21 april 1995.

Die feiten tonen duidelijk aan dat (de eerste verweerster) geen interesse meer had voor de realisatie van het project voor het makelaarskantoor. Dat werd bovendien bevestigd tijdens een telefoongesprek van 24 mei 1995 tussen (de eiser) en de hr. E. waarbij laatstgenoemde (de eiser) ervan op de hoogte bracht dat hij het project voor een 'makelaarskantoor' te Brussel definitief had opgegeven (...).

19. De culpa in contrahendo van (de eerste verweerster) is begaan op het grondgebied van de Verenigde Staten, meer bepaald in Florida, daar de bruuske stopzetting van de besprekingen alleen kan hebben plaatsgevonden op de zetel van (de eerste verweerster), aangezien geen van de leidinggevende personen of makelaars van (de eerste verweerster) tijdens het eerste semester van 1995 naar België gekomen is om te praten over een mogelijke samenwerking met (de eiser).

20. Gelet op het bovenstaande is de verbintenis die aan diens vordering ten grondslag ligt, niet ontstaan in België in de zin van artikel 635 van het Gerechtelijk Wetboek.

Om uit te maken of de Belgische rechtscolleges internationaalrechtelijk bevoegd zijn, moet de rechter nog nagaan of die verbintenis in België uitgevoerd is of moet worden".

Het tweede bestreden arrest van 20 september 2007 "zegt voor recht dat de Belgische rechtscolleges territoriaal niet bevoegd zijn om kennis te nemen van het principaal beroep en de incidentele beroepen", na het volgende te hebben beslist:

"Internationaalrechtelijke bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges.

Het hof (van beroep) verwijst naar wat reeds is uiteengezet in zijn tussenarrest van 29 september 2006, inzonderheid naar het volgende:

- artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat 'vreemdelingen, hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, voor de rechtbanken van het rijk kunnen worden gedagvaard (...), indien de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering, in België ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden".

- de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering (van de eiser) is niet in België ontstaan in de zin van artikel 635 van het Gerechtelijk Wetboek.

Om uit te maken of de Belgische rechtscolleges internationaalrechtelijk bevoegd zijn, moet de rechter nog nagaan of die verbintenis in België uitgevoerd is of moet worden".

Grieven

Artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, voor de opheffing ervan door artikel 139, 8°, van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, luidde als volgt: "Vreemdelingen kunnen hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, worden gedagvaard voor de rechtbanken van het rijk, (...) indien de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering, in België ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden".

Het Gerechtelijk Wetboek omschrijft de plaats niet waar de verbintenissen zijn ontstaan.

Bij oneigenlijke misdrijven kan de plaats waar de verbintenis is ontstaan worden omschreven, ofwel als de plaats waar het schadeveroorzakend feit, te deze de fout, is begaan ofwel als de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan.

Bij oneigenlijke misdrijven gaf artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek de eiser dus het recht om de verweerder te dagvaarden voor de Belgische rechtscolleges, ofwel ingeval de fout in België begaan was, ofwel ingeval de schade daar was opgetreden.

Te dezen beslist het hof van beroep dat niet de schade maar de fout de bron van de buitencontractuele burgerrechtelijke aansprakelijkheid was en dat, aangezien de fout niet in België was begaan, de verbintenis tot herstel niet in België was ontstaan in de zin van artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Het hof van beroep dat beslist dat alleen de plaats van de fout het criterium was om uit te maken of de Belgische rechtscolleges bevoegd waren om kennis te nemen van de rechtsvordering tot vaststelling van de aansprakelijkheid voor een oneigenlijk misdrijf, die de eiser had ingesteld op grond van artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, met uitsluiting van de plaats van de schade, schendt derhalve artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, te dezen van toepassing, bepaalt dat vreemdelingen, hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, voor de rechtbanken van het rijk kunnen worden gedagvaard, indien de verbintenis die

ten grondslag ligt aan de vordering, in België ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden.

Krachtens die bepaling is de plaats waar een verbintenis uit een misdrijf of een oneigenlijk misdrijf is ontstaan ofwel de plaats waar de schadeveroorzakende daad is verricht ofwel de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan.

Het bestreden arrest van 29 september 2006 beslist derhalve niet wettig dat de verbintenis tot herstel van de schade bij misdrijven of oneigenlijke misdrijven uitsluitend ontstaat op de plaats waar de schadeveroorzakende handeling is verricht.

Het middel is gegrond.

De vernietiging van het bestreden arrest van 29 september 2006 leidt tot de vernietiging van het arrest van 20 september 2007 dat daarvan het gevolg is.

De overige grieven

Er bestaat geen grond tot onderzoek van het tweede en het derde middel die niet tot ruimere cassatie kunnen leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest van 29 september 2006, behalve in zoverre het de incidentele beroepen ontvankelijk verklaart.

Vernietigt het arrest van 20 september 2007.

Beveelt dat van het arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest en van het nietig verklaarde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daarover aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Luik.

16 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Fettweis – *Andersluidende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Van Ommeslaghe en Foriers.

Nr. 262

1^o KAMER - 16 april 2010

1^o CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — BELANG - HOF VAN BEROEP - FEITELIJKE SCHEIDING - VORDERING TOT ECHTSCHEIDING - RECHT OP EEN ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHEIDING - VORDERING TOT OMKERING VAN HET VERMOEDEN, VASTGELEGD IN HET VROEGER ARTIKEL 306 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK - DE EISER VORDERT DE ONMIDDELIJKE TOEPASSING VAN DE NIEUWE WET - BESLISSING WAARBIJ DE VORDERING VAN DE EISER WORDT VERWORPEN - BESLISSING DIE DE EISER BENADEELT - ONTVANKELIJKHEID

2^o ECHTSCHEIDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED — GEVOLGEN T.A.V. DE PERSONEN — T.A.V. DE ECHTGENOTEN - FEITELIJKE SCHEIDING - VORDERING TOT ECHTSCHEIDING - RECHT OP EEN ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHEIDING - NIEUWE WET - TOEPASSING IN DE TIJD

3^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - TOEPASSING IN DE TIJD - ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED - GEVOLGEN T.A.V. DE PERSONEN - ECHTGENOOT - FEITELIJKE SCHEIDING - VORDERING TOT ECHTSCHIEDING - RECHT OP EEN ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHIEDING - NIEUWE WET

1^o *Aangezien de eiser, hoewel hij in zijn conclusie voor het hof van beroep had gezegd dat de nieuwe wet van 27 april 2007 onmiddellijk moest worden toegepast, het hof van beroep niettemin gevraagd heeft voor recht te zeggen dat de echtscheiding uiteindelijk noch tegen de ene noch tegen de andere van de gewezen echtgenoten is uitgesproken, heeft hij er belang bij om kritiek te uiten op de beslissing waarbij zijn vordering die ertoe strekt het in het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek vastgelegde vermoeden om te keren, niet gegrond verklaard wordt, waaruit volgt dat hij beschouwd wordt als de echtgenoot tegen wie de echtscheiding wordt uitgesproken¹.*

2^o en 3^o *Het arrest dat heeft vastgesteld dat de vordering tot echtscheiding is ingesteld voor 1 september 2007 en vervolgens beslist dat het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek te dezen niet van toepassing is en dat de vordering tot omkering van het vermoeden die de eiser heeft gegrond op hetzelfde vroegere artikel 306, geen steun meer vindt in het recht en niet gegrond moet worden verklaard, schendt artikel 42, §2, tweede lid, en §3, van de wet van 27 april 2007². (Art. 42, §2, tweede lid, en §3, Wet 27 april 2007)*

(D. T. C.)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0084.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 18 maart 2008 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

Raadshoer Alain Simon heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert een middel aan

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 42, §2, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding;

- de artikelen 2, 6, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;

- de artikelen 232, eerste lid, 302, §1, en 306 van het Burgerlijk Wetboek, zoals zij van kracht waren voor de opheffing of de vervanging ervan bij voormelde wet van 27 april 2007.

Aangevochten beslissingen

Het arrest "verklaart het principaal beroep van (de verweerster) gegrond in de hierna bepaalde mate, doet het beroepen vonnis teniet in zoverre het voor recht zegt dat (de eiser) het bij het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ingevoerde vermoeden dat de echtscheiding aan hem te wijten is gedeeltelijk omkeert, bevestigt dat vonnis voor het overige, verklaart het incidenteel beroep (van de eiser) niet gegrond en verrekenet de door

¹ Zie concl. O.M., AR C.09.0084.F, *Pas.*, 2010, nr.262.

² *Ibid.*

de partijen in beide aanleggen gemaakte kosten tussen hen". Het beslist aldus op grond dat "thans de vraag rijst of het hof (van beroep) de nieuwe echtscheidingsregels die bij de wet van 27 april 2007 zijn ingevoerd al dan niet op deze procedure moet toepassen;

De partijen gaan akkoord om de nieuwe wet die op 1 september 2007 in werking getreden is, als onmiddellijk van toepassing te beschouwen;

Bijgevolg zijn zij van oordeel dat het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek niet meer van toepassing is;

Uit het voorgaande volgt dat deze, op de vroegere wet gebaseerde procedure geen steun meer vindt in het recht, zodat de vordering tot omkering van het bij het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ingevoerde vermoeden niet gegrond moet worden verklaard;

Wat de kosten betreft acht het hof (van beroep) het wegens de hoedanigheid van de partijen wenselijk de kosten over hen om te slaan".

Grieven

Eerste onderdeel

Het arrest beslist dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake echtscheiding, zoals die bestonden voor de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, inzonderheid het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, niet meer van toepassing zijn op het geschil.

Artikel 42, §§2 en 3, van voormelde wet van 27 april 2007 luidt evenwel als volgt: "de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van hetzelfde Wetboek blijven van toepassing op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid voor de inwerkingtreding van deze wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken.

Het recht op levensonderhoud na echtscheiding blijft bepaald door het bepaalde in de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* van hetzelfde Wetboek, onverminderd het bepaalde in de §§3 en 5.

Indien de echtscheiding werd uitgesproken voor de inwerkingtreding van deze wet, overeenkomstig de vroegere artikelen 229, 232 en 232 van hetzelfde Wetboek, blijft het in artikel 301 van hetzelfde Wetboek bepaalde recht op een uitkering verworven of uitgesloten krachtens de vroegere wettelijke voorwaarden".

Aangezien de vordering tot echtscheiding is ingesteld voor 1 september 2007, datum van inwerkingtreding van de wet van 27 april 2007, moest het vonnis van 16 december 2004 de echtscheiding uitspreken op grond van het vroegere artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, wat het ook gedaan heeft.

Het recht op levensonderhoud bleef evenwel geregeld door het bepaalde in de vroegere artikelen, met name, in de vroegere artikelen 301 en 306 van het Burgerlijk Wetboek (het in het middel aangegeven artikel 42, §2, tweede lid, en §3, van de wet van 27 april 2007).

Daaruit volgt dat het arrest dat het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek te dezen niet van toepassing acht en dat bijgevolg beslist dat de vordering tot omkering van het vermoeden, die de eiser op grond van dat vroegere artikel 306 heeft ingesteld, geen steun meer vindt in het recht en ongegrond moet worden verklaard,

1° de overgangsbepalingen van de wet van 27 april 2007 schendt (schending van het in het middel vermelde artikel 42, inzonderheid §2, tweede lid, en §3, van de wet van 27 april 2007);

2° de vroegere artikelen 301, §1 en 306 van het Burgerlijk Wetboek schendt door ze buiten toepassing te laten, hoewel zij krachtens de bovenvermelde overgangsbepalingen van toepassing waren.

Tweede onderdeel

Het arrest grondt zijn beslissingen op de overweging dat "de partijen akkoord gaan om de nieuwe wet die op 1 september 2007 in werking getreden is, als onmiddellijk van toepassing te beschouwen;

Bijgevolg zijn zij van oordeel dat het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek niet meer van toepassing is".

Zowel de overgangsbepalingen in artikel 42 van de wet van 27 april 2007 als die inzake het onderhoudspensioen na echtscheiding raken evenwel de openbare orde en, naar luid van artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek, kan aan de wetten die de openbare orde raken, door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan.

Bijgevolg heeft het arrest de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet van 27 april 2007 en bijgevolg de niet-toepasselijkheid van het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek niet wettig kunnen gronden op het desbetreffende akkoord van de partijen (schending van artikel 6, de vroegere artikelen 301, §1, en 306 van het Burgerlijk Wetboek alsook van het in het middel vermelde artikel 42, §2, tweede lid, en §3, van de wet van 27 april 2007).

Hoewel beide partijen in de door hen na de heropening van het debat genomen conclusies hadden geoordeeld dat de nieuwe wet onmiddellijk moest worden toegepast, maakten ze hieruit overigens verschillende gevolgtrekkingen, aangezien (de) verweerster in haar conclusie vermeldde dat onmiddellijk uitwerking moest worden verleend aan de opheffing van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek en dat de rechter, met het oog op de toepassing van het nieuwe artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, moest beslissen dat zij geen zware fout had begaan die de voortzetting van het samenleven onmogelijk maakte, terwijl de eiser in zijn conclusie schreef dat de rechter moest beslissen "dat de echtscheiding die op 16 december 2004 uitgesproken is en in de burgerlijke stand is overgeschreven uiteindelijk noch tegen de ene noch tegen de andere partij uitgesproken is".

Op grond van het akkoord dat de partijen hebben gesloten in hun conclusie na de heropening van het debat beslist het arrest, dat voorbijgaat aan de tegenstrijdige vorderingen in die conclusies, dat die conclusies niet de vorderingen bevatten die ze wel bevatten, geeft het derhalve daaraan een uitlegging die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan en miskent het derhalve de bewijskracht ervan (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

III. BESLISSING VAN HET HOF

De grond van niet-ontvankelijkheid, door de verweerster tegen het middel aangevoerd: het middel heeft geen belang:

Het middel komt op tegen de beslissing van het arrest waarbij de vordering van de eiser die ertoe strekt het vermoeden dat is ingevoerd bij artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het bestond voor de opheffing ervan bij de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, om te keren, niet geground wordt verklaard en voert hiervoor als bewijs aan dat de feitelijke scheiding op grond waarvan hij de echtscheiding verkregen had op basis van het eerste lid van het vroegere artikel 232 van dat wetboek, te wijten was aan de fouten en tekortkomingen van de verweerster.

Aangezien de eiser, hoewel hij in zijn conclusie voor het hof van beroep had gezegd dat "de nieuwe wet van 27 april 2007 onmiddellijk moest worden toegepast, het hof van beroep niettemin gevraagd heeft voor recht te zeggen dat de echtscheiding "uiteindelijk noch tegen (de ene) noch tegen de (andere)" gewezen echtgenoot is uitgesproken", heeft hij er belang bij om kritiek te uiten op de beslissing waaruit volgt dat hij beschouwd wordt als de echtgenoot tegen wie de

echtscheiding is uitgesproken.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Eerste onderdeel

Artikel 42, §§2 en 3, van de wet van 27 april 2007 bepaalt dat de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed die zijn ingeleid voor de inwerkingtreding van deze wet en waarvoor geen eindvonnis is uitgesproken; dat het recht op levensonderhoud na echtscheiding bepaald blijft door het bepaalde in de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* van hetzelfde Wetboek, onverminderd het bepaalde in §3 en §5, en dat, indien de echtscheiding werd uitgesproken voor de inwerkingtreding van deze wet, overeenkomstig de vroegere artikelen 229, 231 en 232 van hetzelfde Wetboek, het in artikel 301 van hetzelfde Wetboek bepaalde recht op een uitkering verworven of uitgesloten blijft krachtens de vroegere wettelijke voorwaarden.

Het arrest dat, na te hebben vastgesteld dat de vordering tot echtscheiding is ingesteld voor 1 september 2007, beslist dat het vroegere artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek te dezen niet van toepassing is en dat de vordering tot omkering van het vermoeden die de eiser heeft gegrond op hetzelfde vroegere artikel 306, geen steun meer vindt in het recht en niet gegrond moet worden verklaard, schendt artikel 42, §2, tweede lid, en §3, van de wet van 27 april 2007.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van het arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daarover aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Luik.

16 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Simon – *Gelijklopende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Foriers en Mahieu.

Nr. 263

1^o KAMER - 16 april 2010

CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — NIEUW MIDDEL -

ONREGELMATIGE WIJZE VAN BETEKENING - DE BETEKENING IS VOLGENS DE EISER NIETIG OMDAT ZIJ ZIJN BELANGEN HEEFT GESCHAAD - VERWERPING VAN DE VORDERING - MIDDEL VOLGENS HETWELK DE ONREGELMATIGHEID TOT GEVOLG HEEFT DAT DE TERMIJN OM EEN RECHTSMIDDEL AAN TE WENDEN NIET INGAAT - ONTVANKELIJKHEID

Daar het middel dat de schending aanvoert van wetsbepalingen die noch de openbare

orde raken noch van dwingend recht zijn, betoogt dat het onjuiste gebruik van een wettelijk bepaalde wijze van betekening de akte niet nietig maakt maar enkel tot gevolg heeft dat de termijn om tegen de betekende beslissing een rechtsmiddel aan te wenden niet ingaat, is het nieuw en derhalve niet ontvankelijk¹.

(ETABLISSEMENTS IDEAL DECOR T. R. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0418.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 4 maart 2009 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert een middel aan

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 860, 861 en, voor zoveel nodig, 38 en 42, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

Het bestreden vonnis "verklaart het principaal en incidenteel beroep ontvankelijk, verklaart het principaal beroep niet gegrond, stelt vast dat het incidenteel beroep geen bestaansreden meer heeft, bevestigt bijgevolg het beroepen vonnis (dat het verzet van de eiseres niet ontvankelijk verklaart omdat het te laat is gedaan), (en) veroordeelt de (eiseres) in de op 1.100 euro begrote appelkosten". Het beslist aldus om al zijn redenen en meer bepaald om de volgende redenen:

"De (eerste twee verweerders) voeren aan dat het verzet van de (eiseres) niet ontvankelijk is op grond dat het is gedaan bij een op 15 januari 2005 betekende dagvaarding en dus is aangetekend buiten de termijn van één maand te rekenen van de op 4 oktober 2004 gedane betekening van het verstekvonnis;

De (eiseres) van haar kant voert aan dat het verstekvonnis op onregelmatige wijze is betekend aan haar vorige vennootschapszetel, wat haar heeft belet haar rechtsmiddel aan te wenden binnen de wettelijke termijn, daar zij het feit dat tegen haar een gerechtelijke procedure was ingesteld en dat tegen haar een vonnis was uitgesproken, pas te weten is gekomen toen het bevel van 15 december 2004 dat het eerste stuk was dat aan haar vennootschapszetel was betekend, andermaal werd betekend. Die onregelmatigheid maakt volgens haar de akte van betekening nietig, zodat zij haar verzet wel degelijk binnen de wettelijke termijn heeft gedaan;

Uit de tekst van het exploit houdende de betekening van het verstekvonnis blijkt dat de optredende gerechtsdeurwaarder zijn exploit heeft betekend "door het achter te laten" als bedoeld in artikel 38 van het Gerechtelijk Wetboek;

Volgens die bepaling bestaat de betekening, wanneer ze niet kon worden gedaan 'aan de persoon' of 'aan de woonplaats', in het door de gerechtsdeurwaarder achterlaten aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, van een afschrift van het exploit onder gesloten omslag. Uiterlijk op de eerste werkdag die volgt op de aanbieding van het exploit, richt de gerechtsdeurwaarder, hetzij aan de

¹ Zie concl. O.M., AR C.09.0418.F, Pas., 2010, nr.263.

woonplaats, hetzij, bij gebreke van een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, onder een ter post aangetekende omslag, een door hem ondertekende brief. Deze brief vermeldt de datum en het uur van de aanbieding, alsmede de mogelijkheid voor de geadresseerde persoonlijk, of voor een schriftelijk gevolmachtigde een eensluidend afschrift van dit exploit af te halen op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder, tijdens een termijn van maximum drie maanden te rekenen vanaf de betekening;

Met toepassing van artikel 42, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek moet de betekening aan een vennootschap met rechtspersoonlijkheid op de vennootschapszetel worden gedaan en pas bij gebreke daarvan, op de bedrijfszetel;

Te dezen blijkt uit het exploit dat de betekening is gedaan aan het adres rue Barella, 33-35, te Chapelle-lez-Herlaimont, dat is de vorige vennootschapszetel van de (eiseres). Op het ogenblik van die betekening, namelijk 4 oktober 2004, de (eiseres) had immers haar vennootschapszetel overgebracht naar de chaussée de Charleroi, 67-69, te Gembloux, en die overdracht was bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 23 mei 2003. Die bekendmaking was opgenomen in de gegevens van de Kruispuntbank der ondernemingen, zoals duidelijk en ondubbelzinnig blijkt uit het uittreksel van de door de optredende gerechtsdeurwaarder geraadpleegde gegevensbank dat bij stuk 5 van het dossier van de (eerste twee verweerders) gevoegd was;

Aan de (eiseres) kan niet het verwijt worden gemaakt dat zij over de precieze vestiging van haar vennootschapszetel verwarring zou hebben gezaaid die de optredende gerechtsdeurwaarder zou hebben misleid. Laatstgenoemde kende het juiste adres van de vennootschapszetel overigens heel goed daar het trouwens in het exploit vermeld stond, maar niettemin heeft hij de voorkeur eraan gegeven de litigieuze betekening te doen op een adres dat volgens hem dat van een bedrijfszetel van de (eiseres) was;

De betekening van het verstekvonnis op een ander adres dan dat van de vennootschapszetel van de (eiseres) was dus onregelmatig;

Nochtans kan de rechter, met toepassing van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek, een proceshandeling die verkeerdelijk betekend werd op een adres dat niet het adres van de vennootschapszetel van een vennootschap is, alleen dan nietig verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen van die vennootschap schaadt;

Te dezen heeft de optredende gerechtsdeurwaarder de dag na de litigieuze betekening de in artikel 38 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde aangetekende brief gericht aan de vennootschapszetel van de (eiseres) die niet betwist die brief te hebben ontvangen;

De toezending van die aangetekende brief strekt ertoe te verzekeren dat de betekende op daadwerkelijke en nuttige wijze kennis krijgt van de informatie die op hem betrekking heeft, zelfs als de omslag met het afschrift van het exploit hem niet is overhandigd (in die zin G. de Leval, 'Du nouveau dans les significations et les notifications', J.T., 1985, 726);

De aan de (eiseres) gerichte aangetekende brief vermeldde, enerzijds, dat er een exploit van betekening was achtergelaten op het adres rue Barella, 33-35, Chapelle-lez-Herlaimont, waar (de derde verweerder), die gescheiden en zelfs uit de echt gescheiden was van de heer T., afgevaardigd bestuurder van de (eiseres), op haar eigen naam een handelszaak dreef en, anderzijds, dat het afschrift van het exploit kon worden afgehaald op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder;

Het stond de (eiseres) dus vrij de nodige stappen te ondernemen bij het kantoor van de optredende gerechtsdeurwaarder teneinde tijdig kennis te nemen van de betekende akte. Zij voert niet aan dat zij dat gedaan heeft en evenmin dat het deurwaarderskantoor de tijdige overhandiging van het afschrift van de litigieuze akte zou hebben verhinderd;

Het feit dat de (eiseres), zoals zij betoogt, wel degelijk niet was ingelicht over de in-

houd van de bij aangetekende brief betekende akte neemt niet weg dat die brief haar wel inlichtingen verschafte over de aard van de akte daar die brief uitdrukkelijk melding maakte van een exploit van betekening. Dat had haar ertoe moeten aansporen om zo spoedig mogelijk inlichtingen in te winnen over de inhoud ervan. Daar de aard van de akte in de aangetekende brief nader omschreven werd, kon de vermelding dat het afschrift van het exploit binnen een termijn van drie maanden kon worden afgehaald op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder, voor haar geen gegronde reden zijn om te twijfelen aan de noodzaak om zo spoedig mogelijk van de inhoud van de betekende akte kennis te nemen teneinde, zo nodig, de wenselijkheid te beoordelen om tegen de betekende akte tijdig een rechtsmiddel aan te wenden;

Aldus toont de (eiseres) niet ten genoeg van recht aan dat de onregelmatigheid die is vastgesteld bij de betekening van het op 7 september 2004 tegen haar uitgesproken verstekvonnis, haar belangen heeft geschaad, aangezien zij hier de mogelijkheid heeft gekregen om tijdig kennis te nemen van de betekende akte en om dus haar rechtsmiddel binnen de wettelijke termijn aan te wenden, wat zij door haar eigen slordigheid niet gedaan heeft;

Terecht heeft de eerste rechter dus de door (de eiseres) opgeworpen exceptie van nietigheid van de betekening van het verstekvonnis verworpen en bijgevolg het verzet niet ontvankelijk verklaard;

Eveneens terecht heeft de eerste rechter, na te hebben vastgesteld dat het verzet niet ontvankelijk was, de incidentele vordering van de (eerste twee verweerders) verworpen;

Aangezien het principaal beroep niet gegrond was, heeft het incidentele beroep dat de (eerste twee verweerders) subsidiair hebben ingesteld geen bestaansreden meer".

Grieven

De leer van de nietigheden ligt besloten in de artikelen 860 tot 867 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 860, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt: "wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling kan nietig worden verklaard, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen".

Artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt het volgende: "de rechter kan een proceshandeling alleen dan nietig verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt".

Artikel 862, §1, van het Gerechtelijk Wetboek preciseert dat "de regel van artikel 861 niet geldt voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende:

1° de termijnen op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven;

2° de ondertekening van de akte;

3° de vermelding van de datum van de akte wanneer die noodzakelijk is om de gevolgen van de akte te beoordelen;

4° de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen;

5° de eed opgelegd aan getuigen en aan deskundigen;

6° de vermelding dat de exploiten en akten van tenuitvoerlegging zijn betekend aan de persoon of op een andere wijze die de wet bepaalt".

§2 van deze bepaling vermeldt dat, "onverminderd de toepassing van artikel 867, in de gevallen van §1 de nietigheid of het verval door de rechter wordt uitgesproken, zelfs ambtshalve".

Uit voornoemde bepalingen volgt dat het eerste vereiste om een proceshandeling te kunnen nietig verklaren erin bestaat dat de wet de nietigheid uitdrukkelijk heeft bevolen (artikel 860 van het Gerechtelijk Wetboek) en vervolgens dat is bewezen dat het aange-

klaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt en haar aldus benadeelt (artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek). Er is dus geen nietigheid zonder tekst en geen nietigheid zonder schade, behalve in de in artikel 862, §1, op beperkende wijze opgesomde gevallen waarin de rechter de nietigheid automatisch en van rechtswege mag uitspreken.

Het bestreden vonnis stelt vast 1. dat de optredende gerechtsdeurwaarder het op 7 september 2004 door de vrederechter van Seneffe gewezen verstekvonnis, overeenkomstig artikel 38 van het Gerechtelijk Wetboek, had betekend door een afschrift achter te laten, 2. dat die betekening met name erin bestaat dat "de gerechtsdeurwaarder een afschrift van het exploit onder omslag achterlaat aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde" en 3. dat naar luid van artikel 42, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek "de betekening aan een vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt gedaan op de maatschappelijke zetel en pas bij gebreke daarvan, op de bedrijfszetel", en beslist vervolgens dat "de betekening van het verstekvonnis op een ander adres dan dat van de vennootschapszetel van de (eiseres) dus onregelmatig was".

Het bestreden vonnis beslist evenwel dat "de rechter, met toepassing van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek, een proceshandeling die verkeerdelijk betekend was op een adres dat niet het adres van de vennootschapszetel van een vennootschap was, alleen dan nietig kan verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen van die vennootschap schaadt". Het vermeldt dat "de optredende gerechtsdeurwaarder te dezen de dag na de litigieuze betekening de in artikel 38 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde aangetekende brief gericht heeft aan de vennootschapszetel van de (eiseres) die niet betwist die brief te hebben ontvangen", dat "het dus de (eiseres) vrijstond de nodige stappen te ondernemen bij het kantoor van de optredende gerechtsdeurwaarder teneinde tijdig kennis te kunnen nemen van de betekende akte. Zij voert niet aan dat zij dat gedaan heeft en evenmin dat het kantoor van de gerechtsdeurwaarder de tijdige overhandiging van het afschrift van de litigieuze akte zou hebben verhinderd". Het bestreden vonnis beslist bijgevolg dat "de (eiseres) niet ten genoegen van recht aantoonde dat de onregelmatigheid die is vastgesteld bij de betekening van het op 7 september 2004 tegen haar uitgesproken verstekvonnis haar belangen heeft geschaad, aangezien zij te dezen de mogelijkheid heeft gekregen om tijdig kennis te nemen van de betekende akte en om dus haar rechtsmiddel binnen de wettelijke termijn aan te wenden, wat zij door haar eigen slordigheid niet heeft gedaan". Het verklaart bijgevolg het verzet van de eiseres niet ontvankelijk wegens laattijdigheid.

Het bestreden vonnis dat aldus beslist dat artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek te dezen van toepassing is, schendt die bepaling alsook artikel 860 van hetzelfde wetboek, daar het onjuiste gebruik van een wettelijk bepaalde wijze van betekening door de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, maar enkel belet dat de termijn om een rechtsmiddel aan te wenden - die te dezen wordt bepaald in artikel 1048 van het Gerechtelijk Wetboek - ingaat (schending van de artikelen 860, 861, en, voor zoveel nodig, 38 en 42, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek die de nietigheid niet opleggen).

In zoverre het bestreden vonnis beslist dat te dezen vereist was dat schade is aangetoond in de zin van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek en dat, bij ontstentenis van die schade, het verzet terecht niet ontvankelijk was verklaard, is het niet naar recht verantwoord, aangezien, bij ontstentenis van een wettekst, de regeling van de nietigheden niet van toepassing is op deze zaak waarin immers de betekening is gedaan op een ander adres dan dat van de vennootschapszetel van de eiseres.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het bestreden vonnis bevestigt het beroepen vonnis dat het verzet van de eiseres tegen het vonnis van de eerste rechter van 7 september 2004 niet ontvankelijk verklaart omdat het te laat gedaan is op grond dat "de betekening (van het) vonnis (van 7 september 2004) op een ander adres dan dat van de vennootschapszetel van de (eiseres) was, onregelmatig was", maar dat "de rechter, met toepassing van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek een proceshandeling die verkeerdelijk betekend was op een adres dat niet het adres van de vennootschapszetel van een vennootschap was, alleen dan nietig kan verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen van die vennootschap schaadt", wat volgens het vonnis hier niet het geval is om redenen waartegen het middel niet opkomt.

De eiseres had in haar conclusie betoogd "dat de gerechtsdeurwaarder, door een vonnis te betekenen op een plaats waar noch haar vennootschapszetel noch (haar) bedrijfszetel gevestigd zijn, aan zijn verplichtingen is tekortgekomen en (haar) in de onmogelijkheid gesteld heeft om tegen het vonnis verzet aan te tekenen binnen de in het Gerechtelijk Wetboek bepaalde termijnen; dat genoemd exploit van betekening nietig is, omdat de gerechtsdeurwaarder, door niet aan het vereiste van (het) Gerechtelijk Wetboek te voldoen, haar in de onmogelijkheid gesteld heeft haar rechten te doen gelden; dat zulks (haar) wel degelijk schade heeft berokkend (...) (en) dat het exploit van betekening derhalve nietig (...) moet worden verklaard".

De eiseres voerde aldus aan dat de betekening van het vonnis waartegen zij verzet heeft aangetekend, nietig moest worden verklaard omdat het aangetast was door een onregelmatigheid die haar belangen heeft geschaad.

Daar het middel dat de schending aanvoert van wetsbepalingen die noch de openbare orde raken noch van dwingend recht zijn, verklaart dat het onjuiste gebruik van een wettelijk bepaalde wijze van betekening de akte niet nietig maakt maar enkel tot gevolg heeft dat de termijn om tegen de betekende beslissing een rechtsmiddel aan te wenden niet ingaat, is het nieuw en derhalve niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

16 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Geijkluidende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Mahieu en T'Kint.

VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP — BESLISSINGEN UIT HUN AARD
NIET VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP - INSTITUUT VAN DE ACCOUNTANTS EN DE
BELASTINGCONSULENTEN - BESLISSING TOT SCHRAPPING VAN DE LIJST VAN DE STAGIAIRS - REDEN
DIE NIETS MET TUCHT TE MAKEN HEEFT - ONTVANKELIJKHEID

2^o ACCOUNTANT - INSTITUUT VAN DE ACCOUNTANTS EN DE BELASTINGCONSULENTEN -
BESLISSING TOT SCHRAPPING VAN DE LIJST VAN DE STAGIAIRS - REDEN DIE NIETS MET TUCHT TE
MAKEN HEEFT - CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID

3^o BOEKHOUDRECHT - INSTITUUT VAN DE ACCOUNTANTS EN DE BELASTINGCONSULENTEN -
BESLISSING TOT SCHRAPPING VAN DE LIJST VAN DE STAGIAIRS - REDEN DIE NIETS MET TUCHT TE
MAKEN HEEFT - CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID

1^o, 2^o en 3^o *Geen enkele wetbepaling geeft de eiser het recht om zich in cassatie te
voorzien tegen de beslissing die hem schrapt van de lijst van de stagiairs van het Institu-
ut van de accountants en de belastingconsulenten om een reden die niets met tucht te
maken heeft.* (Art. 8, Wet 22 april 1999 betreffende de beroepstucht voor accountants en
belastingconsulenten)

(A. T. INSTITUUT VAN DE ACCOUNTANTS EN DE BELASTINGCONSULENTEN)

ARREST (*vertaling*)

(AR D.09.0006.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen de beslissing, die op 19 januari 2009 is ge-
wezen door de beroepscommissie van het Instituut van de accountants en de be-
lastingconsulenten.

Raadsheer Alain Simon heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Over de door de verweerder tegen het cassatieberoep aangevoerde grond van
niet-ontvankelijkheid volgens welke tegen de bestreden beslissing geen cassatie-
beroep openstaat

Geen enkele wetbepaling geeft de eiseres het recht om zich in cassatie te
voorzien tegen de bestreden beslissing die haar schrapt van de lijst van stagiairs
van het Instituut van de accountants en de belastingconsulenten om een reden die
niets met tucht te maken heeft.

Artikel 8 van de wet van 22 april 1999 betreffende de beroepstucht voor ac-
countants en belastingconsulenten heeft alleen betrekking op beslissingen in
tuchtzaken.

De omstandigheid dat het beroep van de betrokkene tegen een beslissing waar-
bij het Instituut hem de hoedanigheid van accountant niet toekent, gebracht
wordt voor de in artikel 7 van die wet bedoelde beroepscommissie heeft niet tot
gevolg dat tegen de beslissing van de commissie over dat beroep cassatieberoep
openstaat zoals tegen haar beslissingen in tuchtzaken.

De grond van niet-ontvankelijkheid moet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,
 Verwerpt het cassatieberoep.
 Veroordeelt de eiseres in de kosten.

16 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Simon – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Oosterbosch en Van Ommeslaghe.

Nr. 265

2° KAMER - 20 april 2010

1° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — TERMIJNEN VOOR CASSATIEBEROEP EN BETEKENING — STRAFVORDERING — VOORBARIG CASSATIEBEROEP (GEEN EINDBESLISSING) - VERZOEK TOT OPHEFFING VAN EEN OPSPORINGSHANDELING MET BETREKKING TOT GOEDEREN - VERWERPING VAN HET VERZOEK DOOR DE ARBEIDSAUDITEUR - HOGER BEROEP - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - VOORZIENING - ONTVANKELIJKHEID

2° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - VERZOEK TOT OPHEFFING VAN EEN OPSPORINGSHANDELING MET BETREKKING TOT GOEDEREN - VERWERPING VAN HET VERZOEK DOOR DE ARBEIDSAUDITEUR - HOGER BEROEP - ONDERZOEK VAN DE REGELMATIGHEID VAN HET OPSPORINGSONDERZOEK - BEVOEGDHEID

3° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - OPSPORINGSONDERZOEK - VERZOEK TOT OPHEFFING VAN EEN OPSPORINGSHANDELING MET BETREKKING TOT GOEDEREN - VERWERPING VAN HET VERZOEK DOOR DE ARBEIDSAUDITEUR - HOGER BEROEP - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - ONDERZOEK VAN DE REGELMATIGHEID VAN HET OPSPORINGSONDERZOEK - BEVOEGDHEID

1° De kamer van inbeschuldigingstelling die met toepassing van artikel 28sexies Wetboek van Strafvordering oordeelt over het hoger beroep tegen de beslissing van het openbaar ministerie over het verzoek tot het opheffen van een opsporingshandeling met betrekking tot de goederen, doet geen uitspraak met toepassing van de artikelen 135 en 235bis van hetzelfde wetboek; een dergelijke beslissing is een voorbereidend arrest, dat niet valt onder een van de uitzonderingen vermeld in artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering, zodat het onmiddellijk cassatieberoep daartegen niet ontvankelijk is¹. (Artt. 28sexies, 135, 235bis en 416, Sv.)

2° en 3° De artikelen 135 en 235bis van het Wetboek van Strafvordering verlenen aan de kamer van inbeschuldigingstelling de bevoegdheid uitspraak te doen over de regelmatigheid van het gerechtelijk onderzoek, maar niet over de regelmatigheid van het opsporingsonderzoek gevoerd door het openbaar ministerie wanneer dit opsporingsonderzoek nog niet geleid heeft tot het vorderen van een strafonderzoek^{2 3}. (Artt. 135 en 235bis, Sv.)

(DEMA CONTRACTORS nv)

ARREST

¹ Zie Cass., 16 feb. 2010, AR P.10.0012.N, AC, 2010, nr.104 met conclusie O.M.

² Cass., 21 maart 2006, AR P.05.1701.N, AC, 2006, nr. 164

³ Zie Cass., 16 feb. 2010, AR P.10.0012.N, AC, 2010, nr.104 met conclusie O.M.

(AR P.09.1750.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 5 november 2009.

De eiseres voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een grief aan.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Het bestreden arrest beslist overeenkomstig artikel 28sexies, §4, Wetboek van Strafvordering over het beroep van de eiseres tegen een beslissing van de arbeidsauditeur bij de arbeidsrechtbank te Gent in verband met een opsporingshandeling met betrekking tot haar goederen.

2. De kamer van inbeschuldigingstelling die met toepassing van artikel 28sexies Wetboek van Strafvordering oordeelt over het hoger beroep tegen de beslissing van het openbaar ministerie over het verzoek tot het opheffen van een opsporingshandeling met betrekking tot de goederen, doet geen uitspraak met toepassing van de artikelen 135 en 235*bis* van hetzelfde wetboek.

Deze laatste bepalingen verlenen aan de kamer van inbeschuldigingstelling de bevoegdheid uitspraak te doen over de regelmatigheid van het gerechtelijk onderzoek, maar niet over de regelmatigheid van het opsporingsonderzoek gevoerd door het openbaar ministerie wanneer dit opsporingsonderzoek, zoals hier, nog niet geleid heeft tot het vorderen van een strafonderzoek.

Anders dan de eiseres aanvoert, vermocht de kamer van inbeschuldigingstelling aldus niet de regelmatigheid van het onderzoek te controleren in toepassing van artikel 235*bis*, §2, Wetboek van Strafvordering.

3. Het bestreden arrest is een voorbereidend arrest, waartegen overeenkomstig artikel 416, eerste lid, Wetboek van Strafvordering eerst cassatieberoep openstaat na het eindarrest of het eindvonnis, terwijl het evenmin valt onder een van de uitzonderingen vermeld in artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering.

Het cassatieberoep is derhalve niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

20 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mestdagh – *Gelijklopende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. S. Van Eeghem, Gent en P. Waeterinckx, Antwerpen.

Nr. 266**2° KAMER - 20 april 2010**

- 1° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - ARTIKEL 47SEXIES WETBOEK VAN STRAFVORDERING - TOEPASSELIJKHEID - GEVOLG**
- 2° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - ARTIKEL 47SEXIES WETBOEK VAN STRAFVORDERING - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE OVER DE TOEPASSING VAN DE OBSERVATIE - BEVOEGDHEID**
- 3° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE OVER DE TOEPASSING VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - ARTIKEL 47SEXIES WETBOEK VAN STRAFVORDERING - BEVOEGDHEID**
- 4° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE TOEGEPAST VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - ARTIKEL 47SEXIES EN 47SEPTIES WETBOEK VAN STRAFVORDERING - TOEPASSELIJKHEID**
- 5° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - OPSTELLEN VAN EEN VERTROUWELIJK DOSSIER - VOORLEGGEN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - RECHT VAN VERDEDIGING - RECHT OP TEGENSpraak**
- 6° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE OVER DE TOEPASSING VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - OPSTELLEN VAN EEN VERTROUWELIJK DOSSIER - VOORLEGGEN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - RECHT VAN VERDEDIGING - RECHT OP TEGENSpraak**
- 7° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - OBSERVATIE AANGEWEND VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 6 JANUARI 2003 - OPSTELLEN VAN EEN VERTROUWELIJK DOSSIER - VOORLEGGEN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING**
- 8° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE OVER DE TOEPASSING VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE - OMVANG - GEEN KENNISGEVING VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE INVERDENKINGGESTELDEN - GEVOLG**
- 9° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE OP DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE OBSERVATIE - OMVANG - GEEN KENNISGEVING VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE INVERDENKINGGESTELDEN - GEVOLG**
- 10° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - VERTROUWELIJK DOSSIER - GEEN KENNISGEVING VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE INVERDENKINGGESTELDEN - GEVOLG**
- 11° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE VAN OBSERVATIE - VERTROUWELIJK DOSSIER - GEEN KENNISGEVING VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER AAN DE INVERDENKINGGESTELDEN - GEVOLG**

- 1° Artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering, ingevoerd door de wet van 6 januari 2003, is niet van toepassing op de bijzondere opsporingsmethode van observatie aangewend vóór de inwerkingtreding van de wet, zodat dit artikel en de erin vervatte bepalingen de wettigheid van een toen toegepaste observatie niet kunnen beïnvloeden¹. (Art. 47sexies, Sv.)
- 2° en 3° De in artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering, ingevoerd door de wet van 6 januari 2003, bepaalde definitie van het begrip observatie, is niet beslissend om de bevoegdheid te bepalen van de kamer van inbeschuldigingstelling die de controle uitoefent op de bijzondere opsporingsmethode observatie toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet². (Artt. 47sexies en 235ter, Sv.)
- 4° De artikelen 47sexies en 47septies Wetboek van Strafvordering zijn niet van toepassing op observaties die zijn toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003³. (Artt. 47sexies en 47septies, Sv.)
- 5°, 6° en 7° Noch het recht van verdediging, noch het recht op tegenspraak beletten dat voor de uitvoering van een observatie, aangewend vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003, een vertrouwelijk dossier werd opgesteld dat aan de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling wordt voorgelegd. (Artt. 47sexies en 47septies, Sv.)
- 8°, 9°, 10° en 11° De controle op de bijzondere opsporingsmethode observatie uitgeoefend met toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering houdt in dat de kamer van inbeschuldigingstelling kennis neemt van het vertrouwelijke dossier dat bij de gelegenheid van de uitvoering van de observatie is samengesteld; het feit dat dit vertrouwelijke dossier niet ter kennis van de in verdenkinggestelden is gebracht, levert noch een schending van artikel 6 E.V.R.M., noch een aantasting van het recht van verdediging op, vermits deze beperking van het recht van verdediging uitzonderlijk blijft over de hele duur van het proces en gecompenseerd wordt door het feit dat de regelmatigheid van de uitgevoerde opsporingsmethode getoetst wordt door een onafhankelijke en onpartijdig gerecht, en dat de in verdenkinggestelde op basis van het open dossier al zijn rechtsmiddelen tegen de aangewende opsporingsmethoden kan aanwenden⁴. (Art. 6, Verdrag Rechten van de Mens; Artt. 47sexies, 47 septies en 235bis, Sv.)

(V. e.a.)

ARREST

(AR P.10.0128.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 22 december 2009, gewezen op verwijzing ingevolge het arrest van het Hof van 16 april 2009.

De eiseres I voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

De eisers II, III en IV voeren in een memorie die aan dit arrest is gehecht, vier middelen aan.

Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

1 Zie Cass., 20 okt. 2009, AR P.09.1259.N (onuitgegeven); Cass., 20 okt. 2009, AR P.09.1379.N (onuitgegeven).

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 Zie Cass., 31 okt. 2006, AR P.06.0841.N (onuitgegeven); Cass., 2 maart 2010, AR P.10.0177.N, AC, 2010, nr.143.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel van de eiseres I

Eerste onderdeel

1. Het onderdeel voert schending aan van artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering: uit de gedane vaststellingen kan het arrest niet wettig afleiden dat de hier toegepaste bijzondere opsporingsmethode niet de draagwijdte heeft van de observatie als bedoeld in dit wetsartikel; het koppelen van het wettelijk begrip bijzondere opsporingsmethode observatie aan de inzet van de meest gesofisticeerde technische snuffjes die noodzakelijk moeten worden afgeschermd om in de toekomst verder de zich steeds aanpassende criminaliteit effectief te kunnen blijven bestrijden, beantwoordt niet aan de wettelijke definitie van dit begrip.

2. Uit het arrest blijkt dat de observatie waarvan het de wettelijkheid toetst, werd toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 die artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering invoert. Dit artikel en de erin vervatte bepalingen waren bijgevolg niet van toepassing op de opsporingsmethoden aangewend vóór de inwerkingtreding ervan en kunnen bijgevolg de wettelijkheid van de hier toegepaste observatie niet beïnvloeden.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

3. Het onderdeel voert schending aan van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering alsmede een motiveringsgebrek: het arrest verklaart de kamer van inbeschuldigingstelling ten onrechte bevoegd om de controle op de uitgevoerde observatie uit te voeren; enkel de bijzondere opsporingsmethode observatie als bedoeld in artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering kan het voorwerp uitmaken van die controle; het arrest is daarenboven tegenstrijdig gemotiveerd.

4. Zoals blijkt uit het antwoord op het eerste onderdeel, is artikel 47sexies Wetboek van Strafvordering niet van toepassing op de bijzondere opsporingsmethode observatie toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003. Hieruit volgt dat voor de controle op de bijzondere opsporingsmethode observatie uitgevoerd vóór die inwerkingtreding, de in dat artikel bepaalde definitie van het begrip observatie niet beslissend is om de bevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling te bepalen.

In zoverre faalt het onderdeel naar recht.

5. Het aangevoerde motiveringsgebrek is afgeleid uit de hiervoor vergeefs opgeworpen onwettigheid.

In zoverre is het onderdeel niet ontvankelijk.

(...)

Vierde onderdeel

8. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 47sexies en 47septies Wetboek van Strafvordering, alsmede miskennis van het recht van verdediging en het recht op tegenspraak: het bestreden arrest stelt vast dat er een vertrouwwe-

lijk dossier aanwezig is; wanneer er geen stelselmatige observatie is geweest of de observatie plaatsvond vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 mag er geen vertrouwelijk dossier bestaan.

9. De artikelen 47sexies en 47septies Wetboek van Strafvordering zijn niet van toepassing op observaties die, zoals hier, zijn toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003.

10. Voor het overige belet noch het recht van verdediging noch het recht op tegenspraak dat voor de uitvoering van de observatie aangewend vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 een vertrouwelijk dossier werd opgesteld dat aan de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling wordt voorgelegd.

Het onderdeel faalt naar recht.

(...)

Tweede middel van de eisers II, III en IV

Eerste onderdeel

22. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6 EVRM, alsmede miskenning van het algemene rechtsbeginsel houdende het recht van verdediging: het arrest doet uitspraak zonder de eisers de gelegenheid te geven kennis te nemen van de inhoud van het door het openbaar ministerie medegedeelde vertrouwelijke dossier waarvan het vaststelt dat het in werkelijkheid geen elementen bevat die als vertrouwelijk te bestempelen zijn.

23. Met toepassing van artikel 235*bis* Wetboek van Strafvordering, onderzoekt het arrest de regelmatigheid van de onderzoekshandeling observatie.

In zoverre het onderdeel aanvoert dat het arrest het verzoek van de eisers om dit onderzoek te doen, afwijst, mist het feitelijke grondslag.

24. Het arrest oordeelt dat het vertrouwelijke dossier, wat de observatie betreft, veeleer een werkinstrument is waaruit volgt, zonder de inhoud met betrekking tot het vertrouwelijke karakter van gebeurlijke andere opsporingsmethoden dan deze van de observatie en infiltratie te schaden of te schenden, dat niets dat met de observatie te maken heeft, niet aanwezig is in het open dossier. Aldus oordeelt het arrest niet dat er identiteit is tussen het open dossier en het vertrouwelijke dossier, maar geeft het te kennen dat dit vertrouwelijke dossier andere vertrouwelijke gegevens bevat dan deze over de uitgevoerde observatie.

In zoverre het aanvoert dat het arrest vaststelt dat het vertrouwelijke dossier geen gegevens bevat die vertrouwelijk zijn en dat er geen redenen zijn om het vertrouwelijke dossier niet ter kennis te brengen van de eisers, mist het onderdeel feitelijke grondslag.

25. De controle op de bijzondere opsporingsmethode observatie uitgeoefend met toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering houdt in dat de kamer van inbeschuldigingstelling kennisneemt van het vertrouwelijke dossier dat bij de gelegenheid van de uitvoering van de observatie is samengesteld.

Het feit dat dit vertrouwelijke dossier niet ter kennis van de inverdenkinggestelden is gebracht, levert geen schending van artikel 6 EVRM op. Dit is voor de

inverdenkinggestelde weliswaar een beperking van zijn recht van verdediging, maar blijft over de hele duur van het proces uitzonderlijk en wordt gecompenseerd door het feit dat de regelmatigheid van de uitgevoerde opsporingsmethode getoetst wordt door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, hier de kamer van inbeschuldigingstelling, en door het feit dat de inverdenkinggestelde op basis van het open dossier al zijn rechtsmiddelen tegen de aangewende opsporingsmethoden kan aanwenden. Dit tast het recht van verdediging niet aan.

In zoverre faalt het onderdeel naar recht.

(...)

Ambtshalve onderzoek

33. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissingen zijn overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

20 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. L. Arnou, Brugge, Verbist en H. Rieder, Gent.

Nr. 267

2° KAMER - 20 april 2010

1° STRAFUITVOERING - STRAFUITVOERINGSRECHTBANK - CASSATIEBEROEP DOOR DE VEROORDEELDE - VERKLARING VAN CASSATIEBEROEP - VEREISTEN

2° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — VORMEN — VORM VAN HET CASSATIEBEROEP EN VERMELDINGEN - STRAFUITVOERINGSRECHTBANK - CASSATIEBEROEP DOOR DE VEROORDEELDE - VERKLARING VAN CASSATIEBEROEP - VEREISTEN

3° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — VORMEN — VORM VAN HET CASSATIEBEROEP EN VERMELDINGEN - STRAFUITVOERINGSRECHTBANK - CASSATIEBEROEP DOOR DE VEROORDEELDE - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID DOOR HET HOF - VEREISTE VERMELDINGEN IN DE AKTE VAN CASSATIEBEROEP - TOEPASSING

4° STRAFUITVOERING - STRAFUITVOERINGSRECHTBANK - CASSATIEBEROEP DOOR DE VEROORDEELDE - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID DOOR HET HOF - VEREISTE VERMELDINGEN IN DE AKTE VAN CASSATIEBEROEP - TOEPASSING

1° en 2° Wanneer de veroordeelde zelf in de gevangenis cassatieberoep wenst aan te tekenen tegen een vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank, kan hij dit slechts regelmatig doen indien op datzelfde ogenblik ook zijn advocaat samen met hem in de gevangenis verschijnt en de akte ondertekent!. (Art. 97, Wet Strafvuivering)

3° en 4° Het Hof kan de regelmatigheid van het cassatieberoep, ingesteld tegen een vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank ter griffie van de gevangenis, enkel controleren indien de akte van het cassatieberoep uitdrukkelijk vermeldt dat de advocaat is verschenen en dat hij, eventueel samen met de veroordeelde, op het ogenblik van het aantekenen van het cassatieberoep, de akte van cassatieberoep heeft ondertekend; de akte die enkel vermeldt dat de veroordeelde verschijnt en zelf cassatieberoep aantekent, en verder alleen vermeldt dat een advocaat de akte heeft getekend zonder uitdrukkelijk vast te stellen welke de identiteit van de advocaat is, dat die advocaat op het ogenblik van het aantekenen van het cassatieberoep is verschenen en de akte heeft ondertekend, voldoet niet aan voormelde vereisten en leidt tot de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep. (Art. 97, Wet Strafvueroering)

(B.)

ARREST

(AR P.10.0539.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank te Antwerpen van 19 maart 2010.

De eiser voert in een memorie twee middelen aan.

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Artikel 97, §1, tweede lid, Wet Strafvueroering, zoals gewijzigd bij artikel 2, 2°, van de wet van 6 februari 2009 tot wijziging van artikel 97 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelde tot een vrijheidsstraf en van de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, bepaalt: "De veroordeelde stelt het cassatieberoep in binnen een termijn van vijftien dagen, te rekenen van de uitspraak van het vonnis. De verklaring van cassatieberoep moet door een advocaat worden ondertekend. De cassatiemiddelen worden voorgesteld in een memorie die op de griffie van het Hof van Cassatie moet toekomen ten laatste op de vijfde dag na de datum van het cassatieberoep."

2. Uit de voorbereidende werken van de wijzigingswet van 6 februari 2009 blijkt dat de wetgever met het invoeren van het vereiste dat een advocaat het cassatieberoep moet ondertekenen, de bedoeling had dat een advocaat zou fungeren als een soort filter die het succes van een eventueel cassatieberoep kritisch afweegt en daardoor het aantal niet-gegronde cassatieberoepen beperkt. Dat is ook een van de redenen waarom de wetgever de termijn voor het cassatieberoep heeft bepaald op vijftien dagen vanaf de uitspraak in plaats van vierentwintig uur na de kennisgeving van het vonnis bij gerechtsbrief en waarom de advocaat ook buiten de aanwezigheid van de veroordeelde op de griffie van de strafuitvoeringsrechtbank, cassatieberoep kan aantekenen.

Daaruit volgt dat wanneer de veroordeelde toch zelf in de gevangenis cassatie-

beroep wenst aan te tekenen tegen een vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank, hij dit slechts regelmatig kan doen indien op datzelfde ogenblik ook zijn advocaat samen met hem in de gevangenis verschijnt en de akte ondertekent.

3. Het Hof kan de regelmatigheid van het cassatieberoep ingesteld ter griffie van de gevangenis enkel controleren indien de akte van het cassatieberoep uitdrukkelijk vermeldt dat de advocaat is verschenen en dat hij, eventueel samen met de veroordeelde, op het ogenblik van het aantekenen van het cassatieberoep, de akte van cassatieberoep heeft ondertekend. De akte die enkel vermeldt dat de veroordeelde verschijnt en zelf cassatieberoep aantekent, en verder alleen vermeldt dat een advocaat de akte heeft getekend zonder uitdrukkelijk vast te stellen welke de identiteit van de advocaat is en dat die advocaat op het ogenblik van het aantekenen van het cassatieberoep is verschenen en de akte heeft ondertekend, voldoet niet aan voormelde vereisten en leidt tot de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep.

4. Uit de twee overgelegde door de griffier van de gevangenis te Hasselt voor eensluidend verklaarde afschriften van eenzelfde akte van cassatieberoep van 23 maart 2010, blijkt dat volgens het eerste eensluidend verklaarde afschrift van de akte alleen de veroordeelde is verschenen en cassatieberoep heeft aangetekend en dat op dat ogenblik geen advocaat mede is verschenen en de akte heeft ondertekend.

Volgens een tweede gelijkkluidend afschrift van diezelfde akte van 23 maart 2010 heeft een advocaat die akte wel ondertekend.

Daargelaten het verschil tussen twee eensluidend verklaarde afschriften van eenzelfde akte, blijken uit de beide afschriften noch de volledige identiteit van de advocaat die is verschenen, noch dat hij op de griffie van de gevangenis is verschenen samen met de veroordeelde, noch op welk ogenblik hij dan toch de akte van cassatieberoep zou hebben ondertekend.

De akte van cassatieberoep laat het Hof derhalve niet toe de regelmatigheid van het cassatieberoep te controleren.

Het cassatieberoep is niet ontvankelijk.

Middelen

5. De middelen die geen betrekking hebben op de ontvankelijkheid van het cassatieberoep, behoeven geen antwoord.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

20 april 2010 – 2^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J. Millen, Tongeren.

Nr. 268

2° KAMER - 21 april 2010

**VALSHEID EN GEBRUIK VAN VALSE STUKKEN - BEGRIP - TOEVOEGING AAN HET
STUK ACHTERAF - VERDRAAIING VAN DE WAARHEID**

De valsheid van een akte kan niet worden afgeleid uit het feit alleen dat achteraf een vermelding eraan werd toegevoegd, wanneer dit geen leugen aan het stuk toevoegt, maar het integendeel in overeenstemming brengt met de bepalingen die het moet vaststellen.

(PROCUREUR - GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE BERGEN T. D.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0002.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Bergen, correctionele kamer, van 26 november 2009, in zoverre het uitspraak doet over de tegen de verweerder ingestelde strafvordering.

De eiser voert in een verzoekschrift die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Afdelingsvoorzitter Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF**Beoordeling**

Het middel voert schending aan van de artikelen 193, 196, 197 en 213 Strafwetboek. De eiser oefent kritiek uit op het arrest in zoverre het de verweerder vrijspreekt van het hem ten laste gelegde misdrijf van valsheid in geschrifte. Het middel voert aan dat de goede trouw die de vervalser wordt toegeschreven niet volstaat om het bestaan van misdadig opzet uit te sluiten, vermits dat opzet niet slaat op het door de dader nagestreefde doel maar op het voor dat doel aangewende middel.

De valsheid van een akte kan niet worden afgeleid uit het feit alleen dat achteraf een vermelding eraan werd toegevoegd, wanneer dit geen leugen aan het stuk toevoegt, maar het integendeel in overeenstemming brengt met de bepalingen die het moet vaststellen.

De verweerder werd ten laste gelegd dat hij het proces-verbaal van een algemene vergadering van mede-eigenaars heeft vervalst door, na sluiting van de akte, een bepaling eraan toe te voegen betreffende de verhoging van zijn emolumenten als syndicus. Het arrest wijst erop dat de waarheid daardoor geenszins is verdraaid vermits de litigieuze vermelding alleen en zonder haar te vertekenen, een beraadslaging van de vergadering over dat onderwerp overneemt, waarbij de verhoging is toegekend in de bewoordingen zoals zij in het proces-verbaal staan vermeld.

Het arrest schendt bijgevolg de door de eiser aangevoerde wettelijke bepalingen niet.

Het middel kan niet worden aangenomen.

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Laat de kosten ten laste van de Staat.

21 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal.

Nr. 269

2° KAMER - 21 april 2010

**OPLICHTING - LISTIGE KUNSTGREPEN - BEGRIIP - KUNSTGREPEN AANGEWEND MET DE
BEDOELING MISBRUIK TE MAKEN VAN VERTROUWEN - AANMANING EN DAGVAARDING TOT BETALING
WAARVAN DE TERUGBETALING WORDT BETWIST**

De in artikel 496 Sw. bedoelde kunstgrepen moeten zijn aangewend met de bedoeling misbruik te maken van andermans vertrouwen; de aanmaning en de dagvaarding tot betaling van een lening, waarvan de ene partij beweert dat zij is terugbetaald terwijl de andere partij dat betwist, hebben niet tot doel om misbruik te maken van het vertrouwen van de schuldenaar, maar om van hem de uitvoering te eisen van de verbintenis die de schuldeiser hem terecht of onterecht oplegt¹.

(D. T. F.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0038.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling, van 3 december 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft op 6 april 2010 een conclusie neergelegd op de griffie van het Hof.

Op de rechtszitting van 21 april 2010 heeft afdelingsvoorzitter Jean de Codt verslag uitgebracht en heeft de voormelde advocaat-generaal geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. De eiser zet uiteen dat hij van de verweerder een som geld heeft geleend en hem dat bedrag heeft terugbetaald zonder zich ervan te vergewissen of de schuldbekentenis die zijn schuldeiser op hem had, vernietigd was. Hij heeft voor

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.269.

de appelrechters aangevoerd dat het feit dat laatstgenoemde hem voor het gerecht heeft gedaagd, een poging tot oplichting was, daar hij hiermee de betaling beoogt van een reeds terugbetaalde som ofschoon de verweerder hem had beloofd de schuldbekentenis de vernietigen en elf jaar lang geen enkele klacht heeft ingediend.

Het arrest oordeelt dat de aanmaning om de lening terug te betalen en de dagvaarding voor het gerecht die de verweerder daartoe aan de eiser heeft betekend, niet kunnen gelijkgesteld worden met de listige kunstgrepen die het misdrijf oplichting opleveren.

Volgens het middel schendt die overweging artikel 496 Strafwetboek.

2. De in de aangevoerde wettelijke bepaling bedoelde kunstgrepen moeten zijn aangewend met de bedoeling misbruik te maken van andermans vertrouwen.

De aanmaning en de dagvaarding tot betaling van een lening, waarvan de ene partij beweert dat zij is terugbetaald, terwijl de andere partij dat betwist, hebben niet tot doel om misbruik te maken van het vertrouwen van de vermeende schuldenaar, maar om van hem de uitvoering te eisen van de verbintenis die de schuldeiser hem terecht of onterecht oplegt.

De handelingen die de geldschieder heeft gesteld om zich het bedrag te doen terugbetalen waarvan hij beweert dat het hem verschuldigd is, vertonen bijgevolg niet de wettelijke kenmerken van het misdrijf oplichting.

Het feit dat er tussen de burgerlijke partij en degene die zij vervolgt, een rekening wordt betwist, volstaat reeds om te zeggen dat het geen misdrijf betreft, zelfs al wordt de schuldvordering niet erkend.

De appelrechters verantwoordt hun beslissing dus naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

21 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J.-M. Martin, Luik.

Nr. 270

2° KAMER - 21 april 2010

1° BESCHERMING VAN DE MAATSCHAPPIJ — HOGE COMMISSIE -
CASSATIEBEROEP - BESLISSINGEN VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP - BESLISSING DOET GEEN
UITSpraak OVER DE INVRIJHEIDSTELLING VAN DE GEÏNTERNEERDE

2° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — BESLISSINGEN VATBAAR VOOR
CASSATIEBEROEP — STRAFVORDERING — BESLISSINGEN UIT HUN

AARD NIET VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP - BESCHERMING VAN DE
MAATSCHAPPIJ - HOGE COMMISSIE - BESLISSING DOET GEEN UITSpraak OVER DE
INVRIJHEIDSTELLING VAN DE GEÏNTERNEERDE

1^o en 2^o Het cassatieberoep van een geïnterneerde tegen een beslissing van de Hoge Commissie tot bescherming van de maatschappij is niet ontvankelijk wanneer die beslissing geen beslissing tot afwijzing van zijn verzoek tot invrijheidstelling bevestigt noch het verzet van de procureur des Konings tegen een beslissing tot invrijheidstelling gegrond verklaart, maar alleen een psychiatrisch deskundigenonderzoek heeft bevolen. (Art. 19ter, Wet Bescherming Maatschappij 1930)

(B. B.)

ARREST (vertaling)

(AR P.10.0210.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen de beslissing van de Hoge Commissie tot bescherming van de maatschappij van 14 januari 2010.

De eiser voert grieven aan in een geschrift dat bij de akte van cassatieberoep is gevoegd, alsook twee middelen in een memorie.

Raadsheer Pierre Cornelis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Krachtens artikel 19ter Wet Bescherming Maatschappij 1930, kan de geïnterneerde cassatieberoep instellen tegen de beslissingen van de Hoge Commissie tot bescherming van de maatschappij die een beslissing tot afwijzing van zijn verzoek tot invrijheidstelling bevestigen of die het verzet van de procureur des Konings tegen die invrijheidstelling gegrond verklaren.

De bestreden beslissing verklaart het hoger beroep niet ontvankelijk op grond dat de commissie tot bescherming van de maatschappij geen uitspraak heeft gedaan over de invrijheidstelling van de eiser in hoger beroep, die niet is aangehouden, doch alleen een psychiatrisch deskundigenonderzoek heeft bevolen.

Het cassatieberoep dat gericht is tegen een beslissing van een andere aard dan die welke volgens het voormelde artikel 19ter aan het Hof kunnen worden voorgelegd, is niet ontvankelijk.

De geschriften van de eiser die geen betrekking hebben op de ontvankelijkheid van het cassatieberoep, behoeven geen antwoord.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

21 april 2010 – 2^o kamer – Voorzitter: de h. de Codt, afdelingsvoorzitter – Verslaggever: de h. Cornelis – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-gene-

raal – *Advocaat*: mr. F. Sabakunzi, Brussel.

Nr. 271

1° KAMER - 22 april 2010

1° SCHENKINGEN EN TESTAMENTEN - SCHENKING ONDER DE LEVENDEN - VORM -
HANDGIFT VAN ROERENDE GOEDEREN - TOEPASSELIJKHEID

2° BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — GESCHRIFTEN — BEWIJSKRACHT -
HANDGIFT VAN ROERENDE GOEDEREN T.W.V. MEER DAN 375 EURO - VOLWAARDIG SCHRIFTELIJK
BEWIJS - WIJZE

3° BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — VERMOEDENS - BEOORDELING VAN DE
BEWIJSWAARDE VAN DE VERMOEDENS DOOR DE RECHTER - VOORWAARDE

1° *De regel dat alle akten houdende schenking onder de levenden voor notaris worden verleden, in de gewone contractvorm, en daarvan, op straffe van nietigheid, een minuut wordt gehouden, is niet van toepassing op de handgift van roerende goederen tussen levenden, die tot stand komt door de louter materiële overhandiging, met het inzicht om te schenken, van de zaak aan de begiftigde, die aanvaardt.* (Art. 931, B.W.)

2° *Wanneer daartoe aanleiding bestaat, wordt het volwaardig schriftelijk bewijs van het bestaan van een handgift van roerende goederen ter waarde van meer dan 375 euro geleverd aan de hand van een door de schenker en de begunstigde ondertekend geschrift, dat de overhandiging, met het inzicht om te schenken, van de zaak aan de begiftigde vaststelt, evenals de aanvaarding ervan door de begiftigde¹.* (Artt. 1319, eerste lid, 1322, eerste lid, en 1341, B.W.)

3° *Vermoedens die niet bij wet zijn ingesteld worden aan het beleid van de rechter overgelaten, wat inhoudt dat de rechter onaantastbaar de bewijswaarde beoordeelt van de vermoedens waarop hij steunt, waarbij hij evenwel het rechtsbegrip feitelijk vermoeden niet mag miskennen².* (Art. 1353, B.W.)

(M. e.a. T. S.)

ARREST

(AR C.08.0602.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 24 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

1 Het O.M. concludeerde tot de gegrondheid van het middel en tot vernietiging van het bestreden arrest op grond dat een onderhandse akte dezelfde bewijswaarde heeft als een authentieke (cf. art. 1319 en 1322 B.W.) waaruit kan worden afgeleid dat een volledig schriftelijk bewijs van een handgift bestaat in een tussen partijen opgesteld en ondertekend bilateraal geschrift waaruit blijkt dat alle geldigheidsvoorwaarden (d.w.z. de animus donandi, de traditio en de aanvaarding) vervuld zijn. Op dusdanig wettelijke basis kwam het aldus in casu voor dat een unilateraal begiftigingsinzicht van de rechtsvoorgangster van eisers en een al even unilaterale bedanking van verweerster niet in aanmerking konden komen als volwaardig schriftelijk bewijs van de tot stand gekomen handgift en dat de beslissing aldus niet naar recht verantwoord was.

2 Zie Cass., 20 dec. 2007, AR C.07.0161.N, AC, 2007, nr. 652.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet;
- de artikelen 780, eerste lid, 3°, en 870 van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 894, 931, 1315, eerste lid, 1319, 1320, 1322, 1341, 1347, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Na te hebben voor recht gezegd in het tussenarrest van 26 juni 2007 dat het schrijven van 8 oktober 2001 van de hand is van mevrouw Geneviève Michotte van den Berck, oordeelt het hof van beroep te Brussel in het eindarrest van 24 juni 2008, dat het hoger beroep gegrond is, hervormt het bestreden vonnis, inzoverre hierin de oorspronkelijke hoofdvordering en tegenvordering ontvankelijk werden verklaard en de kosten begroot werden, en opnieuw rechtdoende voor het overige, verklaart het de hoofdvordering, strekkende tot revindicatie van bepaalde waardepapieren, ongegrond en de tegenvordering, in zoverre ze strekte tot het horen opleggen van de handlichting van het op 20 september 2004 bij het Nationaal Kantoor van Roerende Waarden aangetekend verzet voor verhandeling van bepaalde effecten, gegrond en veroordeelt de eisers tot het geven van handlichting van het voornoemd verzet. Het hof van beroep veroordeelt bovendien de eisers tot de kosten van eerste aanleg en van hoger beroep.

Het hof van beroep grondt zijn beslissing op volgende motieven (arrest pp. 3-5):

"3.1. Wat het bestaan van de handgift betreft:

3.1.1. Uit de neergelegde stukken blijkt o.m. het volgende:

- op 8 oktober 2001 stuurt de rechtsvoorganger van (de eisers) aan (de verweerster) een aangetekende brief waarin (vrij vertaald) te lezen staat (a) dat zij van plan is aan (verweerster), bij wijze van een handgift, 13.000.000 frank te schenken in de vorm van kapitaliseerbare Sicav's en (b) dat zij vraagt aan (de verweerster) aanwezig te zijn op 9 oktober 2001 om 14.30 uur in de KBC bank te 3001 Heverlee, Naamssesteenweg 167;
- op de omslag, die eigenlijk de keerzijde is van de geplooidde brief van 8 oktober 2001, wordt vermeld dat deze brief afgegeven werd aan de geadresseerde op 9 oktober 2001;
- bij aangetekend schrijven van 9 oktober 2001, verstuurd op 10 oktober 2001, laat Sylvine Smulders aan haar (groot)tante weten dat zij haar hartelijk bedankt voor de schenking van 13.000.000 frank die gebeurde op 9 oktober 2001;
- (een deel van) deze waardepapieren werden opgeborgen in een kluis die (de verweerster) opende bij hetzelfde filiaal van de KBC in Heverlee die op haar naam stond met een volmacht voor haar groottante; de enige sleutel van deze kluis bevond zich bij (de verweerster).

3.1.2. In tegenstelling met wat (de eisers) proberen voor te houden, zijn de brief van 8 oktober 2001 en de dankbrief van 9 oktober 2001 voor generlei interpretatie vatbaar.

In het schrijven van 8 oktober 2001 drukt de rechtsvoorganger van (de eisers) de wens uit dat zij kapitaliseerbare Sicav's ter waarde van 13.000.000 frank wou schenken aan (de verweerster). Op 9 oktober 2001 werd samengekomen in het KBC - filiaal te Heverlee alwaar de overhandiging van deze waardepapieren plaatsvond waarna bij schrijven van 9 oktober 2001, verstuurd op 10 oktober 2001, (de verweerster) haar groottante bedankte voor de op 9 oktober 2001 gedane schenking van de kwestieuze Sicav's.

Alle verdachtmakingen die (de eisers) uiten m.b.t. deze beide brieven en de omstandigheden waarin deze geschreven en/of verstuurd en/of ontvangen werden, zijn loutere beweringen die geen steun vinden in enig objectief gegeven van het dossier.

Er wordt verder niet betwist dat (de verweerster) (een deel) van deze Sicav's bewaarde in een kluis, geopend op haar naam in hetzelfde filiaal te Heverlee als geciteerd in de brief van 8 oktober 2001 en dat zij in het bezit was van de enige sleutel van deze kluis. Het feit dat de rechtsvoorganger van (de eisers) een volmacht had op deze kluis is niet relevant gezien (de verweerster) afdoend aantoont, op grond van geschriften, dat een handgift plaatsvond en er bijgevolg een materiële overdracht gebeurde van de kwestieuze Sicav's op 9 oktober 2001 die onherroepelijk en definitief was.

Tussen 9 oktober 2001 en 17 juni 2004, datum waarop de rechtsvoorganger van (de eisers) plots klacht neerlegde, werd het bestaan van de handgift nooit in vraag gesteld.

3.1.3. (De eisers) verwijzen zelf naar een werk van Van Heuverswijn Chr., Estate Planning, Boek 2, Vermogensplanning met effect bij leven: Schenking waarin o. m. gesteld wordt:

'Een grote meerderheid van de rechtszaken m.b.t. handgift houdt verband met de problematiek van het bewijs van handgiften en de verdeling van de bewijslast tussen de procespartijen. Als regel kan worden gesteld dat de redactie van geschriften ad probationem vrijwel onmisbaar is.

(...)

Het geschrift bestaat in de praktijk vaak uit twee afzonderlijke onderhandse akten: een akte ondertekend door de begiftigde waarin deze erkent de handgift ontvangen te hebben, en een akte ondertekend door de schenker die bevestigt de voorwerpen geschonken en overgedragen te hebben.

Om fiscale redenen bestaat het schriftelijk bewijs meestal uit twee afzonderlijke en zelfstandige stukken waarvan de samenlezing op ondubbelzinnige wijze het bestaan van de handgift en in voorkomend geval de modaliteiten ervan aantoont. Beide stukken nemen meestal de vorm van aangetekende brieven aan waardoor een semi-vaste datum wordt bekomen, die ook door de fiscus wordt erkend. Met een eerste brief, die de toekomstige schenker aan de toekomstige begiftigde zendt, wordt het inzicht tot schenken verwoord. De begiftigde zal deze brief, na ontvangst van de goederen, eveneens bij voorkeur aangekend beantwoorden".

Het is juist deze werkwijze die door de betrokkenen werd gehanteerd. (De verweerster) bewijst bijgevolg dat een handgift op regelmatige wijze tot stand kwam.

3.1.4. Het hof herhaalt dat alle argumenten die door (de eisers) worden aangehaald, zoals het ontbreken van het bewijs van een animus donandi, het gebrek aan traditio of de materiële overdracht van het voorwerp van de schenking, het feit dat de rechtsvoorganger van (de eisers) een volmacht had op de koffer die op naam stond van (de verweerster) en alwaar een deel van de geschonken waardepapieren zich bevinden, terzake niet meer relevant zijn in het licht van de vaststelling dat (de verweerster) een rechtsgeldig schriftelijk bewijs voorlegt van de handgift. (De verweerster) bewijst door die geschriften de animus donandi en de traditio.

3.1.5. De oorspronkelijke vordering, zoals hernomen door (de eisers), met name het bevel opleggen aan (de verweerster) tot teruggave van de in het inleidend exploit opgesomde waardepapieren, is zodoende ongegrond.

De oorspronkelijke tegenvordering ingesteld door (de verweerster), met name (de eisers) te veroordelen tot het geven van handlichting van het verzet ingesteld op 20 september 2004 bij het Nationaal Kantoor van Roerende Waarden voor de effecten opgesomd in de bijlage bij de verklaring van verzet, is dan weer gegrond.

(...).

Grieven

Eerste onderdeel

Artikel 894 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een schenking onder de levenden een akte is waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet, ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt.

Overeenkomstig artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek worden alle akten houdende schenking onder de levenden verleden voor de notaris, in de gewone contractvorm, en wordt daarvan, op straffe van nietigheid, een minuut gehouden.

Deze wetsbepaling is evenwel niet van toepassing op handgiften van roerende goederen tussen levenden, voor de geldigheid waarvan alleen de eigendomsafgifte over de zaak, met de bedoeling te schenken, door de schenker ten gunste van de begiftigde, die deze schenking aanvaardt, wordt vereist.

Luidens artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek moet een notariële akte of onderhandse akte worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van 375,00 euro te boven gaan en is het bewijs door getuigen niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375,00 euro.

Wanneer bijgevolg de beweerde begunstigde van een handgift van roerende waarden, die in zijn bezit zijn, door de beweerde eigenaar(s) van dezelfde roerende waarden gedagvaard wordt in revindicatie, en de eerstgenoemde zich beroept op een regelmatige handgift van deze roerende waarden, zal hij, wanneer de regelmatigheid van de handgift wordt betwist, gehouden zijn het bewijs van de regelmatigheid van de handgift te leveren overeenkomstig de gemeenrechtelijke beginselen, zoals onder meer vervat in artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek.

Zo zal het bewijs van de handgift van roerende waarden waarvan de waarde 375,00 euro te boven gaat, weliswaar niet noodzakelijk moeten worden geleverd door een notariële akte, doch wel door een geschrift.

Te dezen was niet betwist dat:

- de rechtsvoorgangster van de eisers de oorspronkelijke eigenares was van de titels;
- deze titels zich in de kluis van de verweerster bevonden;
- de rechtsvoorgangster van de eisers, als oorspronkelijke eigenares van de titels, en later de eisers zelf, de teruggave vorderden van deze titels;
- de verweerster stelde dat zij eigenares was geworden van de titels door een handgift;
- de betreffende titels de waarde van 375,00 euro te boven gingen.

De verweerster was bijgevolg gehouden tot het bewijs door geschrift van de handgift van de betreffende titels.

Het schriftelijk bewijs van een handgift houdt in dat door geschriften wordt bewezen dat een overdracht van het eigendomsrecht van roerende goederen heeft plaatsgehad, met de bedoeling te schenken, en dat de begunstigde deze schenking aanvaardt. De schenker moet derhalve schriftelijk erkennen dat hij een schenking van roerende goederen gedaan heeft ten gunste van een derde.

Dit bewijs wordt niet geleverd wanneer de schriftelijke verklaring van de vermeende schenker er zich toe beperkt te stellen dat hij van plan is een schenking te doen en, met andere woorden, slechts tot uiting brengt dat de steller (in de toekomst) een schenking wenst te doen, zonder dat hij ze vooralsnog effectief en werkelijk doet of gedaan heeft. Genoemd artikel 894 van het Burgerlijk Wetboek vereist immers dat de schenker zich

"dadelijk en onherroepelijk" van de geschonken zaak ontdoet ten voordele van de begiftigde.

Te dezen oordeelt het hof van beroep dat de verweerster "een rechtsgeldig schriftelijk bewijs voorlegt van de handgift" (arrest p. 4, nr. 3.1.4.). Dit schriftelijk bewijs wordt volgens de appelrechters opgeleverd door een brief van 8 oktober, door de rechtsvoorgangster van de eisers verstuurd aan de verweerster en door een brief van 9 oktober 2001 van de verweerster aan de rechtsvoorgangster van de eisers.

Het hof van beroep stelt dat in de brief van 8 oktober 2001, "(vrij vertaald) te lezen staat (a) dat (de rechtsvoorgangster van de eisers) van plan is aan (de verweerster), bij wijze van een handgift, 13.000.000 frank te schenken in de vorm van kapitaliseerbare Sicav's en (b) dat zij vraagt aan (de verweerster) aanwezig te zijn op 9 oktober 2001 om 14.30 uur in de KBC bank te (...)" (arrest p. 3, nr. 3.1.1., eerste streepje). Het hof van beroep erkent dat "in het schrijven van 8 oktober 2001 de rechtsvoorganger van (de eisers) de wens uit(drukt) dat zij kapitaliseerbare Sicav's ter waarde van 13.000.000 frank wou schenken aan (de verweerster)" (arrest p. 3, derde laatste alinea). Aldus stelt het hof van beroep vast dat de rechtsvoorgangster van de eisers schriftelijk stelde dat zij wenste een schenking te doen in de toekomst, doch niet dat ze een schenking had gedaan ten gunste van de verweerster. Deze akte van 8 oktober 2001 hield dus niet het schriftelijk bewijs van de schenking in.

Het (schriftelijk) bewijs van een schenking wordt evenmin geleverd door de (schriftelijke) verklaring van de beweerdte begunstigde dat hij de schenking aanvaardt.

De begunstigde van een handgift die zich hierop beroept moet, gelet op de bewijslastverdeling volgens artikel 870 van het Gerechtelijk wetboek, zoals bevestigd in artikel 1315, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, het schriftelijk bewijs leveren dat de vermeende schenker een roerend goed heeft geschonken. Een verklaring van de beweerdte begunstigde van de schenking zelf kan niet het bewijs vormen van de schenking. Bijgevolg kon de akte van 9 oktober 2001, door de verweerster aan de rechtsvoorgangster van de eisers verstuurd, en waarin zij stelde "dat zij haar hartelijk bedankt voor de schenking van 13.000.000 frank die gebeurde op 9 oktober 2001" (arrest p. 3, nr. 3.1.1., derde streepje), niet gelden als schriftelijk bewijs van de overdracht, door de schenker, van de vermeend geschonken goederen.

Aldus kon het hof van beroep niet wettig oordelen dat de verweerster een "rechtsgeldig schriftelijk bewijs voorlegt van de handgift". Het hof van beroep schendt bijgevolg alle in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen en kon dus niet wettig eisers' oorspronkelijke vordering afwijzen en de eisers tot de kosten veroordelen (schending van de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek, 894, 931, 1315, eerste lid en 1341 van het Burgerlijk Wetboek en voor zoveel als nodig de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek).

Tweede onderdeel

Artikel 894 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een schenking onder de levenden een akte is waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet, ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt.

Overeenkomstig artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek worden alle akten, houdende schenking onder de levenden verleden voor de notaris, in de gewone contractvorm, en wordt daarvan, op straffe van nietigheid, een minuut gehouden.

Deze bepaling is evenwel niet van toepassing op handgift van roerende goederen tussen levenden, voor de geldigheid waarvan alleen de eigendomsafgifte over de zaak, met de bedoeling te schenken, door de schenker ten gunste van de begiftigde, die deze schenking aanvaardt, wordt vereist.

Naar luid van artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek moet een notariële akte of on-

derhandse akte worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van 375,00 euro te boven gaan en is het bewijs door getuigen niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375,00 euro.

Wanneer bijgevolg de beweerd begunstigde van een handgift van roerende waarden, die in zijn bezit zijn, door de beweerde eigenaar(s) van dezelfde roerende waarden gedagvaard wordt in revindicatie, en de eerstgenoemde zich beroept op een regelmatige handgift van deze roerende waarden, zal hij, wanneer de regelmatigheid van de handgift wordt betwist, gehouden zijn het bewijs van de regelmatigheid van de handgift te leveren overeenkomstig de gemeenrechtelijke beginselen, zoals onder meer vervat in artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek.

Zo zal het bewijs van de handgift van roerende waarden waarvan de waarde 375,00 euro te boven gaat, weliswaar niet noodzakelijk moeten worden geleverd door een notariële akte, doch wel door een geschrift.

Te dezen was niet betwist dat:

- de rechtsvoorgangster van de eisers de oorspronkelijke eigenares was van de titels;
- deze titels zich in de kluis van de verweerster bevonden;
- de rechtsvoorgangster van de eisers, als oorspronkelijke eigenares van de titels, en later de eisers zelf, de teruggave vorderden van deze titels;
- de verweerster stelde dat zij eigenares was geworden van de titels door een handgift;
- de betreffende titels de waarde van 375,00 euro te boven gingen.

De verweerster was bijgevolg in beginsel gehouden tot bewijs door geschrift van de handgift van de betreffende titels.

Luidens artikel 1347 van het Burgerlijk Wetboek lijdt de regel van artikel 1341 van hetzelfde wetboek nochtans uitzondering wanneer er een begin van bewijs door geschrift aanwezig is. Een begin van bewijs door geschrift is, luidens het tweede lid van deze wetsbepaling, elke geschreven akte die uitgegaan is van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon door hem vertegenwoordigd, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt.

In zoverre het Hof de mening zou toegedaan zijn dat het hof van beroep oordeelde dat de brief van 8 oktober 2001, uitgaande van de rechtsvoorganger van de eisers en gericht aan de verweerster, een begin van bewijs door geschrift uitmaakt, kon het hof van beroep slechts tot een volwaardig bewijs van de handgift van de bedoelde roerende waarden besluiten, indien het aanvullend overeenstemmende vermoedens in de zin van de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek zou erkennen waaruit de werkelijkheid van de handgift kon worden afgeleid.

Het hof van beroep maakt melding van een brief van de verweerster van 9 oktober 2001, gericht aan de rechtsvoorgangster van de eisers en van het feit dat (een deel van) de roerende waarden werden opgeborgen in een kluis, geopend door de verweerster, waarvoor de rechtsvoorgangster van eisers volmacht had en waarvan de enige sleutel zich bij de verweerster bevond.

Uit de eigen verklaring van de begunstigde van de vermeende schenking kan niet het bewijs van een door de vermeende schenker betwiste schenking worden afgeleid. Bijgevolg kon de brief van 9 oktober 2001, door de verweerster aan de rechtsvoorgangster van de eisers verstuurd, en waarin zij stelde "dat zij haar hartelijk bedankt voor de schenking van 13.000.000 frank die gebeurde op 9 oktober 2001" (arrest p. 3, nr. 3.1.1., derde streepje), niet gelden als aanvullend vermoeden tot bewijs van een vermeende schenking

die door de schenker en zijn rechtsopvolgers werd betwist.

Waar het hof van beroep verwijst naar het feit dat (een deel van) de betreffende waardepapieren werden opgeborgen in een kluis die de verweerster opende in hetzelfde bankfiliaal (waarvan sprake in de brief van 8 oktober 2001) en die op haar naam stond (arrest p. 3, nr. 3.1.1., vierde streepje en p. 3, onderaan), moet worden vastgesteld dat het hof tevens vaststelde (arrest p. 3, nr. 3.1.1., vierde streepje) dat, zoals door partijen aangevoerd, de rechtsvoorgangster van de eisers een volmacht had in verband met de toegang tot de kluis.

Bovendien wijst het hof van beroep erop dat de enige sleutel van deze kluis zich bevond bij de verweerster (ibidem), zonder hierbij nochtans te antwoorden, zoals nochtans opgelegd door de artikelen 149 van de gecoördineerde Grondwet en 780, eerste lid, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, op eisers' aanvoeringen in conclusies dat de verweerster op bedrieglijke wijze in het bezit was gekomen van deze enige sleutel, die oorspronkelijk alleen in het bezit was van hun rechtsvoorgangster.

Zo stelden de eisers in conclusie dat de rechtsvoorgangster van de eisers haar geld en waardepapieren in de bankkluis bewaarde, dat zij een volmacht had en dat zij alleen toegang had tot de kluis omdat zij de enige sleutel bezat (syntheseconclusie p. 3, nr. 2 of p. 9, tweede alinea, in fine, p. 12, nr. 2); zij stelden tevens dat in de loop van 2004 hun rechtsvoorgangster de verdwijning van de sleutel vaststelde, zij navraag deed bij de verweerster die deed alsof ze de sleutel niet had en haar aanried beter te zoeken, en dat uiteindelijk via de bank vernomen werd dat de verweerster de sleutel bezat (syntheseconclusie p. 3, nr. 4 en p. 14, derde alinea). De eisers voerden tevens aan dat hun rechtsvoorgangster een klacht had ingediend bij de politie te Leuven, waar zij melding maakte van de verdwijning van de sleutel (syntheseconclusie p. 3-4, nr. 5). Aldus gewaagden de eisers van een onvrijwillige en niet gewilde buitenbezitstelling van de waardepapieren (syntheseconclusie p. 8, bovenaan of p. 13, nr. 3).

Aldus kon het louter feit dat de verweerster een bankkluis had waarin zich de waardepapieren bevonden waarvan zij beweerde dat zij het voorwerp waren van een handgift ten haren gunste, niet wettig door het hof van beroep in aanmerking worden genomen als vermoeden ter bevestiging van de handgift, zonder te antwoorden op de pertinente en regelmatige aanvoeringen dat de vermeende schenker volmacht had in verband met de toegang tot de kluis én de enige sleutel voor de kluis bezat, en dat deze sleutel op onrechtmatige wijze in het bezit was gekomen van de verweerster. Het hof van beroep miskent bijgevolg zijn motiveringsverplichting en schendt de artikelen 149 van de gecoördineerde Grondwet en 780, eerste lid, 3° van het Gerechtelijk Wetboek.

In zoverre de bestreden beslissing aldus zou moeten gelezen worden dat het hof van beroep hierbij heeft geoordeeld dat niet betwist werd dat de verweerster de sleutel van de kluis steeds in haar bezit zou hebben gehad, miskent het hof van beroep de bewijskracht van eisers' syntheseconclusie door er een draagwijdte aan te toe te kennen die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, nu eisers, zoals hiervoren gezegd, aanvoerden dat hun rechtsvoorgangster oorspronkelijk de enige sleutel van de kluis bezat en dat deze door de verweerster was ontvreemd. Het hof van beroep schendt bijgevolg de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

Het hof van beroep kon bijgevolg niet wettig, uitgaande van een begin van bewijs door geschrift, oordelen dat het bewijs van de handgift werd geleverd door de aanvullende vermoedens opgeleverd door het schrijven van 9 oktober 2001 van de verweerster aan de rechtsvoorgangster van de eisers en door het feit dat de vermeend geschonken roerende waarden zich bevonden in een kluis op naam van de verweerster. Het hof van beroep schendt bijgevolg tevens de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 894, 931, 1341, 1347, 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Tweede onderdeel

1. Krachtens artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek, worden alle akten houdende schenking onder de levenden verleden voor notaris, in de gewone contractvorm, en wordt daarvan, op straffe van nietigheid, een minuut gehouden.

Deze regel is niet van toepassing op de handgift van roerende goederen tussen levenden, die tot stand komt door de louter materiële overhandiging, met het inzicht om te schenken, van de zaak aan de begiftigde, die aanvaardt.

2. Krachtens artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek, moet een akte voor notaris of een onderhandse akte worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van 375 euro te boven gaan, zelfs betreffende vrijwillige bewaargeving. Het bewijs door getuigen wordt niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375 euro.

Krachtens artikel 1319, eerste lid van dit wetboek, levert de authentieke akte tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden een volledig bewijs op van de overeenkomst die erin is vervat.

Krachtens artikel 1322, eerste lid, van hetzelfde wetboek heeft een onderhandse akte, die erkend is door degenen tegen wie men zich daarop beroept of die wettelijk voor erkend wordt gehouden, tussen de ondertekenaars van de akte en tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden dezelfde bewijswaarde als een authentieke akte.

Uit het geheel van deze bepalingen volgt dat, wanneer daartoe aanleiding bestaat, het volwaardig schriftelijk bewijs van het bestaan van een handgift van roerende goederen ter waarde van meer dan 375 euro wordt geleverd aan de hand van een door de schenker en de begunstigde ondertekend geschrift, dat de overhandiging, met het inzicht om te schenken, van de zaak aan de begiftigde vaststelt, evenals de aanvaarding ervan door de begiftigde.

3. Luidens artikel 1347 van het Burgerlijk Wetboek luidt de regel van artikel 1341 van dat wetboek uitzondering wanneer er een begin van bewijs met geschriften voorhanden is.

Een begin van bewijs door geschrift is, luidens het tweede lid van die bepaling, elke geschreven akte die uitgaat van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld of van de persoon die hem vertegenwoordigt en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt.

Vermoedens die niet bij wet zijn ingesteld worden aan het beleid van de rechter overgelaten, wat inhoudt dat de rechter onaantastbaar de bewijswaarde beoordeelt van de vermoedens waarop hij steunt, waarbij hij evenwel het rechtsbegrip feitelijk vermoeden niet mag miskennen.

4. De appelrechters baseren hun beslissing op de omstandigheden dat:

- de rechtsvoorgangster van de eisers een aangetekende brief had gestuurd op 8 oktober 2001 waarin zij haar wil uitdrukte een schenking te doen;

- de verweerster op 9 oktober 2001 in het bezit kwam van de titels in het KBC-filiaal in Heverlee;
- een deel van de geschonken roerende waarden in de kluis van de verweerster was opgeborgen, kluis waarvan de verweerster de enige sleutel had;
- de rechtsvoorgangster van de eisers tussen 9 oktober 2001 en 17 juni 2004 het bestaan van de handgift nooit in vraag stelde.

De appelrechters oordelen eveneens dat de omstandigheid dat de rechtsvoorgangster van de eisers een volmacht had op de kluis van de verweerster niet relevant was omdat de materiële overhandiging voldoende was aangetoond en doen de overige beweringen van de eisers af als loutere beweringen die geen steun vinden in het dossier.

5. De appelrechters vermochten uit het geheel van die omstandigheden afleiden dat de handgift bewezen was op grond van het begin van bewijs met geschriften uitgaande van de rechtsvoorgangster van de eisers en op grond van de vermoedens die in het arrest zijn vermeld.

6. Met de redenen vermeld sub 4 verwerpen en beantwoorden de appelrechters het in het onderdeel bedoelde verweer.

7. Met die redenen oordelen de appelrechters niet dat niet betwist werd dat de verweerster steeds de sleutel van de kluis in haar bezit had.

8. Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Eerste onderdeel

9. Gelet op het antwoord op het eerste onderdeel, blijft het arrest overeind en is het eerste onderdeel zonder belang.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eisers in de kosten.

22 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Smetryns – *Andersluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Geinger en De Bruyn.

Nr. 272**1^o KAMER - 22 april 2010**

1^o BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — GESCHRIFTEN — BEWIJSKRACHT -
OVEREENKOMST - UITLEGGING GEGROND OP DE BEDOELING VAN DE PARTIJEN

2^o OVEREENKOMST — UITLEGGING - GEGROND OP DE BEDOELING VAN DE PARTIJEN

3^o OVEREENKOMST — VERBINDENDE KRACHT (NIET-UITVOERING) -
UITLEGGING DOOR DE RECHTER

1^o en 2^o De rechter die, bij de uitlegging van de overeenkomst tussen de partijen, eerder steunt op hun gemeenschappelijke bedoeling dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden, schendt aldus haar bewijskracht niet¹. (Artt. 1319, 1320 en 1322, B.W.)

3^o De rechter die aan de betwiste overeenkomst de gevolgen toekent die zij volgens zijn uitlegging ervan heeft schendt haar verbindende kracht niet². (Art. 1134, B.W.)

(D. T. FORTIS BANK nv)

ARREST

(AR C.09.0253.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 6 oktober 2008 gewezen door het hof van beroep te Gent.

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guy Dubrulle heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. De appelrechters oordelen in verband met de zekerheidsstelling door de eiser:

- de eiser vroeg op 22 februari 1999 in uitvoering van de kredietopeningovereenkomst van 17 februari 1999 die zijn zoon en schoondochter afsloten, de overdracht van begunstiging van zijn ASLK Fund Plan nrs. 003-2818603-11 en 003-294343-30 ten voordele van de ASLK dienst Nijverheids- en Beroepskredieten;

- deze overdracht van begunstiging kan niet afgezonderd worden van de kredietopeningsovereenkomst zelf, die kort voordien op 17 februari 1999 door zijn zoon en dochter werd gesloten;

- het hof stelt vast dat de zekerheidsstelling van de eiser niet bestond in de overdracht van rechten uit al lopende levensverzekeringen, maar uit twee levensverzekeringen die hij juist moest afsluiten om het krediet te bekomen en dit voor de sommen in verhouding tot het bekomen krediet.

Zij verwijzen verder naar de kredietopeningsovereenkomst en de erin opgenomen vermelding volgens dewelke de eiser ten voordele van de bank de rechten zal overdragen die voortvloeien uit het ASLK Fund Plan Europe dat hij op zijn hoofd bij de ASLK verzekeringen had.

Zij oordelen ten slotte dat het hof niet gebonden is door de bewoordingen waarmee de partijen de zekerheidsstelling omschreven en dat de strekking van de verklaring van de eiser waarin hij de overdracht van begunstiging vraagt, geen

¹ Zie Cass., 7 jan. 1998, AR C.97.0215.F, AC, 1998, nr. 9.

² Cass., 29 mei 2008, AR C.07.0321.N, AC, 2008, nr. 332.

twijfel laat dat zijn verklaring strekte tot de overdracht van de rechten uit de polissen ASLK Fund Plan.

2. De appelrechters geven aldus te kennen dat zij bij de uitlegging van de overeenkomst tussen de partijen eerder steunen op de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.

In het licht van de bedoeling van de partijen konden de appelrechters, zonder miskenning van de bewijskracht van de bijvoegsels bij de polissen ASLK Fund Plan, oordelen dat de eiser het recht om de overeenkomsten af te kopen heeft overgedragen aan de verweerster.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

3. De appelrechters die aan de betwiste overeenkomsten de gevolgen toekennen die zij volgens hun uitlegging ervan hebben, schenden de verbindende kracht van de overeenkomst niet.

De overige in het onderdeel aangevoerde wetsschendingen zijn afgeleid uit de in het eerste onderdeel vergeefs aangevoerde miskenning van de bewijskracht van de betwiste overeenkomsten en uit de in dit onderdeel vergeefs aangevoerde miskenning van de verbindende kracht ervan.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

22 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Andersluidende conclusie*³ van de h. Dubrulle, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en Van Ommeslaghe.

Nr. 273

1^o KAMER - 22 april 2010

GERECHTSKOSTEN — BURGERLIJKE ZAKEN — PROCEDURE VOOR DE FEITENRECHTER - RECHTSPLEGINGSVERGOEDING - BASIS-, MINIMUM- EN MAXIMUMBEDRAGEN - VASTSTELLING - PER AANLEG - GEVOLG - SAMENVOEGING VAN ZAKEN

*De bepaling van het K.B. van 26 oktober 2007, dat de erin vastgestelde basis-, minimum- en maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld worden per aanleg, verhindert niet dat, wanneer twee of meer rechtsvorderingen wegens samenhang worden gevoegd, de rechter twee of meer rechtsplegingsvergoedingen kan toekennen, indien hij oordeelt dat de samengevoegde zaken afzonderlijke geschillen uitmaken*¹. (Art. 1022,

³ Het O.M. concludeerde tot de gegrondheid van het eerste onderdeel.

¹ Zie I. SAMOY en V. SAGAERT, "De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat", *RW.*, 2007-08, (674) 685; contra J.-F. VAN DROOGHENBROECK en B. DE

Ger.W.; Art. 1, eerste en tweede lid, K.B. 26 okt. 2007)

(COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS T. PROVINCIALE BRABANTSE EN-
ERGIEMAATSCHAPPIJ)

ARREST

(AR C.09.0269.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 18 november 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Voorzitter Ivan Verougstraete heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift twee middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;

- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissing en motieven

Gevat door het verhaal van de verweerster tegen de beslissing van de eiseres van 21 december 2006 waarbij de eiseres voorlopige tarieven heeft opgelegd voor een periode van drie maanden ingaande op januari 2007, en van de beslissingen van de eiseres van 27 maart, 21 juni en 20 september 2007, waarbij deze voorlopige tarieven verlengd werden voor opeenvolgende periodes van drie maanden (§§9-13), en na in essentie te hebben vastgesteld dat de eiseres bij deze beslissing beslist heeft over de vaststelling van voorlopige tarieven in de zin van artikel 10 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit (hierna: "het Tarievenbesluit"), en dat in de bestreden beslissingen tevens de bonus van verweerster voor het exploitatiejaar 2005 werden verrekend, zoals zij door eiseres vastgesteld in haar beslissing van 31 oktober 2006 (§§9-13 en 58), verklaart het hof van beroep, bij het bestreden arrest het verhaal ingesteld tegen de vier beslissingen van de eiseres gegrond, vernietigt deze beslissingen, en "zegt dat het aan (de eiseres) staat om opnieuw te beslissen over de tarieven die door (de verweerster) moeten worden toegepast voor het exploitatiejaar 2007, rekening houdend met hetgeen bij dit arrest wordt beslist inzake de vaststelling van een bonus voor het exploitatiejaar 2005 van (de verweerster) en inzake de kostprijs voor aankoop van energie ter compensatie van netverliezen en ter vervulling van sociale openbare verplichtingen" (p. 46).

Het bestreden arrest baseert deze beslissing, in essentie, op de volgende overwegingen.

1. Bij de bestreden beslissing van 21 december 2006 past de eiseres correcties toe op het tariefvoorstel van de verweerster ten bedrage van 7.013.132,90 euro, "overdracht van 3.475.454,39 euro wegens de beslissing over de bonus van het exploitatiejaar 2005 inbegrepen" (§9).

De eiseres heeft "op 31 oktober 2006 beslist, na de controle van de exploitatierekening over het jaar 2005, dat van het geboekte exploitatieoverschot van 3.799.167,51 euro,

CONINCK, "La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d'avocat ", *JT*, 2008, (37) 43.

slechts een bedrag van 323.713,12 euro kon worden toegeschreven aan kostenbeheersende maatregelen en zodoende als bonus kon worden gekwalificeerd.

Zodoende heeft eiseres een bedrag dat gelijk is aan het verschil tussen het exploitatieoverschot en de bonus, hetzij 3.475.454,39 euro, ten laste gelegd van het budget voor het exploitatiejaar 2007" (§58).

2. Het hof van beroep heeft inmiddels bij een arrest van 10 november 2008 uitspraak gedaan over het verhaal van de verweerster tegen de beslissing van 31 oktober 2006 waarbij de bonus voor het exploitatiejaar 2005 werd vastgesteld. De beslissing werd vernietigd. De eiseres kon voor de vaststelling van de tarieven voor het exploitatiejaar 2007 bij de bestreden beslissingen geen grond putten uit haar beslissing van 31 oktober 2006 voor de tenlastelegging van het budget voor het exploitatiejaar 2007 (§60).

Het hof (van beroep) neemt evenwel aan dat het alsnog redenen in aanmerking kan nemen die door de eiseres nu worden aangevoerd en die bijkomend kunnen doen blijken dat haar standpunt betreffende de vastgestelde bonus inhoudelijk deugdelijk was (§61).

3. De invulling van de begrippen 'bonus' en 'malus' houdt geen verband met de mogelijkheid van de eiseres om op de exploitatierekening controle uit te voeren, die volgens het Tarievenbesluit zelf de controle op en de eventuele verwerping van geboekte uitgaven betreft. Een 'bonus' is het positieve resultaat van de exploitatie en een 'malus' het negatieve resultaat, beide desgevallend aangepast in functie van de controle ex post door de eiseres (§65).

Volgens artikel 24 van het Tarievenbesluit wordt de bonus of malus verdeeld in twee gelijke helften.

"De beloning voor het beter bereikte resultaat dan de begroting liet verwachten bestaat erin dat de helft van het voordeel hem wordt toegekend.

Omgekeerd, indien het resultaat slechter uitvalt dan begroot en er geen verwerping van uitgaven door (de eiseres) volgt die met zich brengen dat het exploitatieresultaat herleid wordt tot nul, blijft de helft ten laste van de (Distributienetbeheerder) en wordt de andere helft gevoegd bij de te begroten kosten voor een volgend jaar" (§67. onderstreping toegevoegd).

4. "(De eiseres) heeft het exploitatieresultaat, zoals het na enkele correcties wegens verworpen uitgaven resulteerde uit de rekeningen, en uitkwam op 3.799.167,51 euro, onterecht niet als bonus erkend.

Ze heeft niet vastgesteld dat er buitengewone omstandigheden voorhanden waren op grond waarvan ze een andere aanrekening van de bonus kon beslissen dan bij helften (...).

Aangezien de bonus 3.799.167,51 euro bedroeg, kon (de eiseres) dan ook enkel een bedrag van 1.899.583,76 euro, hetzij de helft, in mindering brengen van de tarieven die tijdens het exploitatiejaar 2007 dienden te worden toegepast" (§72).

Grievens

Het hof van beroep oordeelt dat de bonus gelijk is aan het verschil tussen het effectief resultaat en de gebudgetteerde winstmarge (§67).

De aldus gedefinieerde bonus is volgens het bestreden arrest het exploitatieoverschot van de verweerster (§72).

Het hof (van beroep) legt vervolgens, op basis van de becijfering van het exploitatieoverschot van de verweerster, vervat in de bestreden beslissing van de eiseres die terzake naar de beslissing van de eiseres van 31 oktober 2006 verwijst, deze bonus vast op 3.799.167,51 euro (§58, §72 en dispositief van het bestreden arrest).

(2) Echter, in haar beslissing van 31 oktober 2006 berekent de eiseres het exploitatieoverschot, dat volgens het bestreden arrest de 'bonus' uitmaakt, niet in functie van de ge-

budgetteerde winstmarge.

De eiseres berekent het exploitatieoverschot door het verschil te maken tussen het effectief resultaat volgend uit de toepassing van de tarieven en de winstmarge zoals zij in de loop van het jaar wordt gecorrigeerd in functie van de werkelijke waarde van het geïnvesteerde kapitaal (GIK), de werkelijke verhouding tussen eigen en vreemde vermogen, en de werkelijke parameters van vergoeding, dit is de zogenaamde 'werkelijke' winstmarge. De eiseres berekent aldus een aangepaste billijke vergoeding. (1)

Dit blijkt uit de beslissing (B)060928-CDC-139/23 van 28 september 2006 inzake verweerster, die na aanpassing aanleiding heeft gegeven tot de aangevochten beslissing (B)061031-CDC-139/24 van eiseres van 31 oktober 2006 waarvan zij "integraal deel (uitmaakt)", en waarvan de becijfering in de bestreden beslissing van 31 december 2006 wordt overgenomen.

De beslissing (B)060928-CDC-139/23 van 28 september 2006 preciseert terzake (p. 17):

"22. Op basis van de werkelijke GIK-waarde (...), de gewijzigde verhouding eigen vermogen/totaal vermogen (...), met toepassing van de voor het exploitatiejaar 2005 vastgestelde parameters heeft (de eiseres) berekend dat de billijke vergoeding voor het exploitatiejaar 2005, 6.772.941,38 euro mag bedragen. Dit is 42.528,06 euro meer dan de billijke vergoeding opgenomen in het budget en 109.654,71 euro minder dan voorzien in de rapportering van de distributienetbeheerder".

Het is op die basis dat de eiseres, in de aangevochten beslissing, het bedrag van het exploitatieoverschot berekend heeft, dat het hof van beroep als 'bonus' heeft geïdentificeerd.

(3) De berekening van de bonus door het hof van beroep is aldus tegenstrijdig met de definiëring van de bonus door het hof (van beroep).

Het bestreden arrest is aldus op tegenstrijdige motieven gestoeld en is dus niet regelmatig gemotiveerd (schending van artikel 149 van de Grondwet).

(4) Het hof (van beroep) hanteert bovendien een definitie van de bonus, die onverenigbaar is met de bewoording van de beslissing van de eiseres, geciteerd supra, 2.

Het bestreden arrest miskent aldus de bewijskracht van de beslissing van de eiseres (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

Tweede middel

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek;

- artikel 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

Aangevochten beslissing en motieven

Na te hebben vastgesteld dat de beslissingen van de eiseres inzake de verweerster van 21 december 2006 met referentie (B)0612211-CDC-139/26, van 27 maart 2007 met referentie (B)070327-CDC-632E/01, van 21 juni 2007 met referentie (B)070621-CDC-632E/04 en van 20 september 2007 met referentie (B)070920-CDC-632E/04, die door de verweerster middels vier verschillende verzoekschriften waren bestreden, onderling samenhang vertoonden aangezien de eerste beslissing het tariefvoorstel verwierp en voorlopige tarieven vaststelde voor het eerste trimester van 2007, en de drie overige beslissingen telkens voorlopige tarieven vaststelde voor de drie volgende trimesters (§2), en dat de verweerster in elk van de schriftelijke opmerkingen die in de vier gedingen werden ingediend

de "wettelijk voorziene rechtsplegingsvergoeding" vordert zonder nadere precisering, dat er door de verweerster geen bijzondere redenen aangereikt waren om de toekenning van een hoger bedrag dan het basisbedrag toe te kennen, en dat de partijen het er over eens waren dat het geschil niet in geld waardeerbaar was, zodat het basisbedrag 1.200,00 euro bedroeg (§93), en na de vier verhalen van verweerster te hebben gevoegd om er bij één arrest uitspraak over te doen (§3), deze verhalen gegrond te hebben verklaard, en de vier bestreden beslissingen van de eiseres te hebben vernietigd (dispositief), beslist het hof van beroep, bij het bestreden arrest, dat de rechtsplegingsvergoeding voor de verweerster begroot moet worden op 4.800,00 euro en veroordeelt de eiseres tot betaling ervan (§93).

Deze beslissing is in essentie gegrond op de volgende overwegingen:

1. De omstandigheid dat verweerster de kosten en erelonen van haar raadslieden kan afwentelen in de verbruikersprijzen vormt geen reden om haar een lager bedrag toe te kennen dan het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding (§92).

2. Gezien uitspraak wordt gedaan over vier gedingen die zijn gevoegd en die ieder een aparte instaatstelling hebben gevegd, moet de rechtsplegingsvergoeding voor de verweerster begroot worden op 4.800,00 euro (§93).

Grieven

Volgens artikel 1, tweede lid, van het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding, worden de in het KB bepaalde bedragen vastgelegd "per aanleg".

Bij het voegen van verschillende zaken ligt slechts één enkele aanleg voor.

Derhalve kan, waar verschillende zaken tussen twee partijen worden gevoegd, slechts één enkele rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

Door evenveel rechtsplegingsvergoedingen toe te kennen als er gevoegde zaken zijn, schendt het bestreden arrest de in het middel geviseerde wetsbepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het bestreden arrest definieert het begrip "bonus" in de zin van artikel 24 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit, als het "positieve resultaat van de exploitatie (...), desgevallend aangepast in functie van de controle ex post door (de eiseres)". Het verwijst daartoe naar het gangbare Franse taalgebruik volgens hetwelk een "boni" een overschot is op de begrote som ten aanzien van de werkelijk gedane uitgave".

Het hof van beroep stelt vervolgens vast dat het geboekte exploitatieoverschot, zoals het na enkele correcties wegens verworpen uitgaven resulteerde uit de rekeningen, uitkwam op 3.799.167, 51 euro.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de partijen het te dezen oneens waren omtrent de wijze van berekening van het exploitatieoverschot.

2. Overeenkomstig zijn definitie van het begrip bonus, oordeelt het hof van be-

roep dat de eiseres het vermeld bedrag onterecht niet als een bonus heeft erkend.

3. Het oordeel van het bestreden arrest is aldus niet op tegenstrijdige motieven gegrond.

In zoverre het middel schending aanvoert van artikel 149 van de Grondwet, kan het niet worden aangenomen.

4. Het hof van beroep geeft verder geen uitlegging van hetgeen de eiseres heeft geoordeeld in de beslissing van 28 september 2006, onder randnummer 22.

Het hof van beroep miskent aldus de bewijskracht van de beslissing van de eiseres niet.

Het middel kan in zoverre niet worden aangenomen.

Tweede middel

5. Artikel 1, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, bepaalt dat de in dit besluit vastgestelde basis-, minimum- en maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek worden vastgesteld per aanleg.

6. Deze bepaling verhindert niet dat, wanneer twee of meer rechtsvorderingen wegens samenhang worden gevoegd, de rechter twee of meer rechtsplegingvergoedingen kan toekennen, indien hij oordeelt dat de samengevoegde zaken afzonderlijke geschillen uitmaken.

7. Het middel dat ervan uitgaat dat bij het voegen van verschillende rechtsvorderingen wegens samenhang steeds slechts een enkele rechtsplegingvergoeding kan worden toegekend, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

22 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Kirkpatrick en Verbist.

Nr. 274

1° KAMER - 22 april 2010

**1° CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — VEREISTE
VERMELDINGEN - AANWIJZIGING VAN EEN GESCHONDEN WETSARTIKEL - WIJZIGING DOOR
EEN LATERE WET - DRAAGWIJDTE - MIDDEL NIET GEBASEERD OP HET GEWIJZIGD TEKSTGEDEELTE -
GEVOLG - ONTVANKELIJKHEID**

2^o GERECHTSKOSTEN — BURGERLIJKE ZAKEN — PROCEDURE VOOR DE FEITENRECHTER - RECHTSPLEGINGSVERGOEDING - BASISBEDRAG - AMBTSHALVE AFWIJKING DOOR DE RECHTER - WETTIGHEID

1^o Een cassatiemiddel waarin de schending wordt aangewezen van een artikel van een wet waarvan de tekst door een latere wet is gewijzigd, bedoelt dat artikel in zijn gewijzigde vorm; wanneer het middel evenwel niet gegrond is op de latere wijziging maar op een deel van de tekst van het wetsartikel dat van kracht is gebleven, kan de wijziging geen invloed hebben op de gegrondheid van het middel en is dit middel ontvankelijk¹.

2^o De rechter kan niet ambtshalve afwijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in het K.B. van 26 oktober 2007, indien niet een van de partijen hierom verzoekt. (Art. 1022, derde lid, eerste zin, Ger.W.; Art. 3, K.B. 26 okt. 2007)

(COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS T. PROVINCIALE BRABANTSE EN-
ERGIEMAATSCHAPPIJ)

ARREST

(AR C.09.0270.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 10 november 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Voorzitter Ivan Verougstraete heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift twee middelen aan.

(...)

Tweede middel

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek;

- artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

Aangevochten beslissing en motieven

Na te hebben vastgesteld dat "eiseres betaling (vordert) van de 'wettelijk voorziene rechtsplegingsvergoeding; zonder nadere precisering" (§38), en na het verhaal van verweerster gegrond te hebben verklaard en de bestreden beslissing te hebben vernietigd (§§35-36 en dispositief), bepaalt het bestreden arrest de rechtsplegingsvergoeding van verweerster op 4.800,00 euro en veroordeelt de eiseres tot betaling ervan (§38).

Deze beslissing is gegrond op de volgende overwegingen:

¹ Zie Cass., 21 mei 1990, AR 8847, AC, 1989-90, nr. 553; Cass., 18 sept. 1992, AR F.1944.N, AC, 1991-92, nr. 622; Cass., 9 juni 1997, AR S.96.0079.F, AC, 1997, nr. 263; Cass., 22 juni 1998, AR C.97.0355.N, AC, 1998, nr. 328; Cass., 12 jan. 2006, AR C.04.0151.N, AC, 2006, nr. 31.

"Inzake de begroting van de rechtsplegingsvergoeding overweegt het hof (van beroep) dat het voorliggende geschil een bijzonder specifieke materie betreft en dat de eiseres voor de indiening en behartiging van haar verhaal een beroep heeft dienen te doen op een gespecialiseerd advocaat.

De vordering strekkend tot vernietiging van een beslissing van (de eiseres) inzake vaststelling van een gebruikstarief is niet in geld waardeerbaar.

Rekening houdend met het geheel van de bijzonderheden die eigen zijn aan de voorliggende zaak en met het reglementair bepaalde basisbedrag en het maximum, wordt het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding op 4.800,00 euro bepaald". (§38)

Grieven

Artikel 1022, derde lid, Gerechtelijk Wetboek, bepaalt:

"Op verzoek van één van de partijen en op een met bijzondere redenen omklede beslissing, kan de rechter ofwel de vergoeding verminderen, ofwel die verhogen, zonder de door de Koning bepaalde maximum- en minimumbedragen te overschrijden".

Het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bepaalt in artikel 3 dat voor de geschillen die betrekking hebben op niet in geld waardeerbare vorderingen, het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding 1.200,00 euro, het minimumbedrag 75,00 euro, en het maximumbedrag 10.000,00 euro, bedraagt.

Luidens artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, kan de rechter slechts op verzoek van één van de partijen van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding afwijken.

Nu, zoals het bestreden arrest vaststelt, verweerster in cassatie betaling vorderde "van de wettelijk voorziene rechtsplegingsvergoeding; zonder nadere precisering", lag geen verzoek van de verweerster voor in de zin van artikel 1022, derde lid, Gerechtelijk Wetboek.

Door af te wijken van het in artikel 3 van het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding, schendt het bestreden arrest de in het middel aangehaalde wetsbepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Tweede middel

Gronden van niet ontvankelijkheid van het middel

5. De verweerster werpt op dat het middel niet ontvankelijk is aangezien artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de wet van 22 december 2008 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, te dezen niet van toepassing is aangezien het bestreden arrest werd uitgesproken op 10 november 2008.

6. Een middel waarin de schending wordt aangewezen van een artikel van een wet waarvan de tekst door een latere wet is gewijzigd, bedoelt dat artikel in zijn

gewijzigde vorm.

Het middel is te dezen evenwel niet gegrond op de wijzigingen aangebracht bij de wet van 22 december 2008 maar op dat deel van de tekst van het oude artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, dat van kracht is gebleven. De wijziging van vermeld artikel 1022, derde lid, kan aldus geen invloed hebben op de gegrondheid van het middel.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

7. De verweerster werpt verder op dat de eiseres geen belang heeft bij het aanvoeren van het middel aangezien de bestreden beslissing ten aanzien van de eiseres minder nadelig is, dan indien het hof van beroep de juiste rechtsregel had toegepast en had geoordeeld dat de vordering in geld waardeerbaar is.

8. Het bestreden arrest oordeelt dat de vordering niet in geld waardeerbaar is. Deze beslissing is voor het Hof niet aangevochten.

Het Hof kan derhalve de wettelijkheid van deze beslissing niet toetsen om over het belang van de eiseres te oordelen.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Middel zelf

9. Artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, bepaalt dat voor de geschillen die betrekking hebben op niet in geld waardeerbare vorderingen, het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding 1.200,00 euro, het minimum bedrag 75,00 euro en het maximum bedrag 10.000,00 euro bedraagt.

Het te dezen toepasselijk artikel 1022, derde lid, eerste zin, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaalt dat op verzoek van een van de partijen en op een met bijzondere redenen omklede beslissing, de rechter de vergoeding ofwel kan verminderen, ofwel kan verhogen, zonder de door de Koning bepaalde maximum- en minimumbedragen te overschrijden.

10. Voornoemd artikel 1022, derde lid, eerste zin, houdt met name in dat slechts van het basisbedrag, zoals bepaald in het koninklijk besluit van 26 oktober 2007, kan worden afgeweken, indien een van de partijen hierom verzoekt.

11. De appelrechters stellen vast dat de verweerster betreffende de gedingkosten, de betaling vordert van de "wettelijk voorziene rechtsplegingsvergoeding" zonder nadere precisering.

Zij oordelen vervolgens dat de vordering te dezen niet in geld waardeerbaar is en stellen de rechtsplegingsvergoeding vast op 4.800,00 euro, rekening houdend met het geheel van de bijzonderheden die eigen zijn aan de voorliggende zaak en met het reglementair bepaalde basisbedrag.

12. Door aldus te oordelen, zijn de appelrechters ambtshalve van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding afgeweken.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het uitspraak doet over de rechtsplegingsvergoeding.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de eiseres in de helft van de kosten.

Houdt de overige kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

22 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Kirkpatrick en Verbist.

Nr. 275

1^o KAMER - 22 april 2010

INKOMSTENBELASTINGEN — VENNOOTSCHAPSBELASTING —
VASTSTELLING VAN HET BELASTBAAR NETTO-INKOMEN —
BEDRIJFSVERLIEZEN - WAARDEVERMINDERINGEN OP SCHULDVORDERINGEN -
VOORWAARDEN VOOR BELASTINGVRIJSTELLING

De fiscale bepalingen beletten de uitsluiting uit de winst van een globale, niet-geïndividualiseerde waardevermindering op schuldvorderingen, gebaseerd op statistische gegevens uit het verleden en wijken aldus uitdrukkelijk af van de boekhoudkundige normen voor de waardeverminderingen op schuldvorderingen, die wel forfaitaire waardeverminderingen toelaten¹. (Artt. 24, 25, 5^o, 48 en 49, tweede lid, W.I.B. 1992; Art. 22, §1, 2^o, K.B. Uitvoering W.I.B. 1992)

(NECKERMANN POSTORDERS nv T. BELGISCHE STAAT, MINISTER VAN FINANCIËN)

Conclusie van advocaat-generaal D. THijs :

I. De feiten en procedurevoorgaanden.

Eiseres - een postorderbedrijf - sloot op 15 oktober 1992 een overeenkomst waarbij het haar sedert meer dan vier maanden openstaande schuldvorderingen met ingang van 1 december 1992 verkocht aan een andere vennootschap tegen 26,78% van het nominale bedrag.

In de jaarrekening per 31 december 1992 heeft eiseres een waardevermindering geboekt voor dubieuze debiteuren voor 2.711.087,53 €, bestaande uit enerzijds 108.205,52 € definitief verloren vorderingen en anderzijds 2.606.882.01 € openstaande vorderingen die nog niet vatbaar waren voor overdracht aan de overnemende vennootschap, maar dat wel konden worden, rekening houdend met de afgesproken vergoeding van 26,78%.

¹ Zie de conclusie van het O.M.

Het verschil tussen dit bedrag en het bedrag geboekt voor dubieuze debiteuren op 31 december 1991, hetzij 357.791,94 € werd in resultaat genomen.

In de aangifte in de vennootschapsbelasting heeft eiseres 23.364,36 € onder de belaste reserves opgenomen wegens de vastgestelde overschatting van de oorspronkelijk geboekte waardevermindering.

Bij bericht van wijziging van 20 juni 1995 werd de geboekte waardevermindering verworpen ten bedrage van 2.266.383,90 € omdat krachtens artikel 22 KB/WIB(1992) slechts 336.498,11 € kon worden vrijgesteld. Ondanks niet akkoord werd ingekohierd. Het bezwaar tegen de aanslag werd verworpen en ook de voorziening in rechte werd in eerste aanleg en in hoger beroep verworpen.

Bespreking van het middel tot cassatie.²

1. Het middel legt Uw Hof de vraag voor naar de waarderingsregels die van toepassing zijn wanneer ondernemingen op hun schuldvorderingen, waarvan de invorderbaarheid onzeker is, fiscaal een waardevermindering willen boeken.

Het middel neemt aan dat, aangezien de belastbare winst van de onderneming in beginsel moet worden vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels, tenzij de belastingwet anders bepaalt, de waardering van oninbaar geachte schuldvorderingen met toepassing van de boekhoudregels moet geschieden nu er geen fiscale bepaling bestaat die inzake de waardering van schuldvorderingen afwijkt van de boekhoudkundige regels.

Overeenkomstig de boekhoudregels³ worden (schuld)vorderingen opgenomen voor hun nominale waarde, onder aftrek van de waardeverminderingen, die worden toegepast zo er voor deze vorderingen onzekerheid bestaat over de betaling op de vervaldag, of wanneer hun realisatiewaarde op de datum van de jaarafsluiting lager is dan hun boekwaarde.

De boekhoudwetgeving laat tevens toe dat de waardering van waardeverminderingen op (schuld) vorderingen globaal, op niet-geïndividualiseerde wijze, mag geschieden, voor zover zij slaan op een homogene groep van schuldvorderingen met identiek dezelfde kenmerken op technisch of juridisch vlak⁴, waarbij het ook mogelijk is dat forfaitaire waardeverminderingen worden toegepast wanneer dat noodzakelijk is en er geen andere wijze is om de boekhouding in overeenstemming te brengen met de economische werkelijkheid⁵.

2. Het bestreden arrest oordeelde dat een belastingvrije waardevermindering op een schuldvordering, krachtens artikel 24,4° WIB92, slechts fiscaal kan worden aangenomen wanneer zij overeenstemt met een onbetwistbaar en geïndividualiseerd verlies, hetwelk niet op basis van statistische gegevens kan worden vastgesteld, zodat eiseres niet met toepassing van de aangehaalde boekhoudkundige regels de waardeverminderingen op haar schuldvorderingen globaal en forfaitair had kunnen ramen aan de hand van statistische gegevens.

3. In het enig middel, dat schending aanvoert van de artikelen 24,4° en 361 WIB(1992), vecht eiseres deze rechtsopvatting aan.

4. Zoals eiseres terecht vooropstelt, geldt als regel dat de belastbare winsten van de ondernemingen worden vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels, tenzij de belastingwet daarvan afwijkt, hetzij uitdrukkelijk⁶, hetzij impliciet maar zeker⁷.

Hieruit volgt dat de fiscale wetgeving steeds bij voorrang dient te worden toegepast.

² Zie de memorie van antwoord (p. 2 t.e.m. 8).

³ Zie de artikelen 27bis, §1 en 31, vierde lid, KB van 8 okt. 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen.

⁴ Artikel 18 KB van 8 okt. 1976.

⁵ Zie het advies nr. 127/1 van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen.

⁶ Zie bijv. Cass. 20 feb. 1997, AC 1997, nr. 100.

⁷ D. GARABEDIAN, "Bénéfice imposable et droit comptable", R.C.J.B. 2000, 554, nr. 23.

Er bestaat inderdaad geen algemeen rechtsbeginsel dat het boekhoudrecht het fiscaal recht beheerst⁸.

5. Het verlies van een schuldvordering of de waardevermindering op een schuldvordering vormt fiscaal een waarderingsprobleem in de zin van artikel 24,4° WIB(1992)⁹.

Uit de artikelen 24,4° en 361 WIB(1992) volgt dat de verliezen of waardeverminderingen op schuldvorderingen op fiscaal vlak uitsluitend kunnen worden aangenomen indien zij werkelijk met een onbetwistbaar verlies overeenstemmen, m.a.w. wanneer ze zeker en vaststaand zijn¹⁰.

Uw Hof bevestigde deze regel reeds meermaals in zijn rechtspraak waar het oordeelde dat het verlies van een schuldvordering die werkelijk tot het vermogen van een onderneming behoort en die in het actief van haar balans is opgenomen, tot uiting moet komen in de waardering van die schuldvordering op het einde van het boekjaar waarin het verlies werkelijk en definitief is geworden¹¹.

Wanneer er daarentegen nog geen absolute zekerheid bestaat over de vraag of en in welke mate de schuldvordering definitief oninbaar zou zijn, kan die schuldvordering niet uit de belastbare winst worden gesloten¹².

Het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van het werkelijk en definitief karakter van een verlies of van een waardevermindering op een schuldvordering betreft als zodanig een feitenkwestie, waarbij het aan de belastingplichtige staat om hiervan het bewijs te leveren¹³.

Waar boekhoudkundig reeds sprake kan zijn van een waardevermindering op een schuldvordering wanneer er onzekerheid bestaat over de betaling op de vervaldag¹⁴, is voor de boeking van een waardevermindering op fiscaal vlak derhalve vereist dat de waardevermindering met absolute zekerheid vaststaat.

In die mate wijkt de fiscale wet, in het bijzonder de artikelen 24,4° en 361 WIB(1992), derhalve af van de boekhoudregels zodat deze regels geen toepassing kunnen vinden op voorliggend waarderingsprobleem.

6. Tegenover de vanuit fiscaal oogpunt definitief vaststaande verliezen of waardeverminderingen op schuldvorderingen, staan de "waarschijnlijke" verliezen of waardeverminderingen op (dubieuze.) schuldvorderingen, m.a.w. schuldvorderingen waarvan het onzeker is op het einde van het boekjaar dat ze reeds definitief oninbaar zijn geworden.

Voor deze laatste categorie van waardeverminderingen voorziet de fiscale wet in artikel 48 WIB (1992) dat deze verliezen of waardeverminderingen van belastingen kunnen worden vrijgesteld, zij het slechts binnen de grenzen en onder de voorwaarden die de Koning bepaalt.

De grenzen en voorwaarden waaraan de geboekte verliezen of waardeverminderingen moeten voldoen opdat zij uit de winst van het belastbare tijdperk kunnen worden gesloten, worden omschreven in artikel 22 KB/WIB(1992).

Op schuldvorderingen waarvoor nog niet definitief met zekerheid vaststaat of zij op hun vervaldag zullen worden betaald, kan derhalve, niet alleen boekhoudkundig, maar

8 Cass. 5 mei 1995, *AC*, 1995, nr. 226.

9 A. MISSAL, "Creditnota, minderwaarde of waardevermindering: wat was het nu ook alweer?", noot bij Rb. Luik 6 sept. 2007, *TFR*, 2008, 349, 917.

10 COM.I.B., nr. 24/115; H. PINTE, "Waardeverminderingen op vorderingen", *AFT*, 1992, 51.

11 Cass. 28 jan. 1982, *AC* 1981-82, 697, met noot; Cass. 26 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 813; Cass. 2 jan. 1963, *Pas.* 1963, I, 514.

12 Cass. 21 feb. 1956, *AC* 1956, 507; Cass. 26 juni 1951, *AC*, 1951, 641.

13 Cass. 21 feb. 1956, *AC* 1956, 507; H. PINTE, l.c., 56.

14 Zie de artikelen 27bis, §1 en 31, vierde lid, KB van 8 okt. 1976.

ook fiscaalrechtelijk een waardevermindering worden toegepast, zij het dat dit op fiscaal vlak enkel kan binnen de strikte grenzen en voorwaarden van artikel 22 KB/WIB(1992).

Buiten de grenzen en voorwaarden van dit artikel kunnen waardeverminderingen op schuldvorderingen enkel fiscaalrechtelijk worden geboekt wanneer definitief en zeker vaststaat dat deze schuldvorderingen oninbaar zijn geworden (zie hoger).

De regel dat verliezen en waardeverminderingen slechts volledig aftrekbaar zijn wanneer definitief vaststaat dat de schuldvorderingen verloren zijn gegaan, vindt derhalve bevestiging in de artikelen 48 WIB(1992) en 22 KB/WIB(1992) in de mate dat deze bepalingen afwijken van die algemene regel en voorzien dat voor "waarschijnlijke" verliezen en "waarschijnlijke" waardeverminderingen op schuldvorderingen in beperkte mate een vrijstelling kan worden genoten.

7. Slechts in de mate dat de artikelen 48 WIB(1992) en 22 KB/WIB(1992) afwijken van de algemene regel vervat in artikel 24,4° WIB(1992) en toelaten dat een waarschijnlijke, doch niet-definitieve waardevermindering fiscaal wordt geboekt, kan worden gesteld dat deze bepalingen gelijk sporen met de boekhoudregels.

Inzake de waardering van verliezen of minderwaarden op schuldvorderingen vormt dit echter het enige punt van overeenstemming tussen de boekhoudregels en de fiscale regeling.

Zo kunnen waardeverminderingen op schuldvorderingen met homogene kenmerken niet op grond van artikel 22 KB/WIB(1992) globaal en forfaitair, op basis van statistische gegevens, worden toegepast, hetgeen boekhoudkundig wel mogelijk is.

Artikel 22, §1, 2°, WIB(1992) maakt de vrijstelling immers uitdrukkelijk afhankelijk van de voorwaarde dat de verliezen scherp moeten worden omschreven en dat de waarschijnlijkheid ervan "voor iedere vordering" moet blijken uit bijzondere tijdens het belastbaar tijdperk voorgekomen en op het einde daarvan nog bestaande omstandigheden, en niet uit een louter algemeen risico.

Iedere vordering moet derhalve behoorlijk worden geïdentificeerd, terwijl de waardeverminderingen, stuk voor stuk, m.a.w. individueel, moeten worden verantwoord door feiten die zich tijdens het boekjaar hebben voorgedaan en die bij het einde daarvan nog steeds bestaan.

8. Ook in de rechtsleer bestaat er eensgezindheid over dat een globale waardevermindering op statistische basis in de huidige stand van de wetgeving fiscaal niet in aanmerking kan worden genomen¹⁵.

De hoven van beroep te Gent en te Brussel hebben over de gestelde problematiek reeds in die zin geoordeeld¹⁶.

Een arrest van het Hof van Beroep te Luik, lijkt daartegen de tegengestelde mening toegedaan¹⁷. In een recenter arrest van 24 mei 2000 blijkt dat hof evenwel 'tot inkeer' te zijn

15 J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruylant, 2003, 137; A. MISSAL, "Creditnota, minderwaarde of waardevermindering: wat was het nu ook alweer?", *TFR* 2008, 918; H. PINTE, "Waardeverminderingen op vorderingen", *AFT* 1992, 51; VAN P. HEUVERS WYN en K. DE BOEVER, *Vennootschap en belastingen*, Kluwer, losbl., Deel IV, 5 – nr. 460; Y. VERDINGH, *Bestendig handboek vennootschapsbelasting*, Kluwer, losbl., V.2 - 101; H. PINTE, "Waardeverminderingen op vorderingen. Pleidooi voor een wijziging van artikel 23 van het W.I.B.", *AFT* 1992, 57, waarin de auteur argumenteert dat artikel 23 WIB (later artikel 48 WIB(1992)) overbodig is geworden aangezien de waarderingskwestie wordt beheerst door artikel 21 WIB (thans artikel 24 WIB(1992)).

16 o.m. Brussel 27 sept. 1988, *FJF* 1989, nr. 89/7; Gent 20 juni 1986, *FJF* 1987, nr. 87/146; Gent 23 mei 1996, *FJF* 1996, nr. 96/325. ([16]) Luik 18 maart 1987, *FJF* 1987, nr. 87/123, besproken in de conclusie van advocaat-generaal Henkes bij Cass. 12 sept. 2002, AC 2002, 1818.

17 Luik 18 maart 1987, *FJF* 1987, nr. 87/123, besproken in de conclusie van advocaat-generaal Henkes bij Cass. 12 sept. 2002, AC 2002, 1818.

gekomen¹⁸.

9. Waar de waardeverminderingen in onderhavige zaak door eiseres forfaitair en globaal waren toegepast, op basis van statistische gegevens, was derhalve niet voldaan aan de voorwaarde van identificatie gesteld in artikel 22 KB/WIB(1992) zodat de door eiseres globaal geboekte waardevermindering ten bedrage van 2.606.882,01 € niet wettig uit de belastbare basis was gesloten.

Hiervan kwam enkel een bedrag van 336.489,11 € in aanmerking om op grond van artikel 22 KB/WIB(1992) te worden vrijgesteld van belastingen (zie het bericht van wijziging van 20 juni 1995).

10. Uit wat voorafgaat volgt dat het middel derhalve faalt naar recht in zoverre het voorhoudt dat er geen enkele fiscale regel bestaat die afwijkt van het boekhoudrecht wat betreft de waardering van waardeverminderingen op schuldvorderingen.

Zoals werd aangetoond, moet op fiscaal vlak dienaangaande een onderscheid worden gemaakt dat de boekhoudwetgeving niet kent, met name het onderscheid tussen de waardeverminderingen op schuldvorderingen naargelang ze "definitief"¹⁹.

Ingevolge deze specifieke fiscale regeling kunnen de boekhoudkundige waarderingsnormen niet doorwerken ten aanzien van de fiscale waardering van waardeverminderingen op schuldvorderingen.

Dat de fiscale wet op het vlak van de waardeverminderingen afwijkt van het boekhoudrecht en hierop prevaleert, blijkt duidelijk uit het arrest van Uw Hof van 13 mei 2002²⁰.

Uit de geciteerde bepalingen, en in het bijzonder uit artikel 22 KB/WIB(1992), volgt tevens dat, op fiscaal vlak, waardeverminderingen op homogene schuldvorderingen niet globaal kunnen worden geraamd aan de hand van statistische gegevens, en dat deze waardering, integendeel, enkel op individuele basis kan gebeuren.

Het bestreden arrest oordeelde derhalve naar recht dat de waardeverminderingen op de schuldvorderingen van eiseres enkel kunnen worden aangenomen indien ze met een onbetwistbaar verlies overeenstemmen²¹, waarbij het op goede gronden aangaf dat een waardering op basis van statistische gegevens uit den boze was vermits statistieken op een waarschijnlijkheidsgraad zijn gebaseerd, en niet op een zeker en vaststaand gegeven²².

Besluit: VERWERPING.

ARREST

(AR F.08.0094.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 15 januari 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

¹⁸ Luik 24 mei 2000, *FJF* 2000/427.

¹⁹ Artikel 24,4° juncto 361 WIB(1992) of slechts "waarschijnlijk" zijn (artikelen 48 WIB92 en 22 KB/WIB(1992)).

²⁰ AR F.98.0095.F, *AC*, 1992, nr. 290; P. OP DE BEEK en S. PAUWELS, "Fiscale aftrekbaarheid waardeverminderingen op obligaties", *TFR*, 2002, 1120.

²¹ Arrest, p.10, onderaan - p.11, bovenaan.

²² Arrest, p.12, laatste alinea.

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 24 en 361 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 10 april 1992, hierna afgekort WIB92.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest: "Verklaart het hoger beroep ongegrond. (...) Bevestigt derhalve het bestreden vonnis. Slaat de kosten in hoger beroep tussen partijen om".

op grond van de motieven op p. 9 - 13:

"2.1.- Het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen (hierna KB/jaarrekening genoemd) legt in de artikelen 15 tot 36 bepaalde regels vast met betrekking tot de waardering van de inventarissen. Deze regels moeten ook voor het bepalen van de belastbare grondslag worden aangenomen, tenzij en in de mate dat de fiscale wetgeving er uitdrukkelijk van afwijkt.

Algemeen kan dus worden gesteld dat wanneer, in strijd met de boekhoudkundige of fiscale bepalingen, activabestanden werden ondergewaardeerd of passivabestanden werden overgewaardeerd, deze bestanden moeten worden behandeld als zogeheten "onzichtbare" reserves, d.w.z. reserves die verborgen zijn en niet onder hun normale benaming op de balans voorkomen.

Het betreft hier enerzijds in de onderneming gekomen of voorhanden gebleven activa die ten onrechte geheel of ten dele werden afgeboekt, ofwel doordat zij rechtstreeks ten laste van enigerlei rekening van het resultaat werden gelegd, ofwel doordat zij overdreven afschrijvingen of waardeverminderingen ondergingen, of nog omdat zij in de eindinventaris werden ondergewaardeerd (hiertoe behoren inzonderheid de vaste activa, de voorraden en de vorderingen die op datum van de jaarafsluiting ofwel in waarde, ofwel in hoeveelheid, zijn onderschat).

Anderzijds, betreft het ook reserves die onder een onjuiste benaming onder de passivabestanden voorkomen en aldus in feite winst verbergen (vermelding van fictieve of uitgedoofde schulden).

De aldus vastgestelde "onzichtbare" reserves moeten op grond van artikel 24, eerste lid, 4°, WIB92, onder de belastbare winst worden begrepen.

2.2.- Artikel 361, WIB92 bepaalt dat wanneer bij het onderzoek van de boekhouding over een bepaald belastbaar tijdperk onderwaarderingen van activa of overwaarderingen van passiva vermeld in artikel 24, eerste lid, 4°, WIB92 worden vastgesteld, deze als winst van dat belastbare tijdperk worden aangemerkt, zelfs indien ze blijken uit de boekhouding betreffende vorige belastbare tijdperken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat ermee rekening is gehouden bij het bepalen van het resultaat van deze laatste tijdperken.

Naar luid van artikel 24, eerste lid, 4°, WIB92 bestaat winst uit inkomsten van alle nijverheids-, handels- of landbouwondernemingen die voortkomen uit onderwaarderingen van activa of overwaarderingen van passiva, in zover de onderwaardering of de overwaardering niet samenvalt met een al dan niet uitgedrukte vermeerdering of vermindering, naar het geval, noch met afschrijvingen die voor de toepassing van de belasting in aanmerking zijn genomen.

Overeenkomstig de boekhoudwetgeving worden vorderingen in de balans in beginsel opgenomen voor hun nominale waarde, onder aftrek van de waardeverminderingen die worden toegepast zo er voor deze vorderingen onzekerheid bestaat over de betaling op de vervaldag of nog wanneer hun realisatiewaarde op de datum van de jaarafsluiting lager is dan hun boekwaarde (artikel 27bis, §1, en 31, vierde lid, KB/jaarrekening).

Op fiscaal vlak worden waardeverminderingen op schuldvorderingen - onverminderd

de vrijstelling van waardeverminderingen voor waarschijnlijke verliezen op vorderingen vermeld in artikel 48 WIB92, en de verdiscontering van langlopende vorderingen overeenkomstig artikel 363 WIB92 alleen aangenomen indien ze met een onbetwistbaar verlies overeenstemmen.

De schuldvordering is vertegenwoordigd door een intrinsieke waarde, waarvan het totale of gedeeltelijke verlies, wanneer dit zeker en blijvend is, van de winst van de onderneming mag worden afgetrokken. Ze neemt alleen maar in waarde af ten gevolge van omstandigheden die steeds moeten worden verantwoord (onbetwistbare oninvorderbaarheid of wel bekende insolventie van de schuldenaar).

De belastingplichtige moet door middel van bewijskrachtige gegevens aantonen dat de beweerde waardevermindering werkelijk met een onbetwistbaar of quasi-zeker verlies van de bewuste schuldvorderingen overeenstemt.

Dit verlies wordt uitgedrukt door de raming van de schuldvordering op het einde van het jaar of boekjaar tijdens hetwelk het verlies werkelijk en definitief is geworden (Cass., 26 maart 1963, Pas., 1963, I, 813).

Het aannemen van waardeverminderingen op schuldvorderingen is aldus afhankelijk van het overleggen door de belastingplichtige van voldoende gegevens betreffende de graad van insolventie van zijn schuldenaars. De belangrijkheid van de aanneembare waardeverminderingen moet worden geraamd op grond van feiten en omstandigheden die bestonden op het einde van het jaar of boekjaar waarin zij worden toegepast.

2.3. Boekhoudkundige normen die zouden aannemen dat het bedrag van de waardevermindering op schuldvorderingen aan de hand van statistische gegevens zouden kunnen en mogen worden vastgesteld wijken af van de door artikel 24 WIB92 gestelde vereisten om de vrijstelling van de kwestieuze waardevermindering te kunnen aannemen.

Door het hof dient te worden vastgesteld dat niet ernstig betwist wordt dat appellante haar openstaande schuldvorderingen over de periode september tot december 1992, hetzij schuldvorderingen met betrekking tot het boekjaar 1992, aan de nv Universum Credit Management heeft overgedragen. Blijkens de overeenkomst tussen appellante en de nv Universum Credit Management kon deze overdracht evenwel enkel gebeuren met betrekking tot vorderingen, die vier maanden of langer onbetaald bleven. Hieruit dient door het hof te worden afgeleid dat appellante voor het verloop van deze termijn van minimum vier maanden geen zekerheid noch quasi-zekerheid kon hebben omtrent welke schuldvordering c.q. individualiseerbare schuldvordering onbetaald zou blijven na verloop van de voormelde termijn.

Op het einde van het boekjaar, hetzij voordat de termijn van vier maanden was afgelopen, bestond alleszins geen zekerheid noch quasi zekerheid omtrent het verlies van bepaalde schuldvorderingen. De verliezen konden vooralsnog niet scherp worden omschreven. Tot 31 december 1992 kon niet worden uitgesloten dat de kwestieuze schuldvorderingen van de periode september tot en met december 1992 vooralsnog begin van het volgend boekjaar c.q. volgend aanslagjaar zouden worden betaald. Statistieken zijn op een waarschijnlijkheidsgraad gebaseerd en niet op enige zeker en vaststaand gegeven. Op grond van statistische gegevens kan derhalve niet worden besloten dat de voormelde schuldvorderingen per 31 december 1992 definitief verloren waren. Een algemeen risicoverlies stemt niet overeen met de door de fiscale wet gestelde vereisten om een belastingvrije waardevermindering aan te nemen, temeer niet de minste zekerheid of quasi zekerheid kan bestaan omtrent de identificatie en individualisatie van de in de toekomst als onverhaalbaar te beschouwen schuldvorderingen.

Het hoger beroep faalt derhalve zo in feite als in rechte".

Grieven

1. Overeenkomstig de artikelen 27*bis*, §1, en 31, vierde lid, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen, worden in de boekhoudwetgeving vorderingen in de balans in beginsel opgenomen voor hun nominale waarde, onder aftrek van de waardeverminderingen, die worden toegepast zo er voor deze vorderingen onzekerheid bestaat over de betaling op de vervaldag of wanneer hun realisatiewaarde op de datum van de jaarafsluiting lager is dan hun boekwaarde.

Overeenkomstig het aangehaalde artikel 18 van voormeld koninklijk besluit, maakt elk vermogensbestanddeel het voorwerp uit van een aparte waardering, terwijl die waardering van waardeverminderingen op vorderingen nochtans ook globaal mogen geschieden, voor zover zij slaan op een groep met identiek dezelfde kenmerken op technisch of juridisch vlak.

Overeenkomstig het aangehaald artikel 19 van hetzelfde voormeld koninklijk besluit, vereist het getrouwheidsbeginsel dat rekening wordt gehouden met alle voorzienbare risico's, mogelijke verliezen en ontwaardingen.

Volgens de Commissie voor Boekhoudkundige Normen, in haar advies nr. 127/1, hebben voorgaande regels tot gevolg dat ook forfaitaire waardeverminderingen op systematische wijze moeten worden toegepast, wanneer dat noodzakelijk is en er geen andere wijze is, om de boekhouding in overeenstemming te brengen met de economische werkelijkheid:

"De toestand kan - en moet logischerwijze - anders worden beoordeeld wanneer het gaat om vorderingen ten belope van een klein bedrag die onderhevig zijn aan een risico dat bij het stellen van de handeling die tot de vordering aanleiding geeft grotendeels op statistische basis wordt beoordeeld. Dit is vooral het geval bij ondernemingen die te maken hebben met een zeer talrijke cliënteel (grootwarenhuizen - openbare nutsbedrijven) en die goederen of diensten leveren die op een later tijdstip moeten worden betaald of terugbetaald. In deze gevallen is de individuele waardering van de vorderingen en de vaststelling van afzonderlijke waardeverminderingen in feite onmogelijk. Zij beantwoorden overigens niet aan de statistische benadering die voorligt bij de levering van de betrokken goederen en diensten en bij het beheer van de daaruit voortvloeiende vorderingen. De vaststelling van forfaitaire waardeverminderingen zou in dit geval beter overeenstemmen met de economische werkelijkheid voor zover het percentage dat terzake wordt weerhouden wel degelijk wordt verantwoord door werkelijke verliezen door de onderneming zelf geleden op vorderingen van die aard tijdens een geijkte referentieperiode die elk jaar wordt herzien. In voorkomend geval zullen deze vorderingen moeten worden opgedeeld ten einde voor de statistische ontleding over homogene groepen te beschikken.

Dergelijke waardeverminderingen zijn in ieder geval waardeverminderingen in de zin van het besluit van 8 oktober 1976. Zij moeten derhalve op de balans in mindering worden gebracht van de overeenstemmende actiefposten en in de toelichting opgenomen worden onder punt 7. (...)

Forfaitaire waardeverminderingen moeten op systematische wijze worden toegepast. (...)"

2. De belastbare winst van de ondernemingen wordt vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels, tenzij de belastingwet daarvan uitdrukkelijk afwijkt, zoals dit werd uiteengezet in het Verslag aan de Koning, voorafgaand aan het voormeld koninklijk besluit van 8 oktober 1976: "Het is evenwel aangewezen fundamentele distorsies tussen de bepalingen van het KB en de regels die de vaststelling van de belastbare winst beheersen, te vermijden. Om reden daarvan worden de bepalingen met betrekking tot de waardeeringen, afschrijvingen, waardeverminderingen en provisies voor risico's, bepaald door het KB aanvaard door de fiscale Administratie voor de belastbare grondslag, behalve wanneer daarvan uitdrukkelijk wordt afgeweken door de fiscale wetgeving".

3. Met betrekking tot de waardering van schuldvorderingen bevat de fiscale wetgeving geen enkele uitdrukkelijke bepaling die expressis verbis afwijkt van voormelde boekhoudregels.

4. Er bestaat al evenmin enige fiscale regel, die zodanig vatstaand is, dat hij zich tegen de toepassing van voormelde boekhoudregels zou verzetten.

5. Integendeel, de geldende fiscale regel, zoals hij verwoord werd door het Hof, laat de toepassing van voormelde boekhoudregels onverkort doorwerken in de fiscale wetgeving.

Immers, fiscaal dient het verlies of de minderwaarde van een schuldvordering, die daadwerkelijk in het vermogen van een vennootschap is opgenomen en die als zodanig in het actief op haar balans voorkomt, zich te vertalen in een raming van de waarde die deze schuldvordering nog heeft op het einde van het boekjaar, waarin dat verlies of die minderwaarde werkelijk en definitief is geworden.

Uit niets blijkt dat, in gevallen dat de individuele waardering van schuldvorderingen en de vaststelling van afzonderlijke waardeverminderingen in feite onmogelijk is wegens de aard van eenzelfde soort homogene schuldvorderingen, voor die raming fiscaal ook diezelfde boekhoudkundige vaststelling van forfaitaire waardeverminderingen op statistische wijze niet in aanmerking komt voor het bepalen van het werkelijk fiscaal resultaat, in plaats van een niet bestaande winst te belasten, wanneer de minderwaarde fiscaal per individuele schuldvordering pas aanvaard wordt nadat zij onbetwistbaar oninvorderbaar is geworden.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest onwettig beslist, fiscaal, de door de eiseres, volgens de boekhoudkundige regels geraamde waardevermindering op schuldvorderingen niet te aanvaarden, omdat deze boekhoudkundige normen, die aannemen dat het bedrag van de waardevermindering op schuldvorderingen aan de hand van statistische gegevens zou kunnen en mogen worden vastgesteld, afwijken van de door artikel 24 WIB92 gestelde vereisten om de vrijstelling van de kwestieuze waardevermindering fiscaal te kunnen aannemen, terwijl noch artikel 24, inzonderheid, eerste lid, 4° WIB92, noch artikel 361 WIB92, noch enige andere fiscale regel expressis verbis uitdrukkelijk vereisen dat op fiscaal vlak de waardeverminderingen op schuldvorderingen alleen aangenomen worden indien ze met een onbetwistbaar, geïndividualiseerd verlies overeenstemmen (schending van de aangehaalde artikelen 24, eerste lid, 4° en 361 WIB92), maar integendeel de fiscale regel, volgens dewelke een dergelijk verlies of minderwaarde zich laat vertalen in een raming van de waarde die deze schuldvordering nog heeft op het einde van het boekjaar, waarin dat verlies of die minderwaarde werkelijk en definitief is geworden, zich niet verzet tegen voormelde raming overeenkomstig voormelde boekhoudkundige normen (schending van de aangehaalde artikelen 24, eerste lid, 4° en 361 WIB92).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Uit de artikelen 24, 25, 5°, en 49, tweede lid, WIB92, zoals te dezen van toepassing, volgt dat een schuldvordering in de regel deel uitmaakt van de belastbare winsten van een nijverheids-, handels- of landbouwonderneming, tenzij op het einde van het belastbare tijdvak vaststaat dat die schuldvordering geheel of ten dele niet kan worden geïnd.

2. Krachtens artikel 48 van het WIB92, zoals te dezen van toepassing, worden, binnen de grenzen en onder de voorwaarden die de Koning bepaalt, vrijgesteld de waardeverminderingen en de voorzieningen voor risico's en kosten die door de ondernemingen worden geboekt om het hoofd te bieden aan scherp omschreven verliezen of kosten die volgens de aan de gang zijnde gebeurtenissen waar-

schijnlijk zijn.

Krachtens artikel 22, §1, 2°, KB WIB92, moeten, om de waardeverminderingen uit de winst te sluiten, de verliezen scherp omschreven zijn en moet de waarschijnlijkheid ervan voor iedere vordering blijken uit bijzonderere tijdens het belastbare tijdperk voorgekomen en op het einde daarvan nog bestaande omstandigheden, en niet uit een louter algemeen risico.

3. Deze fiscale bepalingen beletten de uitsluiting uit de winst van een globale, niet-geïndividualiseerde waardevermindering op schuldvorderingen, gebaseerd op statistische gegevens uit het verleden en wijken aldus uitdrukkelijk af van de boekhoudkundige normen voor de waardeverminderingen op schuldvorderingen, die wel forfaitaire waardeverminderingen toelaten.

4. Het middel dat ervan uitgaat dat geen enkele fiscale bepaling vereist dat de waardeverminderingen op schuldvorderingen, op fiscaal vlak, slechts worden aangenomen wanneer ze met een geïndividualiseerd verlies overeenstemmen en dat geen enkele fiscale bepaling uitdrukkelijk afwijkt van de boekhoudkundige normen voor de waardeverminderingen, die wel forfaitaire waardeverminderingen toelaten, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

22 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Smetryns – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Wouters en De Bruyn.

Nr. 276

1° KAMER - 23 april 2010

FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK AKKOORD — GEVOLGEN (PERSONEN, GOEDEREN, VERBINTENISSEN) - DERDENBSLAG VÓÓR FAILLISSEMENT - DEFINITIEF PROCES-VERBAAL VAN EVENREDIGE VERDELING - VERDELING VÓÓR FAILLISSEMENT - NOG NIET VERDEELDE GELDEN - CURATOR - RECHT

Uit de artikelen 16, eerste lid, en 25, eerste lid, van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 volgt dat de curator in een faillissement van de derde beslagene het recht heeft zich door de optredende gerechtsdeurwaarder de in beslag genomen bedragen te doen overhandigen die nog niet waren verdeeld vóór het faillissement, dus alle bedragen die op dat ogenblik nog niet overhandigd werden aan de schuldeisers aan wie de verdeling ten goede komt'.

(RSZ T. PAQUOT Jean-Luc q.q. faillissement BETON METAL CONSTRUCTION nv)

ARREST (vertaling)

1 Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.276..

(AR C.08.0604.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 26 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Luik.

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 26 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Luik.

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

III. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 1627, 1629 en 1630 van het Gerechtelijk Wetboek;

- de artikelen 16, 18 en 25 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997.

Aangevochten beslissingen

Het arrest wijzigt het beroepen vonnis, veroordeelt de eiser tot betaling aan de verweerder van 8.695,85 euro met de interest tegen de wettelijke rentevoet vanaf 23 januari 2007, zulks om de onderstaande redenen:

"(De eerste rechter) heeft de feiten geschetst die tot het geschil hebben geleid en eraan herinnerd dat het derdenbeslag ten laste van de vennootschap (Béton Métal Construction) 17.970,90 euro had opgebracht die de gerechtsdeurwaarder heeft verdeeld volgens het proces-verbaal van evenredige verdeling dat hij op 7 november 2006 had opgemaakt en dat op 22 november 2006 definitief was geworden daar er geen tegenspraak was gedaan.

De gerechtsdeurwaarder had dus, overeenkomstig zijn ontwerp, de beschikbare bedragen op 24 november 2006 overgeschreven. De betaling kwam bij (de eiser) toe op 28 november 2006, dus na de faillietverklaring van 27 november 2006.

De procedure van evenredige verdeling, zoals die wordt geregeld door de artikelen 1627 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek is van toepassing op het derdenbeslag.

Wanneer er een collectieve procedure, bijvoorbeeld het faillissement van de beslagen schuldenaar, loopt terwijl de gelden zich bij de gerechtsdeurwaarder bevinden, wordt de evenredige verdeling niet doelloos en wordt ze afgehandeld door de gerechtsdeurwaarder die, na inhouding van hetgeen aan de bijzondere bevoorrechte schuldeisers toekomt, de bedragen die bestemd zijn voor de niet-bevoorrechte schuldeisers en de algemeen bevoorrechte schuldeisers, overhandigt aan de vertegenwoordiger van de boedel, namelijk de curator, die voor de boedel de verdeling zal moeten uitvoeren (...). Na de faillietverklaring dient de curator zich door de gerechtsdeurwaarder de bedragen te doen overhandigen die nog niet zijn verdeeld.

In deze zaak komt het er dus vooral op aan na te gaan of de bedragen waren verdeeld, d.w.z. of de betaling aan de schuldeisers is gebeurd vóór of na het faillissement. Enkel in het eerste geval mag de schuldeiser de bedragen die het vermogen van de beslagen schuldenaar hebben verlaten, behouden. Pas door de overhandiging van de bedragen aan de schuldeisers immers komt er een einde aan het beslag en verlaat de opbrengst van het beslag het vermogen van de schuldenaar (Rb. Brussel, 2 juni 2000, J.L.M.B., 2001, 181)".

Grieven

In tegenstelling tot wat het arrest stelt, eindigt het uitvoerend beslag onder derden niet en verlaat de opbrengst van het beslag het vermogen van de schuldenaar niet door de daadwerkelijke overhandiging van de bedragen aan de beslagleggende schuldeisers, hier door de overhandiging van 8.695,85 euro aan de eiser.

In dit geval eindigde het uitvoerend beslag onder derden en verlieten de in beslag genomen bedragen het vermogen van de failliete vennootschap (de vennootschap Béton Métal) zodra ze, bij gebrek aan tegenspraak, overhandigd werden aan de optredende gerechtsdeurwaarder die de opdracht had ze te verdelen overeenkomstig het definitief goedgekeurde ontwerp van verdeling.

Artikel 1627 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dienaangaande dat "uiterlijk vijftien dagen na de verkoop of na de inbeslagneming van de gelden, (...) de gerechtsdeurwaarder de schuldeisers die beslag of verzet gedaan hebben, verzoekt de aangifte en het bewijs van hun schuldvordering in hoofdsom, interest en kosten binnen vijftien dagen op zijn kantoor te doen toekomen".

Artikel 1629 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat "bij het verstrijken van de termijn bepaald in artikel 1627, en uiterlijk binnen vijftien dagen na het verzoek dat de meest gerede partij hem daartoe heeft gedaan, (...) de gerechtsdeurwaarder een ontwerp van verdeling op(maakt)".

En artikel 1630 van het Gerechtelijk Wetboek voegt daaraan toe dat, "zodra de in artikel 1629 bepaalde termijn verstreken is, en indien geen tegenspraak is gevoerd, (...) de gerechtsdeurwaarder gehouden (is) de gelden overeenkomstig het ontwerp te verdelen".

Artikel 16 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 luidt weliswaar als volgt: "Te rekenen van de dag van het vonnis van faillietverklaring verliest de gefailleerde van rechtswege het beheer over al zijn goederen (...). Alle betalingen, verrichtingen en handelingen van de gefailleerde en alle betalingen aan de gefailleerde gedaan vanaf de dag van het vonnis, kunnen niet aan de boedel worden tegengeworpen", terwijl artikel 25 het volgende vermeldt: "Het vonnis van faillietverklaring doet elk beslag gelegd ten verzoeken van de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers ophouden. Indien de dag van de gedwongen verkoop van de in beslag genomen roerende of onroerende goederen reeds voor dat vonnis was bepaald en door aanplakking bekendgemaakt, geschiedt die verkoop voor rekening van de boedel. Wanneer evenwel het belang van de boedel het vereist, kan de rechter-commissaris op verzoek van de curators uitstel of afstel van de verkoop toestaan".

Uit die bepalingen volgt dat door het vonnis van faillietverklaring een einde wordt gemaakt aan de verkopeningen en andere handelingen van tenuitvoerlegging, zoals een uitvoerend beslag onder derden.

Wanneer de verkoping echter heeft plaatsgevonden, en wanneer, zoals hier, de in beslag genomen bedragen zijn overhandigd aan de gerechtsdeurwaarder, die de opdracht heeft ze te verdelen overeenkomstig een definitief ontwerp van verdeling, eindigt het derdenbeslag en kan het vonnis van faillietverklaring de verdeling van de bedragen dus niet doen stoppen.

Ten onrechte brengt het arrest daartegen in dat de verdeling van de bedragen de afsluitende handeling is van het uitvoerend beslag onder derden en dat zij pas voltooid is door de overhandiging van de bedragen aan de betrokken schuldeisers.

De evenredige verdeling van de opbrengst van een verkoping of van een derdenbeslag volgt, van nature, op het beslag aangezien er geen beslag meer is wanneer de in beslag genomen bedragen worden verdeeld. Terwijl immers de bedragen door het derdenbeslag niet beschikbaar waren, vormt de verdeling ervan, meer bepaald, de overhandiging ervan aan

de gerechtsdeurwaarder met de opdracht ze te verdelen, een betaling door de schuldenaar.

Dat wordt onrechtstreeks bevestigd door artikel 1630 van het Gerechtelijk Wetboek, dat de optredende gerechtsdeurwaarder gelast de gelden te verdelen overeenkomstig het ontwerp van verdeling zodra de in artikel 1629 bedoelde termijn verstreken is.

In deze zaak bevonden de in beslag genomen gelden zich op het ogenblik van de faillietverklaring niet meer in het vermogen van de vennootschap Béton Métal Construction, aangezien de overhandiging van de bedragen aan de optredende gerechtsdeurwaarder een betaling uitmaakte die het faillissement voorafging.

In dit geval had de optredende gerechtsdeurwaarder, toen de vennootschap Béton Métal Construction failliet verklaard werd, niet alleen de opdracht gekregen de bedragen te verdelen volgens een definitief ontwerp van verdeling, maar had hij ze al naar de betrokken schuldeisers overgeschreven. De betaling door de vennootschap en de in artikel 1630 aan de gerechtsdeurwaarder opgelegde verplichting om de ontvangen bedragen te verdelen waren bijgevolg volledig uitgevoerd en het uitvoerend beslag onder derden was volledig beëindigd, ook al werden de schuldeisers pas na het vonnis van faillietverklaring ten belope van de bedragen gecrediteerd. Dat vonnis kon immers de betaling en de evenredige verdeling van de bedragen niet stopzetten, aangezien die al waren gebeurd.

Kortom, de verweerder had enkel kunnen eisen dat de in beslag genomen bedragen hem werden overhandigd, indien het litigieuze derdenbeslag niet volledig beëindigd was geweest op het ogenblik van het vonnis van faillietverklaring van de vennootschap Béton Métal Construction. Dat was niet langer mogelijk zodra het ontwerp van verdeling van de bedragen definitief was geworden en zodra de optredende gerechtsdeurwaarder de opdracht had gekregen ze onder de verschillende schuldeisers te verdelen overeenkomstig dat ontwerp.

Hieruit volgt dat het arrest niet naar recht heeft kunnen beslissen dat de eiser aan de verweerder het bedrag van 8.695,85 euro diende terug te geven dat de optredende gerechtsdeurwaarder hem al had doorgestort, op grond dat het derdenbeslag nog niet geëindigd was op het ogenblik van die storting en dat de bedragen zich bijgevolg nog in het vermogen van de gefailleerde bevonden toen het vonnis van faillietverklaring van de vennootschap Béton Métal Construction werd uitgesproken (schending van alle in de aanhef van het middel vermelde wetsbepalingen).

III BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het middel

Krachtens artikel 16, eerste lid, van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 verliest de gefailleerde, te rekenen van de dag van het vonnis van faillietverklaring van rechtswege het beheer over al zijn goederen en kunnen alle betalingen, verrichtingen en handelingen van de gefailleerde vanaf die dag van het vonnis, niet aan de boedel worden tegengeworpen.

Luidens artikel 25, eerste lid, van die wet doet het vonnis van faillietverklaring elk beslag gelegd ten verzoeken van de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers ophouden.

Uit die bepalingen volgt dat de curator in het faillissement van de beslagen schuldenaar het recht heeft zich door de optredende gerechtsdeurwaarder de in beslag genomen bedragen te doen overhandigen die nog niet waren verdeeld bij de faillietverklaring, dus alle bedragen die op dat ogenblik nog niet overhandigd zijn aan de schuldeisers aan wie de verdeling ten goede komt.

Het middel dat staande houdt dat de in beslag genomen bedragen niet meer aan de curator mogen worden overhandigd wanneer het door de gerechtsdeurwaarder opgemaakte ontwerp van verdeling, vóór het faillissement, definitief is geworden door het verstrijken van de in artikel 1629 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde termijn om tegenspraak te doen, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

23 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Fettweis – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Bruyn en T'Kint.

Nr. 277

1° KAMER - 23 april 2010

**INKOMSTENBELASTINGEN — PERSONENBELASTING — BEREKENING
VAN DE AANSLAG — AFZONDERLIJKE AANSLAGEN - BIJZONDER
BELASTINGSTELSEL - BEZOLDIGINGEN - ACHTERSTALLEN - BETALING OF TOEKENNING DOOR
TOEDOEN VAN DE OVERHEID**

*De bewoordingen "door toedoen van de overheid" in de zin van artikel 171, 6°, W.I.B. 1992 betekenen dat de laattijdigheid van de betaling of van de toekenning van de bezoldigingen te wijten moet zijn aan een fout of aan een nalatigheid van de overheid*¹. (Art. 171, W.I.B. 1992)

(BELGISCHE STAAT, MIN. V. FINANCIËN T. T. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR F.08.0042.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 25 januari 2008 gewezen door het hof van beroep te Luik.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert twee middelen aan waarvan het eerste als volgt is gesteld.

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 171, 6°, tweede streepje, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

Aangevochten beslissingen

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.277.

Het arrest overweegt eerst als volgt:

"Artikel 171, 6°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 bepaalt dat 'de in artikel 23, §1, 2°, vermelde baten die betrekking hebben op gedurende een periode van meer dan 12 maanden geleverde diensten en die door toedoen van de overheid niet betaald zijn in het jaar van de prestaties maar in eenmaal worden vergoed, en zulks uitsluitend voor het evenredige deel dat een vergoeding van 12 maanden prestaties overtreft' belast worden tegen de gemiddelde aanslagvoet van de andere inkomsten;

Om het voordeel van die bepaling te genieten, moeten de baten tegelijkertijd beantwoorden aan de drie volgende voorwaarden:

1. Ze moeten, rechtstreeks of onrechtstreeks, betaald zijn door een overheid;
2. Ze moeten in één keer betaald zijn;
3. Ze moeten betrekking hebben op handelingen die verricht zijn tijdens een periode van meer dan twaalf maanden;

Uit het koninklijk besluit (van 20 december 1999 houdende uitvoeringsbepalingen inzake de vergoeding die aan advocaten wordt toegekend in het kader van de juridische tweedelijnsbijstand en inzake de subsidie voor de kosten verbonden aan de organisatie van de bureaus voor juridische bijstand) volgt:

- dat de advocaat zijn verslag pas mag indienen bij het einde van de prestatie van juridische bijstand waarvoor hij ambtshalve is aangewezen, of wanneer hij ervan ontheven is (cf. artikel 2, 7°),

- dat zijn verslagen en die van zijn confraters betreffende de prestaties van juridische bijstand die zijn geëindigd tijdens het voorbije gerechtelijk jaar (dat eindigt op 31 augustus - cf. artikel 334 van het Gerechtelijk Wetboek) of tijdens een eerder jaar, vóór 31 oktober aan de Orde van de betrokken balie moeten worden bezorgd (cf. artikel 2, 3°),

- dat de orden van de balies vóór 1 februari van het daaropvolgende jaar voorstellen doen over de waarde van het punt (artikel 2, 3°),

- dat de minister dan de waarde van het punt bepaalt en dat de overeenstemmende bedragen eerst aan de Orde van de balies, dan aan de balie en vervolgens aan de advocaat worden doorgestort (artikel 2, 4° en 5°);

Zowel de uitvoerende macht die het voornoemde koninklijk besluit heeft uitgevaardigd, als de minister van Justitie en de Orden van de balies en van de advocaten in het kader van de taak die dat koninklijk besluit hen heeft toegewezen, zijn 'overheden' in de zin van artikel 171, 6°;

en beslist daarna als volgt:

"De betalingen waarin de (voornoemde) bepalingen voorzien, zijn dus het toedoen van een overheid in de zin van artikel 171, 6°; de eerste van de voorwaarden is dus vervuld voor al die betalingen;

Uit de termijnen die vastgelegd zijn in artikel 2 van het voornoemde koninklijk besluit van 20 december 1999 volgt dat de betaling van de prestaties van juridische bijstand ten vroegste mag gebeuren tijdens het kalenderjaar dat volgt op het op 31 augustus geëindigde gerechtelijk jaar tijdens hetwelk de prestaties werden beëindigd;

Zo zal, bij voorbeeld, een prestatie van juridische bijstand die is beëindigd in mei 2000, dus tijdens het gerechtelijk jaar dat loopt van 1 september 1999 tot 31 augustus 2000, opgenomen zijn in het vóór 31 oktober 2000 overgezonden verslag van de Orde van de balies, in het vóór 1 februari 2001 overgezonden voorstel tot vaststelling van de waarde van het punt en zal zij ten vroegste in de loop van het jaar 2001 worden uitbetaald;

Daaruit volgt dus dat de op die basis betaalde vergoedingen baten zijn 'die door toedoen van de overheid niet betaald zijn in het jaar van de prestaties' in de zin van artikel 171, 6°.

Dat begrip, zoals het Hof van Cassatie zegt in het arrest van 2 januari 1974 (lees: 23 januari 1974) dat wordt vermeld in de conclusie van de Belgische Staat, impliceert dus geen fout van de overheid noch een uitzonderlijk geval;

De tweede voorwaarde voor de toepassing van die bepaling is dus altijd vervuld voor dat soort vergoedingen;

De advocaat die eist dat artikel 171, 6°, wordt toegepast op de vergoedingen voor prestaties die zijn verricht in het kader van de juridische tweedelijnsbijstand hoeft dus enkel aan te tonen dat de derde voorwaarde vervuld is, namelijk dat die betalingen betrekking hebben op op handelingen die verricht zijn tijdens een periode van meer dan twaalf maanden".

Grievens

Artikel 171, 6°, tweede streepje, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 luidt als volgt: "in afwijking van de artikelen 130 tot 168, zijn afzonderlijk belastbaar (...) tegen de aanslagvoet met betrekking tot het geheel van de andere belastbare inkomsten (...), de in artikel 23, §1, 2°, vermelde baten die betrekking hebben op gedurende een periode van meer dan 12 maanden geleverde diensten en die door toedoen van de overheid niet betaald zijn in het jaar van de prestaties maar in eenmaal worden vergoed, en zulks uitsluitend voor het evenredige deel dat een vergoeding van 12 maanden prestaties overtreft".

De bewoordingen "die door toedoen van de overheid niet betaald zijn in het jaar van de prestaties maar in eenmaal worden vergoed" betekenen niet alleen dat de belastbare baten, rechtstreeks of onrechtstreeks, betaald moeten zijn door een overheid en dat ze in eenmaal moeten betaald zijn, maar ook dat niet-betaling van die baten tijdens het jaar van de prestaties te wijten moet zijn aan de overheid, in die zin dat haar bij de betaling van de prestaties vertraging kan worden verweten.

De uitdrukking "door zijn toedoen" (in het Frans "par son fait") wil immers, in de gangbare betekenis ervan, hetzelfde zeggen als "door zijn fout" (in het Frans "par sa faute") en de parlementaire voorbereiding van die bepaling wijst trouwens uitdrukkelijk erop, enerzijds, "dat de maatregel toe te juichen is voor de publieke sector die veelal met vertraging betaalt (wat ernstige gevolgen kan hebben op velerlei gebied)" en, anderzijds, dat, "wanneer de overeenkomst uitdrukkelijk de betalingsmodaliteiten vermeldt en de betalingen inderdaad gebeuren op de voorziene tijdstippen, er geen aanleiding is om de bijzondere regel toe te passen aangezien de spreiding van de betalingen door de partijen zelf is gewild".

In dat verband dient erop gewezen dat krachtens de artikelen 508/5, §1, tweede lid, en 508/7, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, enkel de advocaten die "wensen" deel te nemen aan de juridische eerstelijns- of tweedelijnsbijstand zaken zullen krijgen die vergoed zullen worden volgens de regeling in het koninklijk besluit van 20 december 1999, zodat de in dat koninklijk besluit bedoelde betalingswijze kennelijk door de betrokkenen is goedgekeurd en dat de uitvoering ervan volgt uit de wil van de partijen.

Bovendien, hoewel het arrest erop wijst dat "zowel de uitvoerende macht die het voornoemde koninklijk besluit heeft uitgevaardigd, als de minister van Justitie en de Orde van de balies en van de advocaten in het kader van de taak die dat koninklijk besluit hen heeft toegewezen, 'overheden' zijn in de zin van artikel 171, 6°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992", stelt het echter niet vast dat er door die verschillende medewerkers fouten zijn begaan in de uitoefening van hun respectieve taken; het overweegt voorts, ten gevolge van een verkeerde lezing van het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 1974, dat de "baten 'die door toedoen van de overheid niet betaald zijn in het jaar van de prestaties' (een) begrip (zijn) dat (...) geen enkele fout van de overheid of een uitzonderlijke aard impliceert".

Op de gronden die het arrest vermeldt, beslist het niet naar recht dat hiervolandaan was

aan het vereiste van artikel 171, 6°, tweede streepje, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, volgens hetwelk "het bedrag (van de litigieuze baten) door toedoen van de overheid niet betaald is in het jaar van de prestaties" (schending van voornoemd artikel 171, 6°, tweede streepje).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Er dient geen acht te worden geslagen op die memorie van antwoord die buiten de in artikel 1093, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde termijn ter griffie van het Hof is neergelegd.

Eerste middel

In afwijking van de artikelen 130 tot 168 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, voorziet artikel 171, 6°, van dat wetboek in een bijzonder belastingstelsel, met name voor sommige achterstallige betalingen waarvan de aanslag volgens de gewone regels van de personenbelasting en wegens de progressiviteit van het belastingtarief voor de begunstigden een oneerlijke last zou te weegbrengen wanneer de betaling of de toekenning van die bezoldigingen, door toedoen van de overheid, pas na het verstrijken van het belastbare tijdperk waarop ze daadwerkelijk betrekking hebben, is gebeurd.

De bewoordingen "door toedoen van de overheid" betekenen dat de laattijdigheid van de betaling of van de toekenning van de bezoldigingen te wijten moet zijn aan een fout of aan een nalatigheid van de overheid.

In de parlementaire voorbereiding van de wetten van 7 juli 1953 en 28 maart 1955, die allebei reeds met dezelfde bedoeling een bijzonder belastingstelsel hadden ingevoerd, is die betekenis tot uiting gekomen. Die betekenis beantwoordt aan de doelstellingen van de wetgever waarvan artikel 23 van de wet van 20 november 1962, thans artikel 171 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, niet heeft afgeweken.

Het arrest, dat een andere uitlegging geeft aan de uitdrukking "door toedoen van", schendt dat artikel 171.

Het middel is gegrond.

Het tweede middel dient niet onderzocht te worden. Het kan immers niet leiden tot ruimere cassatie.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest behalve in zoverre het het beslist dat de aanslagen waarvoor het de beroepen ontvankelijk heeft verklaard, vallen onder het bijzonder belastingstelsel waarin artikel 171, 6°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 voorziet.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de verweerders in de kosten van de memorie van antwoord; houdt de overige kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

23 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijktijdende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. M. Verschuren, Namen.

Nr. 278**1° KAMER - 23 april 2010****INKOMSTENBELASTINGEN — PERSONENBELASTING —
BEROEPSINKOMSTEN — BEDRIJFSLASTEN - KOSTEN LAGER DAN INKOMSTEN -
AFTREKBAARHEID - VOORWAARDEN**

Uit artikel 49, eerste lid, W.I.B. 1992 volgt niet dat de aftrekbaarheid van de kosten afhankelijk is van de voorwaarde dat ze lager moeten zijn dan het bedrag van de aangegeven beroepsinkomsten waardoor ze konden verkregen of behouden worden¹. (Art. 49, W.I.B. 1992)

(V. D. T. BELGISCHE STAAT, MIN. V. FINANCIËN)

ARREST (*vertaling*)

(AR F.09.0033.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 22 oktober 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Raadsheer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert drie middelen aan waarvan het tweede als volgt is gesteld.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 32, 49 en 53, inzonderheid 1°, van het Wetboek van de inkomsten-belastingen 1992, zoals ze van toepassing waren op de litigieuze aanslagjaren;
- de artikelen 1102 en 1134 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest beslist dat de eiser het bedrag van de tantièmes als bestuurder die hij conform een overeenkomst van 29 april 1993 heeft moeten terugbetalen, niet als beroepskosten mag aftrekken, hoewel het erkent dat die tantièmes wel degelijk door de eiser als beroepsinkomsten zijn aangegeven en dat die terugbetaling de tegenprestatie was voor de steun die de eiser van de medecontractant heeft ontvangen om zijn functie van bestuurder en dus de litigieuze tantièmes te kunnen verkrijgen.

Het arrest verantwoordt die beslissingen op de onderstaande gronden:

"Op 29 april 1993 werd een overeenkomst gesloten tussen Diligentia - aandeelhouder van Interbrew - en (de eiser) - bestuurder van Diligentia - luidens welke laatstgenoemde zich ertoe verbond 'het brutobedrag van de tantièmes en bezoldigingen in contant geld (hierna: de tantièmes) die hij zal ontvangen (...) als bestuurder van de naamloze vennoot-

¹ Zie concl. O.M. in Pas., 2010, nr.278.

schap Interbrew' aan die vennootschap Diligentia terug te betalen (artikel 1).

Artikel 2 bepaalde dat Diligentia, als tegenprestatie voor die verbintenissen, (de eiser) al haar steun toezegde met het oog op de hernieuwing van zijn functie als bestuurder van Interbrew.

(...) (De eiser) heeft van Interbrew geen enkel ander bedrag ontvangen dan de tantièmes die hij in hun geheel heeft terugbetaald aan Diligentia. Ter zitting wordt bevestigd dat betrokkene geen zitpenningen ontving voor het bijwonen van de raden van bestuur van Interbrew, aangezien hij het als een eer beschouwde om door de families (...) als hun woordvoerder te zijn uitverkoren.

(De eiser) oefende zijn functie van bestuurder van Diligentia gratis uit.

De functie van de belastingplichtige als bestuurder van Interbrew werd hernieuwd, met name op 8 april 1995 en 13 mei 1998. (...)

Diligentia heeft de ontvangen bedragen geboekt en er belasting op betaald. (...)

Het hof (van beroep) deelt om de volgende redenen (eisers) zienswijze niet.

De omstandigheid dat (de eiser), bestuurder van Interbrew, zich eveneens beschouwt als woordvoerder van derden die aanspraak zouden kunnen maken op het geheel van de aan hem betaalde tantièmes, is hier niet ter zake dienend.

De tantièmes van de bestuurder moeten immers beschouwd worden als de vruchten van zijn persoonlijke arbeid en niet als de interest van kapitalen die in de zaak zijn geïnvesteerd door derden, wier vertrouwen die bestuurder zou hebben gewonnen; zodoende moeten de aan de bestuurder toegekende tantièmes belast worden, ongeacht de verdere bestemming van de aldus ontvangen bedragen.

Voorts beroept (de eiser) zich tevergeefs op het bepaalde in artikel 49 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

In dit dossier komt het er niet op aan te weten of (de eiser), indien hij niet was gesteund door de aandeelhouderfamilies van Diligentia, al dan niet zou zijn aangewezen als bestuurder van Interbrew, maar wel of (hij), dankzij de terugbetaalde tantièmes, belastbare inkomsten zou hebben verkregen of behouden.

(Hij) heeft echter nooit staande gehouden, en evenmin stelt hij voor te bewijzen, dat hij inkomsten heeft verkregen of behouden dankzij de aangevoerde terugbetaling.

Hij geeft immers toe dat hij, conform de overeenkomst van 29 april 1993, de tantièmes in hun geheel heeft terugbetaald. De eerste rechter heeft bijgevolg terecht erop gewezen 'dat het bedrag van de tantièmes afkomstig van de vennootschap Interbrew, na de aftrek van de terugbetaalde bedragen, voor hem systematisch tot nul (was) beperkt'. (De eiser) heeft van Interbrew geen zitpenningen, noch enig ander bedrag dan de terugbetaalde tantièmes ontvangen.

Hij oefende zijn functie als bestuurder van Diligentia gratis uit.

(De eiser) beweert niet dat hij, dankzij de terugbetaling, inkomsten zou hebben verkregen of behouden die afkomstig zijn van andere vennootschappen of van leden van de families die hij zegt te hebben vertegenwoordigd, daar hij het 'als een eer beschouwde om door de families als hun woordvoerder te zijn uitverkoren'.

De voorwaarden voor de toepassing van artikel 49 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 zijn bijgevolg niet vervuld".

Grieven

Volgens de vaststellingen van het arrest vormde de terugbetaling voor de eiser de uitvoering van een verplichting die hem was opgelegd door de wederkerige overeenkomst van 29 april 1993 en was zij dus de tegenprestatie voor de onontbeerlijke steun van zijn

medecontractant om hem te doen aanwijzen als bestuurder van Interbrew, en was het verkrijgen van die functie een voorwaarde opdat de eiser de tantièmes zou ontvangen die door die vennootschap aan haar bestuurders worden betaald, zodat de terugbetaling voor de eiser noodzakelijk was om de aangegeven tantièmes te verkrijgen of te behouden; die terugbetaling was dus inherent aan de uitoefening van zijn beroep en vormde dus een beroepsuitgave die de eiser, krachtens artikel 49 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, van de ontvangen tantièmes mocht aftrekken, zodat het arrest die bepaling schendt door het tegenovergestelde te beslissen.

Het arrest miskent aldus de bindende kracht van de wederkerige overeenkomsten waarin de artikelen 1102 en 1134 van het Burgerlijk Wetboek voorzien en schendt dus die bepalingen.

Het schendt ten slotte de artikelen 32 en 49 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 door impliciet maar zeker te beslissen dat de bezoldigingen van bedrijfsleiders belastbaar zijn op hun brutobedrag indien de lasten die gedragen zijn om ze te verkrijgen gelijk zijn aan de brutobedragen van de bezoldigingen, hoewel de wet die beperking niet bevat.

De voormelde redenen van het arrest, noch de overige vaststellingen ervan kunnen de beslissing om de aftrek van die terugbetalingen op grond van voornoemd artikel 49 te weigeren, naar recht verantwoorden (schending van die bepaling).

Immers,

- maakt het in dat verband weinig uit dat die tantièmes moeten worden beschouwd als de vrucht van de persoonlijke arbeid van de bestuurder;

- had de feitenrechter, in tegenstelling tot hetgeen hij beslist, moeten nagaan of die eiser, zonder de steun van de aandeelhouderfamilies van Diligentia, al dan niet als bestuurder van de vennootschap Interbrew had kunnen worden aangewezen en aldus tantièmes als bestuurder van die vennootschap had kunnen ontvangen, daar, in het ontkennend geval, de in de overeenkomst bepaalde terugbetalingen een noodzakelijke uitgave zou zijn geweest om het belastbare inkomen te verkrijgen;

- is het feit dat het bedrag in zijn geheel werd terugbetaald niet relevant, daar de omvang van de voor de uitoefening van het beroep noodzakelijke uitgave geen invloed heeft op de al dan niet aftrekbare aard van die uitgave;

- is het feit dat de eiser van Interbrew of van Diligentia geen andere beroepsinkomsten dan de litigieuze tantièmes heeft ontvangen, niet relevant aangezien de eiser enkel staande hield dat de litigieuze uitgave gedaan was om de tantièmes te verkrijgen en dat zij om die reden een beroepsuitgave was die van die tantièmes mocht worden afgetrokken.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Tweede middel

Luidens artikel 49, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 zijn als beroepskosten aftrekbaar de kosten die de belastingplichtige in het belastbare tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid en het bedrag verantwoordt door middel van bewijsstukken of, ingeval zulks niet mogelijk is, door alle andere door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen, met uitzondering van de eed.

Uit die bepaling volgt niet dat de aftrekbaarheid van de kosten afhankelijk is van de voorwaarde dat ze lager moeten zijn dan het bedrag van de aangegeven

beroepsinkomsten waardoor ze konden verkregen of behouden worden.

Het arrest dat weigert die bepaling ten voordele van de eiser toe te passen, op grond dat hij "de tantièmes in hun geheel heeft terugbetaald" en "dat de eerste rechter bijgevolg terecht erop gewezen heeft 'dat het bedrag van de tantièmes afkomstig van de vennootschap Interbrew, na de aftrek van de terugbetaalde bedragen, voor hem systematisch tot nul was beperkt'", schendt bijgevolg die bepaling.

In zoverre is het middel gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Luik.

23 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. M. Baltus, Brussel en De Bruyn.

Nr. 279

1^o KAMER - 23 april 2010

INKOMSTENBELASTINGEN — PERSONENBELASTING —
BEROEPSINKOMSTEN — BEDRIJFSLASTEN - AFSCHRIJVING VAN IMMATERIËLE
VASTE ACTIVA - GEBRUIK BEPERKT IN DE TIJD - AFTREKBAARHEID - NALEVING VAN
BOEKHOUDKUNDIGE VEREISTEN

Uit artikel 52, 6^o, W.I.B. 1992 samengelezen met artikel 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekeningen van de ondernemingen volgt dat, wanneer artikel 49, tweede lid, van dat wetboek bepaalt dat onder meer als in het belastbare tijdperk gedaan of gedragen worden beschouwd, de kosten die in dat tijdperk werkelijk zijn betaald of gedragen of het karakter van zekere en vaststaande schulden of verliezen hebben verkregen en als zodanig zijn geboekt, het de aftrek van de kosten betreffende dergelijke immateriële vaste activa, bij de boeking ervan, onderwerpt aan de vereisten van het voornoemde koninklijk besluit¹. (Art. 52, W.I.B. 1992)

(BELGISCHE STAAT, MIN. V. FINANCIËN T. SECRETARIAT ET GESTION ADMINISTRATIVE bvba)

ARREST (vertaling)

(AR F.09.0036.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 10 oktober 2008 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.279.

Raadsheer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 25, 4°, 49, 52, 6°, en 61 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, zoals ze van toepassing zijn op de litigieuze aanslagjaren;
- de artikelen 12, 19, 20 en 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen.

Aangevochten beslissingen

Het arrest beslist eerst als volgt: "dokter Pierre Huicq was bij de ondertekening van de overeenkomst van 7 juli 1991 tot overdracht ervan aan de (verweerster) wel degelijk de eigenaar van een waardeerbaar patiëntenbestand", hetgeen het cassatieberoep niet betwist. Vervolgens onderzoekt het arrest de voorwaarden waaronder de bedragen die door de verweerster werden gecrediteerd op de rekening-courant van haar zaakvoerder, dokter Pierre Huicq, als beroepskosten kunnen worden afgetrokken teneinde het variabele gedeelte van de aankoopprijs van de immateriële vaste activa, namelijk dat patiëntenbestand, te kunnen betalen.

Dienaangaande maakt het de volgende vaststellingen:

"De verweerster heeft in haar op 31 december 1991 afgesloten balans een bedrag van 6.000.000 frank aan immateriële vaste activa geboekt, dat overeenkomt met de waarde van het klantenbestand";

"De prijs van die overdracht werd betaald via de inschrijving op de rekening-courant van een schuld jegens dokter Huicq";

"Voor de aanslagjaren 1993 tot 1998 werd het bedrag van de vergoedingen voor de aankoop van het klantenbestand, zijnde 20 pct. van de bruto-ontvangsten (wat respectievelijk overeenstemt met 1.101.037 frank, 999.453 frank, 1.044.852 frank, 1.097.484 frank, 905.734 frank en 857.326 frank; zie de resultatenrekeningen onder de rubriek 'exploitatiekosten' van de verschillende betrokken boekjaren), rechtstreeks ten laste genomen door de (verweerster) en ingeschreven op het rekening-courantkrediet van haar zaakvoerder, dokter Pierre Huicq".

Het maakt de volgende vaststellingen:

"(De eiser) is van oordeel dat de jaarlijkse betaling van dat variabel gedeelte van de aankoopprijs van de goodwill (d.w.z. de aftrek als bedrijfslasten van het bedrag van de vergoeding naarmate dat variabele gedeelte van de aankoopprijs van het klantenbestand een vaststaand karakter begint te vertonen) de voorschriften van de boekhoudwetgeving niet naleeft, in die zin dat zij, volgens hem, voorziet in een gespreide afschrijving van die variabele prijs die afhankelijk is van de toekomstige winst van de overnemer (hij steunt daarbij op het advies nr. 126/10 van de commissie voor boekhoudkundige normen)";

"Voor (de eiser) geldt er immers een bijzondere regel ingeval de waarde van de investering nog niet definitief bekend is, aangezien zij geheel of ten dele afhangt van toekomstige gebeurtenissen (hier de toekomstige omzet): hoewel de overdracht van het klantenbestand, juridisch gezien, plaatsvindt bij het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, komt de grondslag van de afschrijvingen slechts definitief tot stand naar gelang de bedoelde prijs definitief wordt verschuldigd";

"De (eiser) maakt daaruit op dat de regeling van jaarlijkse afschrijvingen in overleg met de administratie op forfaitaire wijze kan worden bepaald, wat inhoudt dat het verkregen li-

neair afschrijvingspercentage op ieder gedeelte van de tot stand gekomen afschrijvingsprijs afzonderlijk wordt toegepast (cf. parlementaire vraag nr. 199 van 9 september 1992 van volksvertegenwoordiger Jean-Pierre de Clippele, Kamer van volksvert., Bull. Vragen en antwoorden, gewone zitting 1992-1993, p. 2927)",

het arrest beslist dat "(eisers) zienswijze op dat punt niet gegrond is aangezien het belastingrecht op dat punt afwijkt van het boekhoudrecht" en dat "(de verweerster), luidens artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de keuze had tussen het activeren van dat variabele gedeelte van de aanschaffingsprijs (investeringswaarde) van het klantenbestand met een lineair afschrijvingsplan over verscheidene jaren of de rechtstreekse tenlasteneming van de prijs van die jaarlijkse vergoedingen, aangezien die elk jaar zekere en vaststaande schulden werden en als zodanig werden geboekt".

Grieven

De belastbare winsten van de ondernemingen worden vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels, tenzij de belastingwet uitdrukkelijk daarvan afwijkt.

In boekhoudrecht worden de immateriële vaste activa - waaronder klanten- of patiëntenbestanden - en de afschrijvingen geregeld door de artikelen 12, 19, 20 en 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen. Ze luiden respectievelijk als volgt:

- "onder 'afschrijvingen' verstaat men de bedragen ten laste van de resultatenrekening genomen, met betrekking tot oprichtingskosten en tot immateriële en materiële vaste activa waarvan de gebruiksduur beperkt is, teneinde hetzij het bedrag van deze oprichtingskosten en van de eventueel geherwaardeerde aanschaffingskosten van deze vaste activa te spreiden over hun waarschijnlijke nuttigheids- of gebruiksduur, hetzij deze kosten ten laste te nemen op het ogenblik waarop zij worden aangegaan";

- de afschrijvingen (...) moeten voldoen aan de eisen van voorzichtigheid, oprechtheid en goede trouw.

"De afschrijvingen (...) moeten stelselmatig worden gevormd volgens de door de onderneming overeenkomstig artikel 15 vastgelegde methoden. Ze mogen niet afhangen van het resultaat van het boekjaar";

- "onverminderd de toepassing van de artikelen 16, 27, 34 en 35, wordt elk actiefbestanddeel gewaardeerd tegen aanschaffingswaarde en voor dat bedrag in de balans opgenomen, onder aftrek van de desbetreffende afschrijvingen en waardeverminderingen";

- "voor materiële en immateriële vaste activa met een beperkte gebruiksduur wordt overgegaan tot afschrijvingen volgens een overeenkomstig artikel 15 opgesteld plan".

Aldus voert het boekhoudrecht, enerzijds, voor de vennootschap die een vast actief verwerft, de verplichting in het onder haar actiefbestanddelen te boeken, in beginsel tegen de aanschaffingswaarde ervan, en, anderzijds, voert het voor diezelfde vennootschap de verplichting in om in haar rekeningen een getrouwe weergave te geven van ontwaarding van die vermogensbestanddelen in vergelijking met de aanschaffingswaarde ervan (de jaarrekeningen, moeten immers een getrouw beeld geven van het vermogen) en zulks, via afschrijvingen indien het gaat om bestanddelen waarvan de gebruiksduur beperkt is.

In het bijzondere geval waarin de aanschaffingswaarde van een vast actief bestaat in een variabele prijs, heeft de commissie voor boekhoudkundige normen - die van de wetgever de taak heeft gekregen via adviezen of aanbevelingen de principes te bepalen van een regelmatige boekhouding - beslist dat "er op (moet) worden gewezen dat artikel 12, §1 en artikel 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 voorschrijven dat de kosten van investeringen met een beperkte gebruiksduur volgens een gepast plan gespreid ten laste moeten worden genomen over de vermoedelijke gebruiksduur van de betrokken goederen. Op grond van deze bepalingen en het beginsel dat activa tegen aanschaffingswaar-

de worden geboekt, is het dus uitgesloten dat de kosten van deze investeringen naarmate zij vast komen te staan, volledig ten laste zouden worden genomen.

Voorts is het duidelijk dat de onderneming over het betrokken vast actief beschikt zodra zij er het genot van heeft. De raming van de vermoedelijke gebruiksduur moet dus worden berekend vanaf dit ogenblik en precies over deze gebruiksduur moet de tenlasteneming van de kosten van dit vast actief via gespreide afschrijvingen worden gespreid. Deze gebruiksduur is inherent aan het betrokken actief en staat over het algemeen los van de betaalde prijs en van de eventuele spreiding van die betaling. Een gespreide afschrijving over een vast aantal jaren waarbij steeds zou worden uitgegaan van de datum waarop de verbintenis is ontstaan om de prijs gespreid te betalen, zou bijgevolg niet stroken met de omschrijving van het begrip afschrijving uit het koninklijk besluit van 8 oktober 1976".

In dit geval was de verweerster dus, gelet op het bovenstaande, met betrekking tot het variabele gedeelte van de prijs die voor de verwerving van vaste immateriële activa was overeengekomen, in het raam van haar overeenkomst met dokter Pierre Huicq, verplicht om in haar activarekeningen elke met dat variabele gedeelte overeenstemmende schijf te boeken en elk van die schijven af te schrijven met inachtneming van de geraamde vermoedelijke gebruiksduur van die nog af te schrijven immateriële vaste activa.

Het belastingrecht, en inzonderheid het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, preciseert, in artikel 2, §7, als volgt: "de uitdrukkingen 'immateriële, materiële of financiële vaste activa' en 'oprichtingskosten' (...) hebben de betekenis die daaraan wordt toegekend door de wetgeving op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen" en inzake afschrijving, in de artikelen 52, 6°, en 61 ervan, respectievelijk:

- "onder voorbehoud van het bepaalde in de artikelen 53 tot 66 worden inzonderheid als beroepskosten aangemerkt: afschrijvingen die betrekking hebben op oprichtingskosten en op immateriële en materiële vaste activa waarvan de gebruiksduur beperkt is";
- "Afschrijvingen worden als beroepskosten aangemerkt naar de mate dat ze gegrond zijn op de aanschaffings- of beleggingswaarde en voor zover ze noodzakelijk zijn en samen gaan met een waardevermindering die zich in het belastbare tijdperk werkelijk heeft voorgedaan.

Onder aanschaffings- of beleggingswaarde wordt verstaan, volgens het geval, de aanschaffingsprijs, de vervaardigingsprijs, de inbrengwaarde of, met betrekking tot een recht van gebruik van materiële vaste activa waarover de onderneming bij leasingcontract of bij overeenkomst van erfpacht of van opstal beschikt of met betrekking tot een gelijkaardig onroerend recht, het deel van de contractueel bepaalde termijnen dat overeenstemt met het weer samen te stellen kapitaal ter waarde van het goed waarop het contract of de overeenkomst betrekking heeft, met dien verstande dat deze begrippen de betekenis hebben die daaraan wordt toegekend door de wetgeving op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen".

Uit die bepalingen blijkt dus, enerzijds, dat het belastingrecht niet afwijkt van het boekhoudrecht noch m.b.t. de aard van de afschrijfbare bestanddelen (immateriële en materiële vaste activa en oprichtingskosten) noch m.b.t. de bepaling van de afschrijfbare waarde (de aanschaffingsprijs, de vervaardigingsprijs, ...) en, anderzijds, dat hetgeen als beroepskosten kan worden aangemerkt niet bestaat in de aanschaffingsprijs van een vast actief, ook al omvat die een variabel gedeelte, maar wel in de afschrijving die op de aanschaffingsprijs wordt toegepast.

Bijgevolg had de verweerster, vanuit fiscaal oogpunt, door immateriële vaste activa tegen een aanschaffingsprijs te verwerven die een variabel gedeelte omvatte, niet het recht om dat variabele gedeelte van de prijs onmiddellijk en volledig als beroepskosten af te trekken.

Hoewel artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 als

volgt luidt: "als in het belastbare tijdperk gedaan of gedragen worden beschouwd, de kosten die in dat tijdperk werkelijk zijn betaald of gedragen of het karakter van zekere en vaststaande schulden of verliezen hebben verkregen en als zodanig zijn geboekt", oordeelt het arrest ten onrechte dat die bepaling een afwijking van het boekhoudrecht invoert op de afschrijving van het variabele gedeelte van de aanschaffingsprijs en dat zij, op fiscaal vlak, toestaat dat dit variabele gedeelte onmiddellijk als beroepskosten ten laste wordt genomen.

Dat artikel 49 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 regelt immers uitsluitend de aftrekbare beroepskosten en, in zoverre het door de verweerster voor de verwerving van immateriële vaste activa betaalde variabele gedeelte deel uitmaakt van de aanschaffingsprijs van die vaste activa, kan noch dat variabele gedeelte, noch het vaste gedeelte, als beroepskosten worden aangemerkt. Daarentegen moeten de afschrijvingen die worden gedaan op het variabele gedeelte van die aanschaffingsprijs wel als beroepskosten worden aangemerkt, overeenkomstig de bewoordingen zelf van artikel 52, 6°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, dat onderstreept dat "inzonderheid als beroepskosten (worden) aangemerkt: afschrijvingen die betrekking hebben op (...) immateriële (...) vaste activa waarvan de gebruiksduur beperkt is".

Met betrekking daartoe moet eveneens gelet worden op artikel 25, 4°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, dat uitdrukkelijk vermeldt: "winst omvat eveneens (...) de sommen gebruikt om (...) de onderneming uit te breiden". Volgens die bepaling is dus het geld dat wordt besteed aan investeringen, in dit geval, het bedrag van het variabele gedeelte van de aanschaffingsprijs van het klantenbestand dat door de verweerster ten onrechte niet onder de activa werd geboekt, belastbare winst.

Het arrest, dat inzake de verwerving van een immaterieel vast actief tegen een gedeeltematig variabele prijs, beslist dat "het belastingrecht op dat punt afwijkt van het boekhoudrecht" op grond dat "de verweerster, luidens artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de keuze had tussen het activeren van dat variabele gedeelte van de aanschaffingsprijs (investeringswaarde) van het klantenbestand met een lineair afschrijvingsplan over verscheidene jaren of de rechtstreekse tenlasteneming van de prijs van die jaarlijkse vergoedingen, aangezien die elk jaar zekere en vaststaande schulden werden en als zodanig werden geboekt", miskent bijgevolg de boekhoudkundige en fiscale aard van het variabele gedeelte van de voor de verwerving van het klantenbestand overeengekomen prijs, aangezien dat variabele gedeelte, als zodanig, behoort tot de aanschaffingswaarde van die vaste activa en op grond daarvan, onder de actiefbestanddelen moest worden geboekt (schending van artikel 20 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 oktober 1976) en hoe dan ook een belastbare winst is, daar het voor uitbreiding van de onderneming werd aangewend (schending van artikel 25, 4°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) maar geen op grond van artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 aftrekbare beroepsuitgave is (schending van artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992), en overeenkomstig de artikelen 12, 19 en 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976, en de artikelen 52, 6°, en 61 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 aanleiding geeft tot de aftrek van afschrijvingen (schending van laatstgenoemde bepalingen).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Over de door de verweerster tegen het middel opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid: het middel is nieuw

Het middel steunt niet op andere feiten dan die welke door het arrest zijn vastgesteld.

Over de door de verweerster tegen het middel opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid: het middel heeft geen belang

In strijd met wat de verweerster aanvoert, komt het middel op tegen de reden van het arrest dat "(zij), luidens artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de keuze had tussen het activeren van (het) variabele gedeelte van de aanschaffingsprijs (...) van het klantenbestand met een lineair afschrijvingsplan over verscheidene jaren of de rechtstreekse tenlasteneming van de prijs van die jaarlijkse vergoedingen".

De gronden van niet-ontvankelijkheid kunnen niet worden aangenomen.

Middel

Krachtens artikel 52, 6°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 worden afschrijvingen die betrekking hebben op immateriële vaste activa met een beperkte gebruiksduur als beroepskosten aangemerkt.

Luidens artikel 28 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen wordt voor immateriële vaste activa met een beperkte gebruiksduur overgegaan tot afschrijvingen volgens een overeenkomstig artikel 15 opgesteld plan.

Uit die bepalingen volgt dat, wanneer artikel 49, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 bepaalt dat onder meer als in het belastbare tijdperk gedaan of gedragen worden beschouwd, de kosten die in dat tijdperk werkelijk zijn betaald of gedragen of het karakter van zekere en vaststaande schulden of verliezen hebben verkregen en als zodanig zijn geboekt, het de aftrek van de kosten betreffende dergelijke immateriële vaste activa, bij de boeking ervan, onderwerpt aan de vereisten van het voornoemde koninklijk besluit.

Het arrest stelt vast dat "het klantenbestand, voor de belastingplichtige die het verwerft, een immaterieel vast actief is met een onbetwistbaar beperkte gebruiksduur, zodat het om een bestanddeel gaat dat in beginsel kan worden afgeschreven".

Het arrest dat oordeelt dat de verweerster de prijs van de jaarlijkse vergoedingen, zijnde het variabele gedeelte van de prijs voor de verwerving van het door haar betaalde klantenbestand, rechtstreeks ten laste kon nemen " aangezien deze elk jaar zekere en vaststaande schulden werden en als zodanig werden geboekt", verantwoordt niet naar recht zijn beslissing om, in zoverre, de ontheffing van de litigieuze aanslagen te bevelen.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de ontheffing beveelt van de litigieuze aanslagen in zoverre die de vaste jaarlijkse vergoedingen vastgesteld op 20 pct. van de bruto-ontvangsten niet als afrekbare beroepskosten in aanmerking nemen en in zoverre het uitspraak doet over de kosten.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over.
Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Brussel.

23 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Th. Afschrift, Brussel.

Nr. 280

1° KAMER - 23 april 2010

1° INKOMSTENBELASTINGEN — INTERNATIONALE VERDRAGEN -
OVEREENKOMST TUSSEN BELGIË EN FRANKRIJK - ARTIKEL 10 - PUBLIEKE
OPENBAARVERVOERMAATSCHAPPIJEN - NIJVERHEIDS- OF HANDELSACTIVITEIT - BEGRIP

2° INKOMSTENBELASTINGEN — ALGEMEEN - WETBOEK VAN DE
INKOMSTENBELASTINGEN (1992) - RECHTSPERSOON - NIJVERHEIDS- OF HANDELSACTIVITEIT -
WINSTOOGMERK - VERBAND

1° De publieke openbaarvervoermaatschappijen mogen een nijverheids of handelsactiviteit uitoefenen in de zin van artikel 10, §1, van de Overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen¹.

2° Uit de artikelen 23, §1, 1° en 24 W.I.B. 1992 volgt niet dat een rechtspersoon enkel een nijverheids of handelsactiviteit kan uitoefenen als hij dat met winst oogmerk doet².

(V.D. T. BELGISCHE STAAT, MIN. V. FINANCIËN T. SOCIETE DE TRANSPORT EN COMMUN DE CHARLEROI)

ARREST (*vertaling*)

(AR F.09.0046.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 10 december 2008 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

Raadsheer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 10, §1, 11, §2, c) en 22 van de Overeenkomst tussen België en Frankrijk tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen, ondertekend te Brussel op 10 maart 1964 en goedgekeurd bij de wet van 14 april 1965;

- de artikelen 2, §2, 1°, 23, §1, 1°, 24, 179 en 220, 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, zoals zij van toepassing zijn op de aanslagjaren 2000 en 2001.

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.280.

² *Ibid.*

Aangevochten beslissingen

Het arrest doet uitspraak over een geschil nopens de vraag of de verweerster bedrijfsvoorheffing verschuldigd is bij de uitbetaling van bezoldigingen aan de leden van haar personeel die in de Belgische grensstreek tewerkgesteld zijn en hun woning hebben in de Franse grensstreek. Het brengt het volgende in herinnering:

"De eerste twee paragrafen van artikel 10 van de Overeenkomst (...) luiden als volgt:

- artikel 10, §1. De bezoldigingen in de vorm van salarissen, lonen en wedden toegekend door één van de verdragsluitende Staten of door een publiekrechtelijke rechtspersoon van deze Staat, die geen nijverheids- of handelsactiviteit uitoefent, zijn uitsluitend in deze Staat belastbaar;

- artikel 10, §2, Met wederzijds akkoord zal deze bepaling kunnen worden uitgebreid tot de bezoldigingen van de personeelsleden van openbare lichamen of instellingen of van juridische zelfstandige instellingen, door een van de verdragsluitende Staten of door de politieke onderdelen van deze Staat opgericht of gecontroleerd, zelfs indien deze lichamen of instellingen een nijverheids- of handelsactiviteit uitoefenen".

Het arrest overweegt daarna het volgende:

"Hoewel de verweerster wel degelijk een publiekrechtelijke rechtspersoon is in de zin van artikel 10, §1, (van de Overeenkomst), toch oordeelt de administratie ten onrechte dat zij geen nijverheids- of handelsactiviteit uitoefent en dat de door haar aan haar personeelsleden betaalde bezoldigingen derhalve onder toepassing van artikel 10, §1, van de Overeenkomst vallen, op grond dat die vereniging naar publiek recht de verzekering van een openbare dienst tot doel heeft en geen winstoogmerk heeft;

(De verweerster) exploiteert een 'onderneming van vervoer te land' die volgens het Wetboek van Koophandel 'geacht wordt een daad van koophandel te zijn' (artikel 2 van het Wetboek van Koophandel) en dat de statuten van die vereniging bevestigen dat haar daden 'geacht worden daden van koophandel te zijn' (stuk 54 van het administratief dossier; artikel 1, tweede lid, van de statuten die in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt op 10 augustus 1991);

De oprichting en de statuten van die exploitatiemaatschappij werden goedgekeurd door de Executieve van het Waalse Gewest;

Die maatschappij heeft de vorm aangenomen van een publiekrechtelijke vereniging met rechtspersoonlijkheid en haar handelingen en verbintenissen worden geacht commercieel te zijn (cf. artikel 18 van het Waalse decreet van 21 december 1989 betreffende de diensten voor het openbaar vervoer in het Waalse Gewest);

Zij is dus een 'handelonderneming' zoals de NMBS (Van Ryn en Heenen, *Principes de droit commercial*, I, 2e ed., 1976, nr. 374);

De vroegere opvatting dat de activiteit pas als een daad van koophandel kan worden aangemerkt wanneer er van winstoogmerk sprake is, werd op afdoende wijze weerlegd door de eminente professoren Van Ryn en Heenen (*L'esprit de lucre et le droit commercial*, R.C.J.B., 1974, 321; *Principes de droit commercial*, I, 2e ed., 1976, nrs. 11 en 12);

Overigens impliceert het fiscale begrip nijverheids- of handelsactiviteit niet noodzakelijk daden van koophandel in de zin van het Wetboek van Koophandel;

Wanneer een door de overheid gecontroleerde instelling een handelsactiviteit uitoefent, zoals (de verweerster), doet ze dat omdat de overheid die activiteit als een openbare dienst aanziet;

De professoren Van Ryn en Heenen schreven in 1957 (*Principes de droit commercial*, II, 1e ed., 1957, nr. 1143) het volgende: 'en organisant, ou en dirigeant, dans l'intérêt général, des activités et des entreprises de nature économique, les pouvoirs publics ont pro-

voqué le développement d'un domaine intermédiaire, régi conjointement par le droit administratif et par le droit privé, principalement par le droit commercial. Ce fait a donné naissance à une notion nouvelle, celle du 'service public de caractère commercial ou industriel' (zie stuk nr. 49 van het administratief dossier, bijlage bij de brief);

Dat begrip openbare dienst met een handels- of nijverheidskarakter was reeds een vaststaand begrip op het ogenblik dat de Overeenkomst werd ondertekend tussen Frankrijk en België".

Het arrest beslist als volgt:

"Tot slot is (de verweerster) wel degelijk een in België gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon die een handelsactiviteit uitoefent en vallen de door haar toegekende bezoldigingen derhalve niet onder toepassing van artikel 10, §1, van de tussen Frankrijk en België gesloten bilaterale Overeenkomst tot voorkoming van dubbele belasting;

Het in het verzoekschrift tot hoger beroep aangevoerde artikel 22 van de tussen Frankrijk en België gesloten Overeenkomst ontkracht de voormelde interpretatie van artikel 10, §1 geenszins;

Volgens dat artikel zal elke in deze overeenkomst niet nader omschreven term 'tenzij het zinsverband een andere verklaring vereist, de betekenis hebben welke aan die term wordt toegekend door de wetgeving die in elke verdragsluitende Staat voor de in deze Overeenkomst bedoelde belastingen geldt';

In het Belgisch belastingrecht is (de verweerster) uiteraard een 'vennootschap' in de zin van artikel 2, §2, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 dat hieronder verstaat 'enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard';

Krachtens artikel 179 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 zou zij derhalve, net als de NMBS, onderworpen zijn aan de vennootschapbelasting en zou het bedrag van haar inkomsten worden bepaald volgens de regels die van toepassing zijn op de in artikel 24 bedoelde winsten (artikel 183 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) indien zij door artikel 180, 6°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 niet uitdrukkelijk was uitgesloten van het toepassingsgebied van de vennootschapsbelasting".

Grieven

Artikel 11 van de Overeenkomst luidt als volgt:

"§1. Onder voorbehoud van de bepalingen van de artikelen 9, 10 en 13 van deze Overeenkomst, zijn de salarissen, lonen en andere soortgelijke bezoldigingen slechts belastbaar in de verdragsluitende Staat op het grondgebied waarvan de persoonlijke activiteit, die de bron van deze inkomsten is, wordt uitgeoefend (...).

§2. In afwijking van paragraaf 1 hierboven zijn

(...) c) de salarissen, lonen en andere soortgelijke bezoldigingen verkregen door een inwoner van een overeenkomstsluitende Staat die zijn activiteit uitoefent in de grenszone van de andere overeenkomstsluitende Staat en die zijn duurzaam thuis in de grenszone van de eerstgenoemde Staat heeft, slechts in die Staat belastbaar".

Dit artikel wordt echter enkel toegepast "onder voorbehoud van de bepalingen (van onder meer artikel) 10" van de Overeenkomst, waarvan §1 luidt als volgt: "De bezoldigingen in de vorm van salarissen, lonen, wedden, soldijen en pensioenen toegekend door één van de verdragsluitende Staten of door een publiekrechtelijke rechtspersoon van deze Staat, die geen nijverheids- of handelsactiviteit uitoefent, zijn uitsluitend in deze Staat belastbaar".

Aangezien het begrip "publiekrechtelijke rechtspersoon die geen nijverheids- of handelsactiviteit uitoefent" en, meer bepaald, de termen "nijverheids- of handelsactiviteit" niet anders omschreven worden in de Overeenkomst, moet daaraan overeenkomstig het vereiste van artikel 22 van de Overeenkomst de betekenis worden gegeven die zij hebben in het nationale belastingrecht van de verdragssluitende Staten. Dat artikel bepaalt dat "elke niet in deze overeenkomst nader omschreven term, tenzij het zinsverband een andere verklaring vereist, de betekenis zal hebben welke aan die term wordt toegekend door de wetgeving die in elke verdragssluitende Staat voor de in deze Overeenkomst bedoelde belastingen geldt".

In het Belgisch belastingrecht omschrijven de artikelen 23, §1, 1°, en 24 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 de beroepsinkomsten als "inkomsten die rechtstreeks of onrechtstreeks voortkomen uit werkzaamheden van alle aard, met name de winsten van alle nijverheids-, handels- of landbouwondernemingen".

Uit die bepalingen, met name uit de term "alle" die door de belastingwetgever wordt gebruikt blijkt dat het begrip handelsactiviteit niet enkel gegrond is op de aard van de verrichte handelingen, die al dan niet "geacht worden daden van koophandel te zijn" die krachtens de wet of de statuten van de rechtspersoon die deze activiteit uitoefent, maar dat, ongeacht de mogelijke evoluties van het begrip "handelsactiviteit" in de rechtsleer betreffende het handelsrecht en ongeacht het feit dat het begrip "openbare dienst met een handels- of nijverheidskarakter" zijn intrede heeft gedaan in voornoemde rechtsleer, tevens vereist is dat die handelingen worden verricht met het oog op winst, dat wil zeggen dat er sprake is van een winsttoegmerk.

Hoewel artikel 2, §2, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 de vennootschap omschrijft als "enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard", bepaalt artikel 220, 3°, van het Wetboek van Inkomstenbelastingen 1992 evenwel dat "aan de rechtspersonen-belasting zijn onderworpen: (...) de rechtspersonen (...) die geen onderneming exploiteren of zich niet met verrichtingen van winstgevende aard bezighouden (...)". Het arrest schendt bijgevolg genoemd artikel 220, 3°, wanneer het, na te hebben overwogen dat de opvatting dat de activiteit pas als een daad van koophandel kan worden aangemerkt wanneer er van een winsttoegmerk sprake is, niet meer van toepassing was, en na zich derhalve ervan te hebben onthouden op enigerlei wijze na te gaan of de verweerster met haar activiteit wel degelijk winst nastreefde, beslist dat "(de verweerster) uiteraard een vennootschap is in de zin van artikel 2, §2, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (...) (en) dat zij derhalve krachtens artikel 179 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 onderworpen zou zijn aan de vennootschapsbelasting (...) en het bedrag van haar inkomsten te bepalen zou zijn volgens de regels die van toepassing zijn op de in artikel 24 bedoelde winsten (artikel 183 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992), indien zij door artikel 180, 6°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 niet uitdrukkelijk uitgesloten zou zijn van het toepassingsgebied van de vennootschapsbelasting".

Uit het voorgaande volgt dat het arrest zijn beslissing dat "de (verweerster) wel degelijk een in België gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon is die een handelsactiviteit uitoefent en (dat) de door haar toegekende bezoldigingen derhalve niet onder toepassing vallen van artikel 10, §1, van de (Overeenkomst), (...) daar het in het verzoekschrift tot hoger beroep aangevoerde artikel 22 van de (Overeenkomst) voormelde interpretatie van artikel 10, §1, geenszins ontkracht", niet naar recht verantwoordt, maar dat het integendeel, enerzijds, de betekenis die moet worden gegeven aan de woorden "die een handelsactiviteit uitoefent" uit artikel 10, §1, van de Overeenkomst, miskent door de overweging dat "de vroegere opvatting dat de activiteit pas als een daad van koophandel kan worden aangemerkt wanneer er van winsttoegmerk sprake is, op doorslaggevende wijze weerlegd werd"

(schending van de artikelen 10, §1, en 22 van de Overeenkomst, alsook 23, §1, 1°, en 24 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992), en artikel 11, §2, c), van de Overeenkomst derhalve ten onrechte toepast (schending van dat artikel 11, §2, c), van de Overeenkomst) en, anderzijds, de strekking van artikel 220, 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 volgens hetwelk "aan de rechtspersonenbelasting (en niet aan de vennootschapsbelasting) zijn onderworpen: (...) de rechtspersonen (...) die geen onderneming exploiteren of zich niet met verrichtingen van winstgevende aard bezighouden", miskent door de overweging dat "de verweerster) uiteraard een 'vennootschap' is in de zin van artikel 2, §2, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 dat hieronder verstaat 'enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard', (en) dat zij derhalve krachtens artikel 179 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 onderworpen zou zijn aan de vennootschapsbelasting (...) en het bedrag van haar inkomsten te bepalen zou zijn volgens de regels die van toepassing zijn op de in artikel 24 bedoelde winsten (artikel 183 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992), indien zij door artikel 180, 6°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 niet uitdrukkelijk was uitgesloten van het toepassingsgebied van de vennootschapsbelasting" (schending van de artikelen 2, §2, 1°, 179 en 220, 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Artikel 10, §1, van de op 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk gesloten Overeenkomst tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen bepaalt dat de bezoldigingen in de vorm van salarissen, lonen, wedden, soldijen en pensioenen toegekend door één van de verdragssluitende Staten of door een publiekrechtelijke rechtspersoon van deze Staat, die geen nijverheids- of handelsactiviteit uitoefent, uitsluitend in deze Staat belastbaar zijn.

Uit de artikelen 23, §1, 1° en 24 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 die de beroepsinkomsten omschrijven als inkomsten die rechtstreeks of onrechtstreeks voortkomen uit werkzaamheden van alle aard, met name de winsten van alle nijverheids-, handels- of landbouwondernemingen, volgt niet dat een rechtspersoon enkel een nijverheids- of handelsactiviteit kan uitoefenen als zij dat met een winstoogmerk doet.

Indien artikel 220, 3°, van genoemd wetboek de rechtspersonen die zich niet met verrichtingen van winstgevende aard bezighouden onderwerpt aan de rechtspersonenbelasting, onderwerpt artikel 220, 2°, de exploitatiemaatschappijen voor openbaar vervoer, bedoeld in artikel 180, 6°, van dat wetboek, eveneens aan die belasting.

Het middel dat betoogt dat de openbare maatschappijen voor collectief vervoer geen nijverheids- of handelsactiviteit mogen uitoefenen in de zin van artikel 10 van voormelde overeenkomst, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

23 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Kirkpatrick.

Nr. 281

3^o KAMER - 26 april 2010

1^o KOOP - CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP VOOR ONBEPAALEDE DUUR - EENZIJDIGE BEËINDIGING ZONDER FOUT VAN DE CONCESSIEHOUDER - BIJKOMENDE VERGOEDING - MEERWAARDE INZAKE CLIËNTEEL - BILLIJKE BEOORDELING - RAMING - BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER

2^o KOOP - CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP VOOR ONBEPAALEDE TIJD - EENZIJDIGE BEËINDIGING ZONDER FOUT VAN DE CONCESSIEHOUDER - BIJKOMENDE VERGOEDING - BILLIJKE BEOORDELING - VERGOEDING VAN HET ROUWGED - BEGRIP

3^o CASSATIE — BEVOEGDHEID VAN HET HOF — ALGEMEEN - VERKOOP - CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP VOOR ONBEPAALEDE TIJD - BEËINDIGING - VERGOEDING VAN HET ROUWGED - WETTELIJK BEGRIP - TOEZICHT VAN HET HOF

1^o *Om de bij artikel 3 van de Alleenverkoopwet bedoelde billijke bijkomende vergoeding te beoordelen, mag de rechter rekening houden met de gegevens die dagtekenen van vóór en na het tijdstip dat hij in aanmerking neemt om naar billijkheid uitspraak te doen over de bijkomende vergoeding¹. (Art. 3, eerste lid, 1^o, Alleenverkoopwet)*

2^o *De rechter mag, wegens het billijk karakter van de vergoeding van het rouwged dat de concessiehouder verschuldigd is aan het personeel dat hij moet ontslaan t.g.v. de beëindiging van de verkoopconcessie, rekening houden met de kosten die de concessiehouder heeft moeten maken om zijn personeel met vervroegd pensioen te laten gaan en de sluitingspremies te financieren, daar die kosten uit de beëindiging voortvloeien². (Art. 3, eerste lid, 3^o, Alleenverkoopwet)*

3^o *Het Hof gaat alleen na of de rechter, in het kader van zijn beoordeling, het wettelijk begrip "rouwged" in de zin van artikel 3, eerste lid, 3^o, Alleenverkoopwet, niet heeft miskend³. (Art. 3, eerste lid, 3^o, Alleenverkoopwet)*

(INDESIT COMPANY, s.p.a., vennootschap naar Italiaans recht e.a. T. ETABLISSEMENTS MEURICE nv e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.08.0557.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 9 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

De zaak is bij beschikking van 6 april 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Christine Matray heeft verslag uitgebracht.

1 Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.281.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseressen voeren de volgende twee middelen aan.

1. Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 3, 1^o, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop;

- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest veroordeelt de eiseressen, op grond van artikel 3, 1^o, van de wet van 27 juli 1961, om aan de verweersters een bijkomende clientèlevergoeding van 8.553.363 euro te betalen, wat overeenkomt met twaalf maanden semibrutowinst, berekend op het gemiddelde van de drie boekjaren die aan het jaar van de eenzijdige beëindiging voorafgaan.

Het arrest grondt die beslissing op de volgende redenen:

1. De clientèlevergoeding

Artikel 3, 1^o, van de wet van 27 juli 1961 bepaalt dat de uitgezette concessiehouder recht heeft op een clientèlevergoeding, op voorwaarde dat hij aantoonde dat zijn exploitatie een bekende meerwaarde voor de concessiegever heeft (opgebracht) en dat die aangebrachte clientèle aan de concessiegever verblijft;

De concessiehouder hoeft daarenboven niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden;

De rechtbank heeft, op grond van een arrest van 7 januari 2005 van het Hof van Cassatie, geoordeeld dat de rechter op het einde van de concessie, dus na het verstrijken van de opzeggingstermijn, - in voorkomend geval in abstracto - beslist of het is aangetoond dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de door de concessiehouder opgebouwde clientèle aan de concessiegever verblijft, zodat de oorspronkelijke vordering die strekte tot betaling van een clientèlevergoeding in dat geval voorbarig leek en de uitspraak over dat punt van de vordering aangehouden moest worden; krachtens de devolutieve kracht van het hoger beroep, neemt het hof van beroep te dezen kennis van dat volledige punt van de oorspronkelijke vordering;

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 10 februari 2005 beslist dat 'de bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder recht heeft, ontstaat en bepaald wordt op het tijdstip van de opzegging van het contract' en 'dat de rechter, om te voldoen aan het door de wet vastgestelde billijkheids criterium, alle elementen in aanmerking mag nemen waarvan hij kennis heeft op het ogenblik van zijn beslissing, inzonderheid de toestand van de concessiehouder na de beëindiging van het contract' (Cass., 10 februari 2005, www.juridat.be, C.03.0418.F); in een later arrest heeft het Hof van Cassatie zijn desbetreffende rechtspraak bevestigd, door te beslissen dat 'de rechter, om te voldoen aan het door de wet vastgestelde billijkheids criterium, alle elementen in aanmerking mag nemen waarvan hij kennis heeft op het ogenblik van zijn beslissing, met name de toestand van de concessiehouder na de beëindiging van het contract' (Cass., 7 april 2005, www.juridat.be, C.04.0242.F);

Er zijn drie mogelijke tijdstippen waarmee de rechter rekening kan houden om de billijke bijkomende vergoeding, bedoeld in artikel 3 van de wet van 7 juli 1961, te ramen: het tijdstip waarop hij uitspraak doet, het tijdstip waarop de eenzijdige beëindiging van de concessie ter kennis wordt gebracht en het tijdstip waarop de opzeggingstermijn verstrijkt. Geen van die drie tijdstippen moet bij voorrang boven de andere worden toegepast en de rechter kan, naar gelang van de zaak, de in aanmerking te nemen gegevens in overweging nemen, ze samen beschouwen of uitsluiten, op voorwaarde dat hij zijn beslissing wijst

naar billijkheid, aangezien hij zich hierdoor ter zake moet laten leiden en dat criterium aan de basis van de wet van 27 juli 1961 ligt;

Zonder daarom de door (de verweersters) aangevoerde stelling van de 'wurgingsstrategie' te willen aankleven, wijst de evolutie van de betrekkingen tussen de partijen er toch op dat (de eiseressen) gekozen hebben voor een commerciële strategie die wel aansluit bij de evolutie van de Europese industrie van huishoudapparatuur, maar de verticale integratie voorstaat, waarbij concessiehouders zoals (de verweersters) geschrapt werden; de geschillen die in de loop van de opzegging tussen de partijen zijn ontstaan, wijzen daarenboven op wederzijds onbegrip voor hun respectieve doelstellingen en hebben ongetwijfeld een weerslag gehad op het marktaandeel van (de verweersters);

In die omstandigheden, en ook gelet op de duur van de concessie, zou het niet billijk zijn als er alleen maar rekening werd gehouden met de cliëntele van (de verweersters) op het ogenblik van de opzegging, zoals het voorgelegde vonnis dat wilde doen; te dezen is het verantwoord om de toestand van de partijen op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging te vergelijken;

De vermindering van het omzetcijfer (van de verweersters) vóór die kennisgeving, die volgens (de eiseressen) een van de redenen was om de concessie te beëindigen, heeft niet tot gevolg dat zij hierdoor haar recht op een cliëntevergoeding verliest (Bergen, 12 oktober 1988, J.L.M.B., 1999, 511, en de noot Willemart);

Verder moet rekening worden gehouden met de beginsituatie van de concessie, ongeacht het feit dat er een wijziging van concessiehouders en concessiegevers heeft plaatsgevonden, gelet op de economische continuïteit van die twee entiteiten;

Er zal ook rekening worden gehouden met de territoriale uitbreiding van de concessie in de loop der jaren;

Zo zal er met de volgende concrete gegevens rekening worden gehouden om hieruit te besluiten dat (de verweersters) bijgedragen hebben tot de totstandkoming van een bekende meerwaarde inzake de cliëntele van de producten (van de eiseressen): (...)

Er moet redelijkerwijs worden aangenomen dat die meerwaarde (aan de eiseres) verblijft, daar: (...)

(De verweersters) hebben bijgevolg recht op een cliëntevergoeding op grond van artikel 3, 1°, van de wet van 27 juli 1961;

Over het algemeen bestaan er geen criteria om een dergelijke vergoeding zuiver wiskundig te berekenen. Meer bepaald kan een methode zoals die welke M. Willemart voorstaat (J.L.M.B., 1999, 513), in dit geval niet worden toegepast omdat er geen gegevens beschikbaar zijn en heeft de rechtspraak evenmin eenvormige criteria vastgesteld om een dergelijke vergoeding te berekenen;

Om redenen van billijkheid en met inaanmerkingneming van de vorenvermelde concrete omstandigheden van de zaak, moet de door (de verweersters) voorgestelde raming van 8.553.363 euro, wat overeenkomt met twaalf maanden semibrutowinst, berekend op een gemiddelde van de drie boekjaren die aan het jaar van de eenzijdige beëindiging voorafgaan, met name 2000, 2001 en 2002, worden aanvaard; uit de objectieve vergelijkingen die (de verweersters) maken op bladzijden 101 en 102 van hun hoofdconclusie in hoger beroep, waarnaar het hof van beroep verwijst, blijkt dat die raming objectief en redelijk is".

Grieven

Eerste onderdeel

Artikel 3, 1°, van de in het middel bedoelde wet van 27 juli 1961 bepaalt dat de billijke bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder aanspraak kan maken, al naar het ge-

val, geraamd wordt op grond van de bekende meerwaarde inzake clientèle die door de concessiehouder is aangebracht en die aan de concessiegever verblijft na de beëindiging van het contract.

Dat artikel bepaalt daarenboven dat de rechter, bij gebrek aan overeenstemming van de partijen, uitspraak doet naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken.

De bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder krachtens de voormelde wetsbepaling recht heeft, ontstaat en wordt bepaald bij de opzegging van het contract.

Toch wordt aangenomen dat de rechter, om te voldoen aan het door de wet vastgestelde billijkheids criterium, bij het beoordelen van de vraag of voldaan is aan de voorwaarden voor de toekenning van een bijkomende vergoeding en bij de raming van de daaruit voortvloeiende vergoeding rekening mag houden met alle gegevens waarvan hij kennis heeft op het ogenblik van zijn beslissing, en inzonderheid met de gegevens die dagtekenen van na de opzegging van het contract.

Om de bijkomende vergoeding te beoordelen, dient de rechter derhalve niet te kiezen tussen drie mogelijke tijdstippen die hij in aanmerking kan nemen om uitspraak te doen, met name het tijdstip van kennisgeving van de opzegging van de verkoopconcessie, het tijdstip waarop de opzeggingstermijn verstrijkt, of nog het tijdstip waarop hij uitspraak doet.

Een dergelijke beoordelingsmethode zou de rechter immers verplichten om, naar gelang van het tijdstip dat hij in aanmerking neemt om uitspraak te doen, hetzij automatisch alle gegevens uit te sluiten die dateren van na de opzegging van het contract, indien hij besluit om rekening te houden met het tijdstip van beëindiging van de verkoopconcessie, hetzij automatisch alle gegevens uit te sluiten die dagtekenen van vóór en na het verstrijken van de opzeggingstermijn, indien hij besluit om rekening te houden met het tijdstip van beëindiging van de verkoopconcessie, of nog automatisch alle gegevens uit te sluiten die dagtekenen van vóór zijn beslissing, indien hij verkiest om rekening te houden met het tijdstip van zijn uitspraak.

Aangezien de bijkomende vergoeding, luidens artikel 3, 1°, van de wet van 27 juli 1961, door de rechter naar billijkheid vastgesteld wordt, dit wil zeggen door rekening te houden met alle concrete omstandigheden van de zaak, kan men de rechter evenwel niet verbieden om met bepaalde omstandigheden rekening te houden of hem integendeel verplichten om met die omstandigheden rekening te houden naar gelang van het tijdstip dat hij in aanmerking neemt om uitspraak te doen.

Dit is overigens de reden waarom die bepaling, krachtens welke de bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder recht heeft, ontstaat en bepaald wordt bij de opzegging van het contract, de rechter machtigt om, overeenkomstig het door diezelfde bepaling vastgestelde billijkheids criterium, rekening te houden met alle gegevens die dagtekenen van na de opzegging van het contract tot op het tijdstip van zijn uitspraak.

(De eiseressen) betoogden in hun conclusie in hoger beroep dat het Hof van Cassatie het beginsel van de beoordeling, in concreto, van zowel de compensatoire opzeggingsvergoeding als van de bijkomende vergoeding had vastgelegd.

Zij voegden hieraan toe dat de rechter, zelfs als ervan moest worden uitgegaan dat hij daarom nog niet verplicht is om rekening te houden met de gebeurtenissen die na de beëindiging van het contract hebben plaatsgevonden, de mogelijkheid heeft om, indien het billijkheids criterium zulks vereist, rekening te houden met de situatie van de concessiehouder na de opzegging van het contract.

Zij betoogden vervolgens dat wegens het billijkheids criterium te dezen rekening moet worden gehouden met de gebeurtenissen die na de beëindiging van de concessie hadden plaatsgevonden, om de volgende redenen :

(De verweersters) (hebben) enerzijds herhaaldelijk geweigerd om de dienst na verkoop van bepaalde, in België verkochte Indesit-producten te verzekeren; die situatie heeft de reputatie van de Indesit-producten sterk geschaad; uit het relaas van de feiten volgt dat zeer belangrijke klanten als Eurocenter, Lapeyere of nog Ixina duidelijk te kennen hebben gegeven dat zij niet langer het merk Indesit wensten te verkopen, daar hen geen zekerheid inzake de dienst na verkoop of de levering van de producten kon worden geboden; de strategie (van de verweersters) heeft het omzetcijfer haast gekelderde, waarbij het aantal bestellingen eind 2005 begin 2006 nog maar enkele honderden eenheden per maand bedroeg, tegenover verscheidene duizenden in 2004; de houding (van de verweersters) heeft voor (de eiseressen) dus geleid tot een aanzienlijk verlies aan clientèle (...);

Het aantal klanten is sinds 2002 onverminderd blijven dalen en het is nu duidelijk dat die daling zich is blijven doorzetten tot het einde van de opzeggingstermijn;

Dit geldt des te meer daar (de verweersters) bruusk en eenzijdig, ondanks hun contractuele verplichtingen, beslist hebben om hun activiteiten nog vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn stop te zetten; die beslissingen hebben het aantal klanten nog sneller doen dalen; in amper één jaar tijd, met name van januari tot december 2005, hebben (de eiseressen) meer dan 50 pct. marktaandeel verloren en zijn ze van ongeveer 4,2 pct. naar 1,9 pct. gedaald; vanaf januari 2006 hebben (de verweersters) hun activiteiten volledig stopgezet en hebben ze zich ertoe beperkt hun voorraad uit te verkopen en enkele overblijvende bestellingen af te handelen (hoofdzakelijk bestellingen uit de maand december); de bestellingen van afgewerkte producten zijn dus gedaald tot enkele honderden eenheden per maand;

Men kan met andere woorden alleen maar vaststellen dat de zogenaamde meerwaarde inzake clientèle die (de verweersters) hebben aangebracht, (de eiseressen) helemaal niet, of op zijn minst in slechts zeer beperkte mate, ten goede zal komen, zoals de blijvende daling van het marktaandeel het bewijst".

(De eiseressen) betoogden zodoende dat zij geen clientèlevergoeding aan (de verweersters) verschuldigd waren, daar zij tijdens de opzeggingsperiode geweigerd hadden de dienst na verkoop van bepaalde in België verkochte Indesit-producten te verzekeren en eenzijdig beslist hadden om hun activiteiten ruim vóór het verstrijken van de opzeggingsstermijn stop te zetten, zodat die concrete gegevens te dezen tot een zodanige daling van het aantal klanten hebben geleid dat er geen enkele noemenswaardige meerwaarde inzake clientèle meer overbleef.

Het arrest wijst er allereerst op dat de rechter drie mogelijke tijdstippen in aanmerking kan nemen om over de billijke bijkomende vergoeding uitspraak te doen: "het tijdstip van kennisgeving van de opzegging van de verkoopconcessie, het tijdstip waarop de opzeggingstermijn verstrijkt, of nog het tijdstip waarop hij uitspraak doet", en voegt hieraan toe dat de rechter niet ambtshalve verplicht is om één van die tijdstippen boven de andere te verkiezen, daar het hem, overeenkomstig het billijkheids criterium dat aan de basis ligt van de opzet van de wet van 27 juli 1961, vrij staat om met eender welk gegeven al dan niet rekening te houden om te beslissen welk tijdstip hij in aanmerking neemt.

Het beslist vervolgens dat er, in tegenstelling tot wat het voorgelegde vonnis van plan was, geen grond bestaat om slechts rekening te houden met de clientèle van (de verweersters) bij het verstrijken van de opzeggingstermijn, gelet op de commerciële strategie (van de eiseressen), die een verticale integratie voorstonden en aldus beslist hebben om concessiehouders zoals (de verweersters) te schrappen, de geschillen die in de loop van de opzeggingstermijn tussen de partijen zijn ontstaan en de duur van de concessie, en dat "het te dezen verantwoord is om de situatie van de partijen op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging te vergelijken".

Het arrest, dat een keuze maakt tussen de drie tijdstippen die het zegt voor de raming

van de bijkomende vergoeding in aanmerking te kunnen nemen, beslist om het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging in aanmerking te nemen en weigert bijgevolg om rekening te houden met alle gegevens die hem op het ogenblik van de uitspraak bekend zijn, met name die welke dagtekenen van na de kennisgeving van de eenzijdige opzegging van de verkoopconcessie en raamt derhalve de bijkomende clientèlevergoeding op 8.533.363 euro, door zich uitsluitend te baseren op de cijfers die dagtekenen van vóór die opzegging, maakt geen correcte toepassing van artikel 3, 1^o, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, en schendt bijgevolg dat artikel.

Het arrest, dat niet nagaat of er voor de raming van de bijkomende vergoeding al dan niet grond bestond om rekening te houden met de door (de eiseressen) aangevoerde gegevens die dagtekenen van na de opzegging van het contract, zoals de weigering (van de verweersters) om tijdens de opzeggingsperiode de dienst na verkoop te blijven verzekeren en hun beslissing om hun activiteiten nog vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn stop te zetten, sluit bovendien de inaanmerkingneming van die gegevens niet wettig uit en verantwoordt zijn beslissing niet naar recht om de bijkomende vergoeding op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging op 8.533.363 euro te ramen (schending van artikel 3, 1^o, van de in het middel bedoelde wet van 27 juli 1961).

Het arrest, dat niet uitlegt waarom er geen grond bestaat om rekening te houden met het verlies aan clientèle dat het gevolg is van de houding (van de verweersters) met betrekking tot de dienst na verkoop en evenmin met hun beslissing om hun zaak nog vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn de facto te vereffenen, antwoordt daarenboven niet op het omstandige verweermiddel dat (de eiseressen) in de in het middel bedoelde conclusie hadden aangevoerd en is bijgevolg niet regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet). Door dat verzuim belet het arrest het Hof althans het hem toevertrouwde wettigheidstoezicht uit te oefenen en is het ook op dat punt niet regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet).

Tweede onderdeel

(De eiseressen) betoogden voor het hof van beroep met betrekking tot de door (de verweersters) voorgestelde raming van de clientèlevergoeding:

"De vordering van een clientèlevergoeding moet noodzakelijkerwijs worden verworpen, daar (de verweersters) geen enkel gegeven aanvoeren dat hun raming van de compensatoire opzeggingsvergoeding (lees: clientèlevergoeding) staat; de berekening van (de verweersters) (een berekening volgens welke de semibrutowinst forfaitair wordt bepaald op 90 pct. van de brutomarge) kan in elk geval niet worden aangenomen; de raming van de vergoeding is dus niet gegrond;

De berekeningswijze van die vergoeding (op grond van de semibrutowinst) is bovendien betwistbaar; de clientèlevergoeding moet immers overeenstemmen met de nettowinst die deze clientèle de concessiehouder zou hebben opgeleverd; er bestaat geen enkele geldige reden waarom die vergoeding kosten zou bevatten die per definitie reeds zijn gedekt, hetzij door de toekenning van de opzegging, hetzij door een compensatoire opzeggingsvergoeding; de vergoeding moet dus berekend worden op grond van de nettowinst".

Het arrest, dat vaststelt dat er geen eenvormige criteria bestaan voor de berekening van een dergelijke vergoeding, aanvaardt de berekeningswijze (van de verweersters), alleen op grond dat "om redenen van billijkheid en met inaanmerkingneming van de omstandigheden van de zaak, moet de door (de verweersters) voorgestelde raming van 8.533.363 euro, wat overeenkomt met twaalf maanden semibrutowinst, berekend op een gemiddelde van de drie boekjaren die aan het jaar van de eenzijdige beëindiging voorafgaan, met name 2000, 2001 en 2002, worden aanvaard", en "dat die raming objectief en redelijk blijkt".

Het arrest antwoordt, op grond van die redenen alleen, niet op het middel dat (de

eiseressen) in hun conclusie hebben aangevoerd en waarin zij betoogden dat, aangezien de cliëntèlevergoeding geen kosten mocht bevatten die per definitie reeds door de toekenning van de opzegging waren gedekt, die vergoeding moest overeenstemmen met de nettowinst die deze cliëntèle aan de concessiehouder zou hebben opgeleverd, en is bijgevolg niet regelmatig met redenen omkleed (artikel 149 van de Grondwet).

2. Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop;

- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest beslist dat er grond bestaat om de eiseressen, op grond van artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961, te veroordelen tot het betalen van een rouwgeldvergoeding voor een totaalbedrag van 937.786,87 euro, wat overeenkomt met de kosten die (de verweersters) hebben moeten maken om hun personeel met vervroegd pensioen te laten vertrekken en de sluitingspremies te betalen.

Het arrest grondt die beslissing op de volgende redenen:

"(De verweersters) betogen vervolgens dat zij, wegens de opzegging van de concessie en de beroepen beslissing, verplicht waren om het contract verder uit te voeren tijdens de opzeggingstermijn van 36 maanden en geconfronteerd werden met de volgende moeilijkheden met betrekking tot het ontslag van hun personeel:

- indien zij hun personeel snel ontsloegen, dan liepen ze het risico dat hun personeel gedemotiveerd zou geraken en vervroegd zou vertrekken, aangezien de ontslagen personeelsleden terecht zo snel mogelijk een nieuwe betrekking willen vinden;

- verschillende personeelsleden beschikten over een lange anciënniteit of werden beschermd door hun vakbondsstatuut, wat lange opzeggingstermijnen tot gevolg zou hebben gehad, in bepaalde gevallen langer dan de door (de eiseressen) toegekende 36 maanden;

- aangezien zij verplicht waren om de verkoopovereenkomst voort te zetten, moest er voldoende personeel in dienst blijven;

(De verweersters) hebben bijgevolg beslist om hun werknemers geleidelijk aan te ontslaan met eerbiediging voor hun persoon en hun rechten, en vorderen, als vergoeding voor het rouwgeld, de kosten van die 'soft landing' terug, wat neerkomt op een bedrag van 937.786,87 euro, dit zijn de kosten die zij gemaakt hebben om hun personeel met vervroegd pensioen te laten gaan en de sluitingspremies te betalen;

Te dezen moet worden vastgesteld dat het oorzakelijk verband tussen de beëindiging van de litigieuze concessie en de maatregelen die zijn genomen om het personeel (van de verweersters) te ontslaan, ten genoegen van recht is aangetoond;

- de aard en de omvang van de verloren concessie en de ontwikkeling van de internationale markt van de huishoudapparatuur maakten het (de verweersters) volstrekt onmogelijk om dezelfde concessie terug te vinden als die welke zij in deze sector verloren hadden, zodat het verlies van het marktaandeel voor de litigieuze concessie onherstelbare schade blijkt te hebben veroorzaakt;

- gezien de duur van de concessie, diende de onderneming en het personeel van (de verweersters) zodanig gespecialiseerd te zijn dat dit (de verweerders) in concreto heeft belet om een, vanuit economisch oogpunt, realistische omschakeling te bewerkstelligen, zodat hen niet kan worden verweten dat zij hun onderneming de facto hebben vereffend;

Hoewel de schade die (de verweersters) als rouwgeld vergoed willen zien, strikt genomen geen ontslagvergoedingen zijn, moet in dat verband niettemin worden aangenomen

dat (de verweersters), door bij de sluiting een sociaal begeleidingsplan ten uitvoer te brengen, aldus niet alleen gehandeld hebben zoals een normaal voorzichtige en oplettende werkgever dat in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan, maar bovendien de schade hebben beperkt die zij geleden zouden hebben als zij hun personeel op een gewone manier hadden ontslagen, daar de duur van die ontslagen, gelet op de anciënniteit en het beschermd statuut van de meeste personeelsleden, in de meeste gevallen de door (de eiseressen) toegekende opzeggingstermijn te boven zou zijn gegaan;

In die omstandigheden is het verantwoord om (de verweersters) te vergoeden voor de kosten die zij hebben gemaakt en die overeenstemmen met het rouwgeld, zoals bedoeld in artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961, en is dat punt van de vordering gegrond tot beloop van een bedrag van 937.786,87 euro".

Grieven

Eerste onderdeel

Artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, bepaalt dat ingeval de verkoopconcessie als bedoeld in artikel 2 door de concessiegever wordt beëindigd op andere gronden dan een grove tekortkoming van de concessiehouder, laatstgenoemde aanspraak kan maken op een billijke bijkomende vergoeding die, al naar het geval, geraamd wordt op grond van de in die bepaling vastgestelde gegevens.

Die gegevens worden door de wet op beperkende wijze opgesomd en zijn de volgende:

1° de bekende meerwaarde inzake clientèle die door de concessiehouder is aangebracht en die aan de concessiegever verblijft na de beëindiging van het contract;

2° de kosten die de concessiehouder gedaan heeft met het oog op de exploitatie van de concessie en die aan de concessiegever voordelen mochten opleveren na het eindigen van het contract;

3° het rouwgeld dat de concessiehouder verschuldigd is aan het personeel dat hij verplicht is te ontslaan ten gevolge van de beëindiging van de verkoopconcessie.

Bijgevolg kan, krachtens artikel 3 van de voormelde wet, alleen voor de cliëntevergoeding, de kosten van de concessiehouder die de concessiegever ten goede komen en de aan het ontslagen personeel betaalde compensatoire opzeggings-vergoedingen, een vordering worden ingesteld.

Voor de toepassing van die bepaling kan er dus met geen enkele andere schadepost van de concessienemer rekening worden gehouden.

Wegens het beperkend karakter van de bijkomende vergoeding mag de rechter een schade die niet uitdrukkelijk in die bepaling wordt opgesomd, niet gelijkstellen met een van de drie schadeposten die krachtens artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 vergoed moeten worden, zelfs als die schade het gevolg zou zijn van de beëindiging van de concessie van alleenverkoop of beantwoorden aan de wettelijke voorwaarden voor de vergoeding ervan, zoals de verplichting van de concessiehouder om zijn schade te beperken.

Te dezen wordt niet betwist dat (de verweersters) op grond van artikel 3, 3°, van de voormelde wet, een totaalbedrag van 937.786,87 euro vorderden als vergoeding voor de kosten die zij hebben gemaakt om hun personeel met vervroegd pensioen te laten gaan en de sluitingspremies uit te betalen. Zij vorderen dus geenszins de vergoeding van de compensatoire opzeggingsvergoedingen die zij aan het ontslagen personeel hebben betaald, wat nochtans de enige kosten zijn die krachtens de voormelde bepaling kunnen worden vergoed.

Het arrest erkent overigens dat "de schade die (de verweersters) als rouwgeld vergoed willen zien, geen ontslagvergoedingen zijn".

Toch kent het arrest de vergoeding van die schade toe, na te hebben vastgesteld dat de kosten van (de verweersters) voldoen aan de voorwaarden waaronder aan de concessiehouder een bijkomende vergoeding kan worden toegekend voor het rouwgeld dat hij verschuldigd is aan het personeel dat hij verplicht is te ontslaan ten gevolge van de beëindiging van de concessie.

Het arrest beslist immers dat de vordering (van de verweersters) gegrond is tot beloop van het gevorderde bedrag, op grond dat, enerzijds, het oorzakelijk verband tussen de beëindiging van de litigieuze concessie en de maatregelen die zijn genomen om het personeel (van de verweersters) te ontslaan, ten genoegen van recht is aangetoond en dat, anderzijds, (de verweersters) gehandeld hebben zoals een normaal voorzichtige en oplettende werkgever dat in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan en aldus de schade hebben beperkt die zij geleden zouden hebben als zij hun personeel op een gewone manier zouden hebben ontslagen, daar de duur van die ontslagen, gelet op de anciënniteit en het beschermd statuut van de meeste personeelsleden, in de meeste gevallen de door (de eiseressen) toegekende opzeggingstermijn te boven zou zijn gegaan.

Het arrest, dat vaststelt dat de schade die (de verweersters) vergoed willen zien op grond van artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961, geen ontslagvergoeding vormt, maar om de voormelde redenen beslist dat er grond bestaat tot vergoeding van de kosten van (de verweersters), die overeenkomen met de rouwgeldvergoeding bedoeld in artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961, tot beloop van een bedrag van 937.786,87 euro, schendt zodoende artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop.

Tweede onderdeel

Uit de bewoordingen van artikel 3, 3°, van de voormelde, in het middel bedoelde wet van 27 juli 1961, blijkt in elk geval dat alleen het rouwgeld dat de concessiehouder verschuldigd is aan het personeel dat hij verplicht is te ontslaan ten gevolge van de beëindiging van de verkoopconcessie, voor de bijkomende vergoeding in aanmerking komt.

Artikel 3, 3°, is dus alleen van toepassing indien het oorzakelijk verband tussen de schade van de concessiehouder en de beëindiging van de concessie is aangetoond.

1) Het arrest, dat het oorzakelijk verband onderzoekt tussen de beëindiging van de litigieuze concessie en de verplichting om het personeel, in het kader van de vereffening van de onderneming (van de verweersters), met vervroegd pensioen te laten gaan en de sluitingspremies uit te betalen, wijst enerzijds op het volgende:

"Te dezen moet worden vastgesteld dat het oorzakelijk verband tussen de beëindiging van de litigieuze concessie en de maatregelen die zijn genomen om het personeel (van de verweersters) te ontslaan, ten genoegen van recht is aangetoond;

- de aard en de omvang van de verloren concessie en de ontwikkeling van de internationale markt van de huishoudapparatuur maakten het (de verweersters) volstrekt onmogelijk om dezelfde concessie terug te vinden als die welke zij in deze sector verloren hadden, zodat het verlies van het marktaandeel voor de litigieuze concessie onherstelbare schade blijkt te hebben veroorzaakt;

- gezien de duur van de concessie, diende de onderneming en het personeel van (de verweersters) zodanig gespecialiseerd te zijn dat dit (de verweerders) in concreto heeft belet om een, vanuit economisch oogpunt, realistische omschakeling te bewerkstelligen, zodat hen niet kan worden verweten dat zij hun onderneming de facto hebben vereffend".

2) Het arrest, dat uitspraak doet over de vordering (van de verweersters) die strekt tot de vergoeding van de schade uit de onrechtmatige opzegging van de overeenkomst door (de eiseressen) en zich hiervoor baseert op feiten die dagtekenen van na het beroepen vonnis, stelt anderzijds het volgende vast:

"Uit het onderzoek van de in het debat gebrachte stukken volgt dat (de verweersters), na de opzegging van de concessie van alleenverkoop, geconfronteerd werden met aanzienlijke problemen van beheer en bijgevolg beslist hadden om hun onderneming de facto in vereffening te stellen teneinde hun activiteiten vóór eind 2005 stop te zetten, wat met name een val van hun (bij de eiseressen) geplaatste bestellingen tot gevolg had; die strategische keuze (van de verweersters) kan evenwel niet als een gevolg van de opzegging van de concessie van alleenverkoop beschouwd worden".

De beslissing van het arrest om (de verweersters) op grond van artikel 3, 3°, van de wet van 27 juli 1961 te vergoeden voor de kosten die zij hadden gemaakt bij de vereffening van hun vennootschap, berust dan ook op tegenstrijdige vaststellingen, omdat het enerzijds beslist dat (de verweersters), ten gevolge van de opzegging van de litigieuze concessie, verplicht waren om hun vennootschap te vereffenen, maar anderzijds beslist dat diezelfde vereffening het gevolg was van een strategische keuze (van de verweersters) en niet noodzakelijkerwijs aan die opzegging te wijten was.

Het arrest is wegens die tegenstrijdige redenen niet regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

Artikel 3, eerste lid, 1°, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, bepaalt dat, ingeval de concessie wordt beëindigd op andere gronden dan een grove tekortkoming van de concessiehouder, of ingeval laatstgenoemde het contract beëindigt wegens grove tekortkoming van de concessiegever, de concessiehouder aanspraak kan maken op een billijke bijkomende vergoeding, die geraamd wordt op grond van de bekende meerwaarde inzake clientèle die door de concessiehouder is aangebracht en die aan de concessiegever verblijft na de beëindiging van het contract.

Het arrest wijst erop dat "er drie mogelijke tijdstippen zijn waarmee de rechter rekening kan houden om de billijke bijkomende vergoeding, bedoeld in artikel 3 van de wet van 7 juli 1961, te ramen: het tijdstip waarop hij uitspraak doet, het tijdstip waarop de eenzijdige beëindiging van de concessie ter kennis wordt gebracht en het tijdstip waarop de opzeggingstermijn verstrijkt. Geen van die drie tijdstippen moet bij voorrang boven de andere worden toegepast en de rechter kan, naar gelang van de zaak, de in aanmerking te nemen gegevens in overweging nemen, ze samen beschouwen of uitsluiten, op voorwaarde dat hij zijn beslissing wijst naar billijkheid, aangezien hij zich hierdoor ter zake moet laten leiden en dat criterium aan de basis van de wet van 27 juli 1961 ligt".

In tegenstelling tot wat het middel betoogt, sluit het arrest zodoende niet uit dat de rechter rekening kan houden met alle gegevens die dagtekenen van vóór of na het tijdstip dat hij in aanmerking neemt om de bijkomende vergoeding naar billijkheid vast te stellen.

Het arrest, dat ervoor kiest om het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging in aanmerking te nemen, beslist voor het overige, op grond van een feitelijke beoordeling, om geen rekening te houden met de gegevens die dagtekenen

van na die kennisgeving en die door de eiseressen zijn aangevoerd om het bestaan van een aanzienlijke meerwaarde inzake clientèle te betwisten, om de volgende redenen:

- "zonder daarom de door (de verweersters) aangevoerde stelling van de 'wurgingsstrategie' te willen aankleven, wijst de evolutie van de betrekkingen tussen de partijen er toch op dat (de eiseressen) gekozen hebben voor een commerciële strategie die wel aansluit bij de evolutie van de Europese industrie van huishoudapparatuur, maar de verticale integratie voorstaat, waarbij concessiehouders zoals (de verweersters) geschrapt werden";

- "de geschillen die in de loop van de opzegging tussen de partijen zijn ontstaan, wijzen daarenboven op wederzijds onbegrip voor hun respectieve doelstellingen en hebben ongetwijfeld een weerslag gehad op het marktaandeel van (de verweersters)";

- "in die omstandigheden, en ook gelet op de duur van de concessie, zou het niet billijk zijn als er alleen maar rekening werd gehouden met de cliëntele van (de verweersters) op het ogenblik van de opzegging, zoals het voorgelegde vonnis dat wilde doen; te dezen is het verantwoord om de toestand van de partijen op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging te vergelijken";

- "de vermindering van het omzetcijfer (van de verweersters) vóór die kennisgeving, die volgens (de eiseressen) een van de redenen was om de concessie te beëindigen, heeft niet tot gevolg dat zij hierdoor haar recht op een cliëntelevergoeding verliest".

Het antwoordt aldus op de conclusie waarin de eiseressen het verlies van het marktaandeel na de opzegging van de concessie aan de verweersters wijten, biedt het Hof de mogelijkheid om zijn wettigheidstoezicht uit te oefenen en verantwoordt naar recht zijn beslissing om aan de verweersters een vergoeding toe te kennen op grond van artikel 3, eerste lid, 1°, van de wet van 27 juli 1961.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

Het arrest wijst erop dat "er over het algemeen geen criteria bestaan om (de bijkomende vergoeding) zuiver wiskundig te berekenen. Meer bepaald kan een methode zoals die welke M. Willemart voorstaat (J.L.M.B., 1999, 513), in dit geval niet worden toegepast omdat er geen gegevens beschikbaar zijn", dat "de rechtspraak evenmin eenvormige criteria heeft vastgesteld om een dergelijke vergoeding te berekenen", dat "om redenen van billijkheid en met inaanmerkingneming van de (...) concrete omstandigheden van de zaak, de door (de verweersters) voorgestelde raming van 8.553.363 euro, wat overeenkomt met twaalf maanden semibrutowinst, berekend op een gemiddelde van de drie boekjaren die aan het jaar van de eenzijdige beëindiging voorafgaan, met name 2000, 2001 en 2002, moet worden aanvaard", en dat "uit de objectieve vergelijkingen die (de verweersters) maken op bladzijden 101 en 102 van hun hoofdconclusie in hoger beroep, waarnaar het hof van beroep verwijst, blijkt dat die raming objectief en redelijk is".

Het antwoordt aldus, door ze tegen te spreken, op de conclusie waarin de

eiseressen betoogden dat de vergoeding berekend moest worden op grond van de nettowinst.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede middel

Eerste onderdeel

Op grond van artikel 3, eerste lid, 3°, van de wet van 27 juli 1961, kan de concessiehouder, onder de daarin bepaalde voorwaarden, een billijke vergoeding verkrijgen voor het rouwgeld dat hij verschuldigd is aan het personeel dat hij verplicht is te ontslaan ten gevolge van de beëindiging van de verkoopconcessie.

De rechter mag, wegens het billijk karakter van de vergoeding die de concessiehouder op grond van die bepaling kan verkrijgen, rekening houden met de kosten die de concessiehouder heeft moeten maken om zijn personeel met vervroegd pensioen te laten gaan en de sluitingspremies uit te betalen, daar die kosten uit de beëindiging voortvloeien. Het Hof gaat alleen na of de rechter, in het kader van zijn beoordeling, het wettelijk begrip "rouwgeld" in de zin van die bepaling niet heeft miskend.

Het arrest wijst erop dat "de aard en de omvang van de verloren concessie en de ontwikkeling van de internationale markt van de huishoudapparatuur het (de verweersters) volstrekt onmogelijk maakten om dezelfde concessie terug te vinden als die welke zij in deze sector verloren hadden, zodat het verlies van het marktaandeel voor de litigieuze concessie onherstelbare schade blijkt te hebben veroorzaakt", dat "gezien de duur van de concessie, de onderneming en het personeel van (de verweersters) zodanig gespecialiseerd diende te zijn dat dit (de verweerders) in concreto heeft belet om een, vanuit economisch oogpunt, realistische omschakeling te bewerkstelligen, zodat hen niet kan worden verweten dat zij hun onderneming de facto hebben verreffend", en dat, "hoewel de schade die (de verweersters) als rouwgeld vergoed willen zien, strikt genomen geen ontslagvergoedingen zijn, in dat verband niettemin moet worden aangenomen dat (de verweersters), door bij de sluiting een sociaal begeleidingsplan ten uitvoer te brengen, aldus niet alleen gehandeld hebben zoals een normaal voorzichtige en oplettende werkgever dat in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan, maar bovendien de schade hebben beperkt die zij geleden zouden hebben als zij hun personeel op een gewone manier hadden ontslagen, daar de duur van die ontslagen, gelet op de anciënniteit en het beschermd statuut van de meeste personeelsleden, in de meeste gevallen de door (de eiseressen) toegekende opzeggingstermijn te boven zou zijn gegaan".

Het arrest verantwoordt om die redenen zijn beslissing naar recht om de eiseressen te veroordelen om aan de verweersters een rouwgeldvergoeding van 937.786,87 euro te betalen.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

Het arrest is niet tegenstrijdig wanneer het enerzijds erop wijst, om aan de verweersters een vergoeding op grond van artikel 3, eerste lid, 3°, van de voormelde wet toe te kennen, dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het vervroegd op

pensioen stellen van het personeel en de beëindiging van de concessie, en anderzijds beslist, om hen een vergoeding wegens onrechtmatige beëindiging van die concessie toe te kennen, dat de invereffeningstelling de facto uitsluitend hun strategische keuze is.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Dictum

Het Hof

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

26 april 2010 – 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Matray – *Gelijklopende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Foriers en Wouters.

Nr. 282

3° KAMER - 26 april 2010

REDENEN VAN DE VONNISSEN EN ARRESTEN — ALGEMEEN -

TEGENSTRIJDIGE REDENEN - BEGRIP

Het arrest, dat vaststelt dat de vordering van de eiser ertoe strekt te horen zeggen "dat hij steeds vruchtgebruiker is gebleven" en die vordering niet-gegrond verklaart, maar beslist dat de eiser, na het overlijden van de schenkster, het door haar aan hem geschonken vruchtgebruik niet heeft aanvaard, is tegenstrijdig. (Art. 149, Gw. 1994)

(P. T. P. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0485.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 14 mei 2009 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

De zaak is bij beschikking van 16 maart 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- de artikelen 893, 894, 931, 932, 933, 938, 949 en 1121 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 1138, 2° en 4°, van het Gerechtelijk Wetboek;

- algemeen beginsel van het recht van verdediging;
- algemeen beginsel, beschikkingsbeginsel genaamd.

Aangevochten beslissingen

Het arrest stelt, met verwijzing naar de redenen van de eerste rechter, in substantie de volgende feiten vast: 1. de eiser en gravin E. O. (hierna : de gravin) waren gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen; 2. luidens twee, door de derde verweerder opge- maakte authentieke akten van 14 december 1990, heeft de gravin aan de eerste verweerder de blote eigendom van de onverdeelde helft van een eerste appartement en aan de tweede verweerder de blote eigendom van de onverdeelde helft van een tweede appartement ge- geven; beide appartementen waren gelegen in de Louisalaan te B.; 3. beide akten bepaal- den dat het vruchtgebruik, dat de schenkster zich op de panden had voorbehouden, over- draagbaar was aan de eiser, haar echtgenoot; 4. de gravin is op 9 maart 1991 ab intestat overleden,

en verklaart de vordering van de eiser niet-gegrond, "in zoverre zij ertoe strekt voor recht te doen zeggen dat hij steeds de vruchtgebruiker is gebleven van de panden die door E. O. op 14 december 1990 zijn geschonken" en 1. verklaart het incidenteel beroep van de eerste verweerder gegrond, in zoverre dat hoger beroep ertoe strekte de eiser te veroorde- len om aan de eerste verweerder de helft terug te storten van de bedragen die hij ontvan- gen had voor de huur van het pand dat deel uitmaakte van de litigieuze schenking van 14 december 1990; 2. veroordeelt de eiser om uit hoofde daarvan aan de eerste verweerder een provisie van tweehonderdduizend euro te betalen en beveelt de heropening van het debat voor het overige, zodat de partijen de desbetreffende berekeningen kunnen maken; 3. verklaart de vordering van de eiser tegen de derde verweerder doelloos, in zoverre eerstgenoemde vraagt dat hem akte zou worden verleend van zijn voorbehoud om schade- vergoeding te vorderen in geval van belasting van het beding van overdracht van vrucht- gebruik; 4. veroordeelt de eiser in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoe- ding.

Het arrest grondt zijn beslissing op de volgende redenen:

"Zowel uit (de) schenkingsakten van (14 december 1990) als uit de akten van 10 okto- ber 1994 valt af te leiden dat de schenkster zich een vruchtgebruik had voorbehouden dat aan haar echtgenoot kon worden overgedragen (...). Welnu, de vestiging van een dergelijk vruchtgebruik vormt weliswaar een schenking wanneer de echtgenoot deze aanvaardt bij authentieke akte, maar als hij zulks niet doet, vormt de schenking een derdenbeding (H. De Page, dl. VI, nr. 223 in fine en aangehaalde verwijzingen). Het staat te dezen vast dat (de eiser) het beding waarbij hem het vruchtgebruik werd geschonken, nooit bij authentie- ke akte heeft aanvaard. Bijgevolg moet het beding van overdracht van het vruchtgebruik, waarop hij aanspraak maakt, worden uitgelegd als een soort derdenbeding, dat een on- rechtstreekse schenking vormt (H. De Page, dl. VIII, nr. 503). Dat impliceert dat (de eiser) dit aanvaard moet hebben".

De aanvaarding van bedingen van overdracht van vruchtgebruik kan niet worden afge- leid uit handelingen die de eiser heeft gesteld vóór het overlijden van de gravin. "Zelfs als ervan uitgegaan wordt dat het beding aanvaard werd na het overlijden (van de gravin) (wat, gezien het een derdenbeding vormt, tot de mogelijkheden behoort), moet erop gewe- zen worden dat de (derde verweerder), in de brief die hij op 20 juni 1991 naar de admini- stratie der registratie heeft geschreven, in ondubbelzinnige bewoordingen ontkent dat die aanvaarding zou hebben plaatsgevonden ('ik wijs erop dat laatgenoemde (de eiser) het vruchtgebruik nooit heeft aanvaard en dat hij tot nu toe geen enkele handeling heeft ge- steld waaruit kan worden afgeleid dat hij het vruchtgebruik zou hebben aanvaard'). Al is het wat dat betreft erg onwaarschijnlijk, zoals (de eerste verweerder) beklemtoont, dat zijn vader, die een afschrift van die brief heeft ontvangen, niet zou hebben gereageerd indien

hij het vruchtgebruik daadwerkelijk had aanvaard, moet erop gewezen worden dat het voor het antwoord op de vraag of de aanvaarding is bewezen, in werkelijkheid weinig ter zake doet of (de eiser) (de derde verweerder) had opgedragen om dit te schrijven".

De verschillende handelingen die de eiser heeft gesteld na de verzending, door de derde verweerder, van de voormelde brief van 20 juni 1991, kunnen niet als een stilzwijgende aanvaarding worden uitgelegd. Kortom, "uit de voorgaande vaststellingen en overwegingen vloeit voort dat (de eiser) het door (de gravin) aan haar echtgenoot geschonken vruchtgebruik niet heeft aanvaard - en daarvan a fortiori niet heeft kunnen afzien - en dat, bijgevolg, de vordering die strekt tot erkenning van zijn recht van vruchtgebruik op de litigieuze panden, niet gegrond is".

Grieven

Eerste onderdeel

Uit het dictum en de voormelde redenen blijkt dat het arrest vaststelt dat, enerzijds, de eiser na het overlijden van de gravin nooit de bedingen heeft aanvaard die hem het vruchtgebruik overdroegen en die vervat waren in de akten waarbij aan de eerste twee verweerdere twee appartementen werden geschonken op de Louizalaan, en dat, anderzijds, de vordering die de eiser bij het hof van beroep aanhangig had gemaakt, strekte tot erkenning van zijn recht van vruchtgebruik op de twee panden waarop de voormelde schenkingsakten betrekking hadden. Die twee vaststellingen zijn niet met elkaar verenigbaar en tegenstrijdig.

Die tegenstrijdige redenen staan gelijk met een gebrek aan motivering, zodat het arrest artikel 149 van de Grondwet schendt. Het arrest, dat strijdige bepalingen bevat, schendt bovendien artikel 1138, 4^o, van het Gerechtelijk Wetboek.

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

Het arrest, dat vaststelt dat de vordering van de eiser ertoe strekt te doen zeggen "dat hij steeds de vruchtgebruiker is gebleven" van de panden die door de gravin E. O. aan de eerste twee verweerdere zijn geschonken, maar die vordering niet-gegrond verklaart, is, zoals het onderdeel betoogt, tegenstrijdig en schendt derhalve artikel 149 van de Grondwet, wanneer het, om de in het middel weergegeven redenen, beslist dat de eiser, na het overlijden van de schenkster, het vruchtgebruik dat zij hem had geschonken, niet heeft aanvaard.

Het onderdeel is gegrond.

Er bestaat geen grond tot onderzoek van de andere onderdelen van het middel, die niet kunnen leiden tot ruimere vernietiging.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het de vordering van de eiser, die ertoe strekt voor recht te doen zeggen dat hij steeds de vruchtgebruiker is gebleven van de panden die de gravin E. O. op 14 december 1990 aan de eerste twee verweerdere heeft geschonken, het incidenteel beroep van de eerste verweerder ontvankelijk verklaart en de eiser veroordeelt om hem een provisie van tweehonderdduizend euro te betalen en de heropening van het debat over de overige pun-

ten van de vordering van die verweerder beveelt, de vordering van de eiser tegen de derde verweester zonder voorwerp verklaart en over de kosten uitspraak doet.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Luik.

26 april 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Kirkpatrick, Heenen en Geinger.

Nr. 283

3^o KAMER - 26 april 2010

1^o STRAF — ALGEMEEN. STRAF EN MAATREGEL. WETTIGHEID - MILDERE WET - WERKING IN DE TIJD - INZICHT VAN DE WETGEVER - DRAAGWIJDTE

2^o ADMINISTRATIEVE GELDBOETEN (IN SOCIALE ZAKEN) - ZORGVERLENERS - BIJHOUDEN VAN EEN VERSTREKKINGENREGISTER - INBREUK OP DE VOORSCHRIFTEN - ADMINISTRATIEVE SANCTIE - AFSCHAFFING - GEVOLG

3^o ZIEKTE- EN INVALIDITEITSVERZEKERING — ALLERLEI - ZORGVERLENERS - BIJHOUDEN VAN EEN VERSTREKKINGENREGISTER - INBREUK OP DE VOORSCHRIFTEN - ADMINISTRATIEVE SANCTIE - AFSCHAFFING - GEVOLG

4^o STRAF — ALGEMEEN. STRAF EN MAATREGEL. WETTIGHEID - ZORGVERLENERS - BIJHOUDEN VAN EEN VERSTREKKINGENREGISTER - INBREUK OP DE VOORSCHRIFTEN - ADMINISTRATIEVE SANCTIE - AFSCHAFFING - GEVOLG

1^o De retroactiviteitsregel zoals bedoeld in artikel 15.1 van het I.V.B.P.R. en artikel 2, tweede lid van het Strafwetboek, heeft enkel tot gevolg dat de beklaagde retroactief aanspraak kan maken op een gunstiger regime dan datgene dat van toepassing was ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde feit, wanneer uit de nieuwe regeling blijkt dat het inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van dat feit is gewijzigd¹. (Art. 15.1, I.V.B.P.R.; Art. 2, tweede lid, Sw.)

2^o, 3^o, 4^o Nu uit de wetsgeschiedenis van de wet van 7 december 2005 blijkt dat de afschaffing van de verplichting om een verstrekkingenregister bij te houden is ingegeven door het streven naar administratieve vereenvoudiging, maar het vervallen van de verplichting een verstrekkingenregister bij te houden en van de sancties die worden opgelegd zo dat register niet wordt bijgehouden, evenwel meebrengt dat het onvolledig bijhouden van het individueel kinesitherapiedossier voortaan tot gevolg heeft dat het volledig bedrag van de verzekeringstegemoetkoming met betrekking tot de prestaties waarvoor het dossier foutief is bijgehouden, zal worden gerecupereerd, hetgeen een zwaardere sanctie is dan de administratieve geldboete opgelegd krachtens het koninklijk besluit van 25 november 1996, blijkt aldus dat het inzicht van de wetgever omtrent de

¹ Zie de conclusie van het openbaar ministerie.

strafwaardigheid van het ten laste gelegde feit niet is gewijzigd. (Wet 7 dec. 2005 tot opheffing van het eerste lid van artikel 76 en van het zesde lid van artikel 168 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994; Art. 7, §9 van de bijlage, K.B. 14 sept. 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake ziekte- en invaliditeitsverzekering)

(W. T. R.I.Z.I.V.)

Conclusie van advocaat-generaal R Mortier:

1. Situering.

1.1. Artikel 76, eerste lid van de wet van 14 juli 1994³, zoals van toepassing vóór de opheffing ervan bij wet van 7 december 2005, bepaalde dat de kinesitherapeuten ertoe gehouden zijn , overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels, alle verstrekkingen die zij verlenen op te tekenen in een verstrekkingenregister.

Artikel 168, zesde lid van deze wet, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 7 december 2005, bepaalde dat in geval van overtreding van de bepalingen van artikel 76, eerste lid, de administratieve geldboete opgelegd wordt aan de kinesitherapeut ten laste van wie de overtreding is vastgesteld.

Artikel 6 van het koninklijk besluit van 25 november 1996⁴ bepaalde de administratieve geldboete die wordt uitgesproken ten laste van de zorgverlener in wiens hoofde een overtreding werd vastgesteld. Deze geldboete bedraagt 25 procent van de verzekeringsteegoetkoming voor de verstrekkingen die niet werden ingeschreven in een verstrekkingenregister overeenkomstig artikel 76 of waarvoor het verstrekkingenregister niet werd bijgehouden.

1.2. Aan eiser werd een administratieve geldboete opgelegd wegens inbreuken op de regels betreffende het bijhouden van een verstrekkingenregister door kinesitherapeuten.

Eiser tekende tegen deze beslissing verhaal aan bij de arbeidsrechtbank.

Eiser voerde in deze procedure onder andere aan dat het legaliteitsbeginsel moest geëerbiedigd worden en een gedraging pas kan gesanctioneerd worden op voorwaarde dat zij het voorwerp uitmaakt van een voorafgaande wettelijke strafbaarstelling.

Hij ging er van uit dat de administratieve geldboete als straf moest beschouwd worden, gelet op het repressieve maar vooral het preventieve karakter van de sanctie en de ernst van de sanctie.

Hij vervolgde dat artikel 76, lid1 ZIV-wet werd opgeheven door de wet van 7 december 2005 en de zorgverstrekkers vanaf 28 februari 2006 geen verstrekkingenregister meer dienen bij te houden, zodat het koninklijk besluit dat administratieve boetes oplegt buiten beschouwing dient gelaten te worden, in afwachting van opheffing.

Het wegvallen van de rechtsgrond voor het opleggen van deze boete impliceert evenwel volgens eiser dat de administratieve boete niet kan bevestigd worden. Immers de afschaffing van de strafbaarstelling/rechtsgrond heeft het verval van de vordering tot sanctionering tot gevolg, alle hangende vorderingen vervallen en feiten die nog niet het voorwerp van een vordering uitmaken zullen niet meer kunnen gesanctioneerd worden.

2 *Ibid.*

3 Wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994.

4 Koninklijk besluit van 25 november 1996 tot vaststelling van de regelen inzake het bijhouden van een verstrekkingenregister door de zorgverleners bedoeld in artikel 76 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 en tot bepaling van de administratieve geldboetes in geval van inbreuk op deze voorschriften.

1.3. Nadat de arbeidsrechtbank oordeelde dat de vordering ontvankelijk maar ongegrond was, bevestigde het Arbeidshof deze beslissing.

De appelrechters oordeelden dat de argumentatie van eiser omtrent het legaliteitsbeginsel geen hout snijdt nu de administratieve sancties niet het karakter van een strafsanctie hebben en de regels inzake strafrecht niet kunnen getransponeerd worden op deze materie. De wettelijke bepalingen zoals van kracht op het ogenblik van de controle blijven van toepassing.

2. Eerste middel.

Het eerste middel verwijt het arrest niet wettig te hebben geoordeeld dat deze administratieve geldboete niet het karakter heeft van een strafsanctie.

2.1. Aard van deze administratieve geldboete.

Uw Hof heeft met betrekking tot de aard van deze administratieve geldboete reeds in eerdere arresten standpunt ingenomen.

2.1.1. Bij arrest van 17 maart 1997⁵ werd geoordeeld dat de administratieve geldboetes bepaald bij de artikelen 6 en 7 van het koninklijk besluit van 4 juni 1987 tot vaststelling van de regelen inzake het bijhouden van een verstrekkingenregister door kinesitherapeuten en tot bepaling van de administratieve geldboetes ingeval van inbreuk op deze voorschriften administratieve sancties zijn. Meer bepaald werd geoordeeld dat uit de criteria dat 1) de opgelegde administratieve geldboete geen verlies van sociale voordelen meebrengt, 2) zij niet kunnen beschouwd worden als voorwaarde voor tegemoetkoming van de verzekering in de verstrekkingen van de kinesitherapeuten en de verpleegkundigen, 3) het geldstraffen zijn, 4) zij bijzonder zwaar zijn, 5) de rechter ter gelegenheid van het bij hem ingesteld beroep slechts een beperkte beoordelingsvrijheid heeft wat de sanctie betreft en 6) de boetes geen vergoeding zijn voor de aan het bestuur berokkende schade, niet wettig de gevolgtrekking kon gemaakt worden dat die boetes geen administratieve sancties zijn;

Ook het feit dat het niet nakomen van de opgelegde verplichting geen misdrijf is, heeft niet tot gevolg dat de opgelegde administratieve geldboete niet zou kunnen aangemerkt worden als administratieve sanctie.

2.1.2. Bij arrest van 6 mei 2002⁶ werd dit standpunt bevestigd.

Uw Hof oordeelde dat een administratieve sanctie een strafsanctie kan zijn in de zin van artikel 15 IVBPR en dat om uit te maken of ze een dergelijk karakter heeft moet nagegaan worden of ze 1) niet slechts een bepaalde groep met een particulier statuut treft, 2) een bepaald gedrag voorschrijft en op de niet-naleving ervan een sanctie stelt, 3) niet alleen maar vergoeding van schade betreft, maar essentieel ertoe strekt te straffen om herhaling van gelijkaardige handelingen te voorkomen, 4) stoelt op een norm met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk terzelfdertijd repressief en preventief is, 5) zeer zwaar is gelet op het bedrag ervan.

Uw Hof oordeelde dat indien na afweging van die elementen blijkt dat de strafrechterlijke aspecten de doorslag geven, de administratieve sanctie als strafsanctie in voormelde zin moet beschouwd worden.

De appelrechters konden op grond dat de sanctie uitdrukkelijk slechts gericht is op een bepaalde groep personen, namelijk de kinesitherapeuten en de verpleegkundigen en een aparte strafrechterlijke vervolging niet uitgesloten is, wettig beslissen dat de sanctie wegens het niet-bijhouden van het verstrekkingenregister geen strafsanctie is, zodat noch artikel 2, lid 2 SW noch artikel 15.1 IVBPR toepasselijk is.

5 Cass. 17 maart 1997, AR S.096.0119.F, AC 1997, nr. 149.

6 Cass. 6 mei 2002, AR S.01.0052.N, AC 2002, nr. 275.

2.1.3. In het thans bestreden arrest oordelen de appelrechters in dezelfde zin en onder uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest van 6 mei 2002 van Uw Hof.

Om tot het besluit te komen dat de bedoelde administratieve sanctie niet het karakter heeft van een strafsanctie, hebben de appelrechters geen afweging gemaakt van de door uw Hof aangevoerde onderscheiden elementen.

In het eerste middel geeft eiser zelf een aantal criteria aan om te besluiten dat de bedoelde administratieve geldboete een strafsanctie is, namelijk de sanctie betreft een collectiviteit van zorgverleners, is naar omvang zeer zwaar, strekt niet tot vergoeding van schade en heeft in de eerste plaats een preventief en repressief karakter.

2.1.4. Vooreerst kunnen deze criteria in het licht van de bovenvermelde arresten van uw Hof niet tot het wettig besluit leiden dat de boete geen administratieve sanctie is.

Verder is het in het kader van de beoordeling van de aard van de sanctie, en de eventuele toepassing van artikel 2, lid 2 Sw, van belang na te gaan welk doel de wetgever nastreefde bij het invoeren van de verplichting tot het bijhouden van een verstrekkingenregister en bij het afschaffen ervan.

2.1.5. De artikelen 76, eerste lid en 168, zesde lid van de wet van 14 juli 1994 werden opgeheven bij wet van 7 december 2005.⁷

Uit de parlementaire voorbereidende werken⁸ die leiden tot de wet van 7 december 2005 waarbij de verplichting tot het bijhouden van het register en de eraan verbonden administratieve sanctie werden afgeschaft, blijkt dat de invoering van het verstrekkingenregister destijds kaderde in de nood aan controle teneinde misbruiken te voorkomen en de stijgende uitgaven voor kinesitherapie en thuiszorg onder controle te houden. Nadat de verplichting tot het bijhouden van het register was ingevoerd werden aan kinesitherapeuten bovendien beperkingen opgelegd met betrekking tot het aantal verstrekkingen per dag. Het nut van het verstrekkingenregister werd dus tweevoudig: enerzijds was de terugbetaling van kinesitherapieprestaties gebonden aan de inschrijving van de verstrekkingen in het register en anderzijds had dit register ook nog als doel de kwaliteit van de verstrekte zorg te controleren. Door het aantal prestaties per dag te noteren kon immers nagegaan worden of de prestaties de door de nomenclatuur bepaalde minimale duur of gemiddelde duur respecteerden.

Het register werd beschouwd als een middel om het werk van de inspecteurs en de controleurs van het RIZIV te vergemakkelijken.

2.1.6. De aanleiding tot het afschaffen van deze verplichting situeerde zich op twee vlakken.

2.1.6.1 met betrekking tot de controle

De indiener van het wetsvoorstel wees er op dat controle nodig is en nodig blijft om misbruiken te voorkomen en wenste door het afschaffen van de verplichting tot het bijhouden van het verstrekkingenregister geenszins hieraan een einde stellen of de controle op een of andere wijze te bemoeilijken.

De vraag rees evenwel of de administratieve rompslomp van het bijhouden van dergelijk register wel kon opwegen tegen de nadelen ervan en het behoud van het verstrekkingenregister noodzakelijk was, nu ook andere bronnen toelieten dezelfde

7 De opheffing van deze wetsbepalingen heeft uiteraard gevolgen voor het koninklijk besluit van 25 november 1996 dat de uitvoering van artikel 76, met betrekking tot het verstrekkingenregister regelt. Door het opheffen van artikel 76, eerste lid wordt dit koninklijk besluit zonder voorwerp. (Zie Amendement van senator Van Krunkelsven, Senaat, 2004-2005, 3-984/2.)

8 Onder andere het wetsvoorstel van 13 januari 2005 (Senaat, 2004-2005, stuk 3-984/1) en het verslag van 29 juni 2005 van de senaatscommissie voor sociale aangelegenheden (Senaat, 2004-2005, 3-984/3)

controle uit te voeren. Bij koninklijk besluit van 18 december 2002⁹ was immers de verplichting ingevoerd om een kinesitherapeutisch dossier bij te houden voor alle patiënten. Dit dossier bevat alle gegevens die noodzakelijk zijn om controle mogelijk te maken zodat alle kinesitherapeuten sedert de invoering van deze nieuwe verplichting dubbel werk verrichten. Er wordt immers en een dossier en een register bijgehouden.

Bovendien werden kinesitherapeuten die geïnformatiseerd werken, toch nog verplicht om het verstrekkingenregister ook op papier bij te houden.

Voorts wees de Staatssecretaris voor administratieve vereenvoudiging erop dat het register, dat bedoeld was als middel tegen de stijgende uitgaven voor kinesitherapie en thuiszorg, het beoogde doel niet had bereikt gezien er een stijgende evolutie in de totale uitgaven werd vastgesteld.

Tenslotte bleek het register weinig praktisch nut te hebben. Indien vermoed werd dat er zich misbruiken voordeden, speelde het register in feite weinig rol. De inspecteurs voerden dan eerder bijkomende enquêtes ter plaatse uit.

Gezien de zware administratieve belasting en het geringe nut van het register werd bijgevolg gezocht naar alternatieven.

De Staatssecretaris benadrukte evenwel dat in het regeerakkoord van 2003 uitdrukkelijk was voorzien dat de regering wel de administratieve lasten die op de zorgverstrekkers wegen wenste te verlichten zonder evenwel te raken aan de efficiëntie van de controle.

2.1.6.2 met betrekking tot de boetes

Uit het verslag van de Senaatscommissie blijkt dat de administratieve boetes die uitgeschreven worden niet te maken hebben met een eventueel onderliggende fraude, maar wel met de administratieve nalatigheden betreffende het register zelf, namelijk het niet (goed) invullen of bijhouden ervan.

Een efficiënt middel om fraudeurs op te sporen was het register immers zeker niet. In die zin werd de controle op het terrein veel belangrijker geacht dan de louter administratieve controle van het al dan niet correct invullen van een verstrekkingenregister.

De opbrengsten van de boetes over een periode van 5 jaar werd geschat op ongeveer 620.000 euro (dus 124.000 euro per jaar) terwijl de kost voor het bijhouden van het register voor alle kinesitherapeuten samen op 32 miljoen euro per jaar werd geraamd. Er werd dus gewezen op het schril contrast tussen de maatschappelijke kost voor het bijhouden van het register en de geringe opbrengst van de boetes.

De indiener van het wetsvoorstel besloot hieruit dat de sanctionerende en controlerende impact van het verstrekkingenregister minimaal is. Ook de minister van Sociale zaken en Volksgezondheid benadrukte het nut van een vereenvoudiging van de procedure, gezien de lasten in contrast staan met de opbrengsten.

2.1.7. Met de afschaffing van het register beoogde men dan ook:

2.1.7.1. administratieve vereenvoudiging.

Het opheffen van de verplichting tot het bijhouden van het register en de eraan verbonden administratieve sanctie was niet ingegeven door het beweerd (onverantwoord) zwaar repressief karakter of het preventief karakter van de opgelegde geldboete maar door de vraag naar administratieve vereenvoudiging.

2.1.7.2. Behoud van controle.

De wetgever wou de mogelijkheid tot controle blijven behouden maar zocht hiervoor

⁹ Koninklijk besluit van 18 december 2002 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, waarbij artikel 7 van de bijlage bij het koninklijk besluit van 14 september 1984 wordt vervangen door de aan dit besluit gevoegde bijlage.

naar middelen die minder administratief belastend waren.

2.1.7.2.1. Zo voorziet artikel 3 van de wet van 7 december 2005 dat de Koning, na overleg met de sector van de betrokken beroepen, bepaalt welke informatie op elektronische informatiedrager moet bewaard worden en bepaalt het uitvoeringsbesluit van 10 november 2006 in het verplicht bewaren van gegevens met betrekking tot verstrekkingen, en dit op een digitale drager of via een gehomologeerd softwarepakket.

Het is hierbij niet de bedoeling het papieren register gewoonweg te vervangen door een elektronisch register. Er moet uitgemaakt worden welke informatie voor het RIZIV noodzakelijk is om de controle te kunnen doen.

2.1.7.2.2. Het kinesitherapeutisch dossier werd reeds ingevoerd bij voormeld koninklijk besluit van 18 december 2002. Uit dit koninklijk besluit blijkt duidelijk dat het kinesitherapeutisch dossier in de plaats zou komen van het verstrekkingenregister.¹⁰

2.1.7.3. Behoud van een sanctie.

De wetgever wou ook de mogelijkheid tot sanctioneren behouden.

Zo voorziet artikel 7, §9 van de bijlage bij het voormeld koninklijk besluit van 14 september 1984 uitdrukkelijk: de volgende bepaling treedt in werking op de datum van de afschaffing van de verplichting om een verstrekkingenregister te houden waarin is voorzien in het koninklijk besluit van 25 november 1996 tot vaststelling van de regels inzake het bijhouden van een verstrekkingenregister door de zorgverleners bedoeld in artikel 76 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 en tot bepaling van de administratieve geldboetes ingeval van inbreuk op deze voorschriften: er is geen honorarium verschuldigd voor de verstrekkingen waarvoor het dossier onvolledig is bijgehouden."

Tijdens de besprekingen in de Kamercommissie van de sociale zaken¹¹ werd erop gewezen dat indien het verstrekkingenregister wordt afgeschaft, zeker rekening moet worden gehouden met de verplichtingen in verband met het individueel patiëntendossier die op dat moment in werking treden. Ingeval het dossier niet wordt bijgehouden wordt dan de totale som van de prestatie gerecupereerd in plaats van 25%.

Als dan het dossier onvolledig of niet wordt bijgehouden zal geen honorarium meer verschuldigd zijn voor die verstrekkingen in verband waarmee het dossier onvolledig wordt bijgehouden. Een fout in het bijhouden van het dossier impliceert dus de recuperatie van het hele bedrag van de honoraria met betrekking tot de verleende prestaties en betekent dus een heel zware sanctie¹².

2.1.8. Uit wat voorafgaat blijkt dat het verstrekkingenregister vooral een controlemiddel was dat het mogelijk moest maken de stijgende uitgaven in de

10 Dat men bij de invoering van het kinesitherapeutisch dossier wel degelijk de bedoeling had om het verstrekkingenregister af te schaffen blijkt uit het feit dat in de alinea's die volgen op de beschrijving van het individueel dossier van de kinesitherapie tot twee keer toe de afschaffing van het verstrekkingenregister in het vooruitzicht wordt gesteld. Immers, twee keer valt immers het volgende te lezen: "Deze bepaling treedt in werking op de datum van de afschaffing van de verplichting om een verstrekkingenregister bij te houden."

11 Kamercommissie van de sociale zaken, Verslag van 17 nov. 2005, Doc.51, 1964/002.

12 Een ander lid van de Kamercommissie wees er in dit verband op dat er thans twee soorten sancties zijn namelijk enerzijds het niet bijhouden van het register en anderzijds het niet bijhouden van het individueel patiëntendossier. In de feiten leidt het niet bijhouden van het register algemeen echter tot een fout in het individueel patiëntendossier en tot de ermee gepaard gaande sanctie. De afschaffing van de sanctie in verband met de verplichting tot het bijhouden van het register schaft de sanctie in verband met het slecht beheer van het individueel dossier niet af. Het gaat gewoon om de loutere afschaffing van één sanctieniveau.

De minister van sociale zaken sloot zich bij die verklaring aan. De huidige regeling komt neer op het bestaan van verschillende sancties voor één overtreding.

kinesitherapie tegen te gaan en de administratieve geldboete die kon opgelegd worden niet de eventueel onderliggende fraude sanctioneerde maar wel de administratieve onvolkomenheden. De omvang van deze sanctie weegt echter niet op tegen de maatschappelijke kost van het register en heeft geen preventieve, noch repressieve werking van belang.

De wetsgeschiedenis levert geen argumenten aan om te oordelen dat het hier een strafsanctie betreft.

2.1.9. Maar zelfs, mocht toch aanvaard worden dat de administratieve sanctie het karakter van een strafsanctie heeft, kan dit niet leiden tot een automatische toepassing van artikel 2, tweede lid Sw.

2.1.9.1. Uit voormelde parlementaire voorbereidende werken die leidden tot de wet van 7 december 2005 blijkt immers duidelijk dat de wetgever de bedoeling had de controle op de verstrekkingen door kinesitherapeuten te behouden maar deze enkel administratief anders te organiseren. In alle geval werd geopteerd voor het behoud van zowel de controle op het naleven van de administratieve formaliteiten als van de sanctie ingeval van het niet naleven van deze formaliteiten. Meer nog er werd in strengere sancties voorzien door het koninklijk besluit van 18 december 2002 nu ingeval van inbreuken een volledig honorarium werd gec recupereerd in plaats van 25% zoals bepaald in het koninklijk besluit van 25 november 1996.

2.1.9.2. Er is dan ook geen grond om artikel 2, tweede lid Sw. toe te passen. Vooreerst voorziet de nieuwe bepaling die in de plaats komt van de afgeschafte bepaling in een strengere administratieve sanctie dan voorheen het geval was.

Bovendien heeft uw Hof aanvaard¹³ dat artikel 2, tweede lid SW enkel van toepassing is op een nieuwe wet die de strafbaarstelling opheft wanneer de wetgever duidelijk het inzicht heeft gehad zowel voor het verleden als voor de toekomst van de bestraffing af te zien, wat in het huidig kader niet het geval is¹⁴.

2.2. Het eerste middel dat er geheel van uitgaat dat de administratieve sanctie een strafsanctie is en een toepassing van artikel 2, tweede lid SW zich opdringt, faalt naar recht.

2.3. Eiser verzoekt Uw Hof in ondergeschikte orde een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

2.3.1. Krachtens artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 doet het Grondwettelijk Hof bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak bij wege van arrest op vragen over de schending van de Grondwet door een wet, een decreet¹⁵.

2.3.2. In zoverre het middel de schending van de Grondwet door een bepaling van het koninklijk besluit van 25 november 1996 aanvoert, behoort dit niet tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof en is het middel niet ontvankelijk.

2.3.3. Voor het overige gaat de voorgestelde prejudiciële vraag uit van een verkeerde lezing van artikel 170,f van de wet van 14 juli 1994.

Noch uit de tekst van de wet, noch uit de parlementaire voorbereidende werken kan geconcludeerd worden dat de zorgverlener een straf kan oplopen wegens het uitreiken van een getuigschrift voor verstrekte hulp terwijl niet is voldaan aan de verplichting tot het bijhouden van een verstrekkingenregister.

De oorspronkelijke tekst van artikel 170,f luidde dat een strafrechtelijke geldboete werd opgelegd aan de zorgverleners, zoals bedoeld in de wet, die een getuigschrift voor ver-

13 Cass. 12 jan. 1922, *Bull en Pas.*, 1922, I, 204; Zie Cass. 11 dec. 2002, AR P.02.1156.F, AC 2002, nr. 666.

14 Zie terzake voetnoot 10.

15 of van een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van de artikelen van titel II "De Belgen en hun rechten" en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet.

strekke hulp uitreiken terwijl niet is voldaan aan de hen opgelegde bepalingen van de nomenclatuur der geneeskundige verstrekkingen. Dit artikel refereerde duidelijk naar artikel 53 dat stelde dat de zorgverleners van wie de verstrekkingen aanleiding geven tot een tegemoetkoming van de verzekering ertoe gehouden zijn aan de rechthebbenden of, bij toepassing van de derdebetalersregeling, aan de verzekeringsinstellingen, een getuigschrift voor verstrekte hulp of van aflevering of een gelijkwaardig document uit te reiken waarvan het model door het Verzekeringscomité wordt vastgesteld, waarop de verichte verstrekkingen zijn vermeld; verstrekkingen opgenomen in de in artikel 35, §1, bedoelde nomenclatuur, worden vermeld met hun rangnummer in de genoemde nomenclatuur.

Na amendement nr. 8 van kamerlid D'hondt werd dit artikel aangevuld met de woorden "of aan de bepalingen van deze gecoördineerde wet en haar uitvoeringsbesluiten en- verordeningen." Maar uit de verantwoording van dit amendement blijkt geenszins dat hiermee beoogd werd het uitschrijven van een getuigschrift voor verstrekte hulp te koppelen aan het bijhouden van een verstrekkingenregister.¹⁶

Het middel berust in zoverre op een verkeerde uitlegging van de wettelijke bepaling waarvan toepassing wordt gevraagd, zodat het bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is en de prejudiciële vraag niet gesteld moet worden.¹⁷

3. Het tweede middel.

Anders dan in het tweede middel wordt aangevoerd beantwoordt het arrest met de vermelde motieven ook het in dit middel bedoeld verweer en geven de appelrechters hun standpunt weer dat het bijhouden van het verstrekkingenregister enkel betrekking had op de verstrekkingen die door eiser werden verricht.

De appelrechters gaan dus niet uit van een vermenging van deze prestaties met de prestaties van andere kinesitherapeuten.

Het middel mist feitelijke grondslag.

4. Het derde middel

Het derde middel gaat er verkeerdelijk van uit dat volgens de appelrechters de afwezigheid van de goede trouw van eiser de grondslag vormt voor het niet toekennen van uitstel van de uitvoering van de administratieve geldboete.

Het middel mist feitelijke grondslag.

Conclusie: VERWERPING

ARREST

(AR S.08.0003.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 3 oktober 2008 gewezen door het arbeidshof te Antwerpen.

Raadsheer Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt er deel van uit.

16 Kamer van Volksvertegenwoordigers, gewone zitting 1995-1996, Doc. 207/3-95/96, p. 3-4.

17 Zie Cass. 20 sept. 1994, AC 1994, nr. 389.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel verwijt het arrest dat het de eiser nog een administratieve geldboete oplegt wegens het niet bijhouden van een verstrekkingregister, niettegenstaande de verplichting tot het bijhouden van dergelijk register en de daarop gestelde administratieve sanctie, bij wet van 7 december 2005 werd afgeschaft en thans geen "strafbare" inbreuk meer uitmaakt.

2. De door de eiser ingeroepen retroactiviteitsregel, zoals bedoeld in artikel 15.1 van het IVBPR en artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek, heeft enkel tot gevolg dat de beklaagde retroactief aanspraak kan maken op een gunstiger regime dan datgene dat van toepassing was ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde feit, wanneer uit die nieuwe regeling blijkt dat het inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van dat feit is gewijzigd.

3. Artikel 7, §9, van de bijlage bij het koninklijk besluit van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging of uitkeringen, zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 18 december 2002, bepaalt de gegevens die het individueel kinesitherapiedossier moet bevatten.

Het laatste lid van voormeld artikel 7, §9, bepaalt dat er geen honorarium verschuldigd is voor de verstrekkingen waarvoor het dossier onvolledig is bijgehouden. Die bepaling treedt in werking op de datum van de afschaffing van de verplichting om een verstrekkingenregister bij te houden, waarin is voorzien in het koninklijk besluit van 25 november 1996 tot vaststelling van de regelen inzake het bijhouden van een verstrekkingenregister door de zorgverleners bedoeld in artikel 76 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, en tot bepaling van de administratieve geldboetes in geval van inbreuk op deze voorschriften.

4. Uit de wetsgeschiedenis van de wet van 7 december 2005 tot opheffing van het eerste lid van artikel 76 en van het zesde lid van artikel 168 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, en van haar uitvoeringsbesluit van 10 november 2006, blijkt dat de afschaffing van de verplichting om een verstrekkingenregister bij te houden is ingegeven door het streven naar administratieve vereenvoudiging. Die verplichting werd een overbodige en overdreven administratieve belasting van de kinesitherapeuten geacht, gelet op het feit dat het individueel kinesitherapiedossier bijna dezelfde gegevens moet bevatten en die gegevens volstaan om de nodig geachte controle op de prestaties verder te kunnen verrichten. Daarbij werd onderstreept dat het vervallen van de verplichting om een verstrekkingenregister bij te houden en van de sancties die worden opgelegd zo dat register niet wordt bijgehouden, meebrengt dat het onvolledig bijhouden van het individueel kinesitherapiedossier voortaan tot gevolg heeft dat het volledige bedrag van de verzekeringstegemoetkoming met betrekking tot de prestaties waarvoor het dossier foutief is bijgehouden, zal worden gerecupereerd, hetgeen een zwaardere sanctie is dan de administratieve geldboete opgelegd krachtens het ko-

ninklijk besluit van 25 november 1996, die slechts 25 pct. van de verzekeringstegemoetkoming bedraagt.

Aldus blijkt dat het inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het aan de eiser ten laste gelegde feit, niet is gewijzigd.

5. In zoverre het middel aanvoert dat het arrest het beginsel van de retroactiviteit van de mildere strafwet zoals neergelegd in artikel 15.1 van het IVBPR, evenals in artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek, miskent door de administratieve sanctie wegens het niet-bijhouden van een verstrekkingenregister nog aan de eiser op te leggen, kan het niet worden aangenomen.

6. In zoverre het middel aanvoert dat het arrest het begrip "straf" miskent, evenals de strafrechtelijke aard van de administratieve geldboete bepaald in artikel 168, zesde lid, van de ZIV-wet en artikel 6 van het voormelde koninklijk besluit van 25 november 1996, door te weigeren die administratieve geldboete te beschouwen als een strafsancie waarop de in het EVRM, IVBPR en het Strafwetboek vervatte waarborgen toepasselijk zijn, kan het, ook al was het gegrond, niet tot cassatie leiden.

In zoverre is het middel, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk.

7. De eiser verzoekt het Hof een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen voor zover het zou oordelen dat de in randnummer 6 vermelde grief faalt naar recht.

8. Gelet op het gegeven antwoord, dient het Hof de voorgestelde vraag niet te stellen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

26 april 2010 – 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Deconinck – *Gelijkkluidende conclusie* van mevr. Mortier, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Baets en van Eeckhoutte.

Nr. 284

2° KAMER - 27 april 2010

1° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN —
ARTIKEL 67 — ARTIKEL 67TER - OVERTREDING BEGAAN MET EEN MOTORVOERTUIG OP
NAAM VAN EEN RECHTSPERSOON - IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDER - VERPLICHTING TOT
MEDEDELING VAN DE IDENTITEIT - OGENBLIK WAAROP HET MISDRIJF VOLTROKKEN IS

2° MISDRIJF — ALGEMEEN. BEGRIP. MATERIEEL EN MOREEL
BESTANDDEEL. EENHEID VAN OPZET - ALGEMEEN - ARTIKEL 67TER
WEGVERKEERSWET - OVERTREDING BEGAAN MET EEN MOTORVOERTUIG OP NAAM VAN EEN

RECHTSPERSOON - IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDER - VERPLICHTING TOT MEDEDELING VAN DE IDENTITEIT - OGENBLIK WAAROP HET MISDRIJF VOLTROKKEN IS

3^o WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN —
ARTIKEL 67 — ARTIKEL 67TER - OVERTREDING BEGAAN MET EEN MOTORVOERTUIG OP
NAAM VAN EEN RECHTSPERSOON - IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDER - VERPLICHTING TOT
MEDEDELING VAN DE IDENTITEIT - PLAATS VAN HET MISDRIJF

4^o MISDRIJF — ALGEMEEN. BEGRIP. MATERIEEL EN MOREEL
BESTANDDEEL. EENHEID VAN OPZET - ALGEMEEN - ARTIKEL 67TER
WEGVERKEERSWET - OVERTREDING BEGAAN MET EEN MOTORVOERTUIG OP NAAM VAN EEN
RECHTSPERSOON - IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDER - VERPLICHTING TOT MEDEDELING VAN DE
IDENTITEIT - PLAATS VAN HET MISDRIJF

5^o BEVOEGDHEID EN AANLEG — STRAFZAKEN — BEVOEGDHEID -
TERRITORIALE BEVOEGDHEID - ARTIKEL 67TER WEGVERKEERSWET - OVERTREDING BEGAAN MET
EEN MOTORVOERTUIG OP NAAM VAN EEN RECHTSPERSOON - IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDER -
VERPLICHTING TOT MEDEDELING VAN DE IDENTITEIT - PLAATS VAN HET MISDRIJF

1^o, 2^o, 3^o, 4^o en 5^o Het misdrijf bepaald in artikel 67ter Wegverkeerswet is voltrokken wanneer de identificatie van de overtreder niet is gebeurd; de plaats van het misdrijf is derhalve de plaats waar de door voornoemde wetsbepaling voorgeschreven mededeling moet worden ontvangen¹.

(FAGOEMPEL bvba)

ARREST

(AR P.09.1625.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctie-rechtbank te Brussel van 7 oktober 2009.

De eiseres voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan. Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 7 EVRM, de artikelen 12, 14 en 149 Grondwet, de artikelen 23 en 139 Wetboek van Strafvordering, artikel 5 Strafwetboek en de artikelen 29ter en 67ter Wegverkeerswet.

Eerste onderdeel

2. Het onderdeel voert aan dat de appelrechters onterecht hebben geoordeeld dat zij territoriaal bevoegd zijn.

3. Artikel 67ter Wegverkeerswet, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, bepaalt:

"Wanneer een overtreding van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten

is begaan met een motorvoertuig, ingeschreven op naam van een rechtspersoon, zijn de natuurlijke personen die de rechtspersoon in rechte vertegenwoordigen ertoe gehouden de identiteit van de bestuurder op het ogenblik van de feiten mee te delen of, indien zij die niet kennen, de identiteit van de persoon die het voertuig onder zich heeft.

De mededeling moet gebeuren binnen een termijn van 15 dagen te rekenen vanaf de datum waarop de vraag om inlichtingen gevoegd bij het afschrift van het proces-verbaal werd verstuurd.

Indien de persoon die het voertuig onder zich heeft niet de bestuurder was op het ogenblik van de feiten moet hij eveneens, op de wijze hierboven vermeld, de identiteit van de bestuurder mededelen.

De natuurlijke personen die de rechtspersoon in rechte vertegenwoordigen als titularis van de nummerplaat of als houder van het voertuig, zijn ertoe gehouden de nodige maatregelen te nemen om aan deze verplichting te voldoen."

4. Het misdrijf bepaald in artikel 67ter Wegverkeerswet is voltrokken wanneer de identificatie van de overtreder niet is gebeurd.

De plaats van het misdrijf is derhalve de plaats waar de door voornoemde wetsbepaling voorgeschreven mededeling moet worden ontvangen.

Het onderdeel dat van een andere rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. W. Moors, Mechelen.

Nr. 285

2° KAMER - 27 april 2010

1° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — TERMIJNEN VOOR CASSATIEBEROEP EN BETEKENING — STRAFVORDERING — DUUR, BEGIN EN EINDE - EINDE - CASSATIEBEROEP AANGETEKEND BUITEN DE WETTELIJKE TERMIJN - OVERMAGHT - VOORWAARDE

2° HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) — PRINCIPAAL BEROEP. VORM. TERMIJN - TERMIJN - HOGER BEROEP AANGETEKEND BUITEN DE WETTELIJKE TERMIJN - OVERMAGHT - VOORWAARDE

3° VERZET - STRAFZAKEN - TERMIJN - VERZET AANGETEKEND BUITEN DE WETTELIJKE TERMIJN - OVERMAGHT - VOORWAARDE

4^o LASTGEVING - LASTHEBBER - FOUT OF NALATIGHEID - FOUT OF NALATIGHEID DIE DE
LASTGEVER BINDT - VOORWAARDE

5^o VERZET - STRAFZAKEN - BETEKENING NA HET VERSTRIJKEN VAN DE WETTELIJKE TERMIJN -
GEVOLG

6^o GERECHTSDEURWAARDER - OPTREDEN ALS LASTHEBBER VAN DE VERZETDOENDE
PARTIJ - LAATTIJDIGE BETEKENING VAN HET VERZET - GEVOLG

1^o, 2^o en 3^o *Overmacht die de ontvankelijkheid verantwoordt van het rechtsmiddel dat na het verstrijken van de wettelijke termijn is ingesteld, kan alleen voortvloeien uit een omstandigheid buiten de wil van de partij die dit rechtsmiddel instelt en die door hem onmogelijk kon worden voorzien of vermeden¹.*

4^o *De fouten of nalatigheden van de lasthebber binden de lastgever wanneer zij worden be-
gaan binnen de perken van de lastgeving en leveren op zichzelf voor de lastgever geen
vreemde oorzaak, toeval of overmacht op². (Art. 1992, B.W.)*

5^o en 6^o *Het verzet in strafzaken is niet ontvankelijk wanneer het is betekend na het ver-
strijken van de termijn, zelfs als de vertraging te wijten is aan de fout van de gerechts-
deurwaarder die optreedt als lasthebber van de verzetdoende partij³.*

(A. T. T.)

ARREST

(AR P.09.1847.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, correctionele kamer, van 10 november 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

1. Het middel voert schending aan van "het bestaan van de rechtvaardigings-
grond 'overmacht' bij laattijdige betekening van verzet in strafzaken": de fout van
een gerechtsdeurwaarder die als lasthebber van de verzetdoende partij optreedt,
sluit overmacht niet uit; de appelrechters hebben niet nagegaan of er te dezen
door de verzetdoende partij tijdig opdracht gegeven werd aan zijn deurwaarder
om verzet aan te tekenen, noch hebben zij enige belangenafweging gedaan tus-
sen het nadeel voor de verzetdoende partij, te weten de onontvankelijkheid van
zijn verzet, en de eventuele mogelijkheid om schadeloosstelling te verkrijgen via

1 Cass., 30 april 2002, AR P.00.1617.N, AC, 2002, nr. 262; Cass., 21 mei 2003, AR P.03.0699.F, AC, 2003, nr. 312; Cass., 30 sept. 2003, AR P.02.1415.N - P.03.0312.N, AC, 2003, nr. 464; Cass., 13 jan. 2004, AR P.03.0860.N, AC, 2003, nr. 17.

2 Cass., 8 sept. 1993, AR P.93.0488.F, AC, 1993, nr. 335.

3 Cass., 24 jan. 1974, AC, 1974, nr. 576; Cass., 3 maart 1981, AR 6327, AC, 1980-81, nr. 388; Cass., 8 sept. 1993, AR P.93.0488.F, AC, 1993, nr. 335.

de beroepsaansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder.

2. Overmacht die de ontvankelijkheid verantwoordt van het verzet dat na het verstrijken van de wettelijke termijn is ingesteld, kan alleen voortvloeien uit een omstandigheid buiten de wil van de verzetdoende partij en die door hem onmogelijk kon worden voorzien of vermeden.

De rechter beoordeelt in feite of de aangevoerde omstandigheden een geval van overmacht uitmaken. Het Hof is alleen bevoegd om te onderzoeken of de rechter uit de omstandigheden die hij in aanmerking neemt, al dan niet wettig overmacht heeft kunnen afleiden.

De fouten of nalatigheden van de lasthebber binden de lastgever wanneer zij worden begaan binnen de perken van de lastgeving en leveren op zichzelf voor de lastgever geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht op.

3. De appelrechters stellen vast dat:

- het verstekarrest van het hof van beroep te Gent van 17 februari 2009 aan de eiser persoonlijk betekend werd op 12 maart 2009;

- het verzet van de eiser betekend werd aan het openbaar ministerie en de verweerder op 30 maart 2009, dit is buiten de termijn van de artikelen 187 en 208 Wetboek van Strafvordering.

Zij oordelen dat het verzet in strafzaken niet ontvankelijk is wanneer het is betekend na het verstrijken van de termijn, zelfs als de vertraging te wijten is aan de fout van de gerechtsdeurwaarder die optreedt als lasthebber van de verzetdoende partij.

Bij ontstentenis van daartoe strekkende conclusies, dienden de appelrechters niet uit te leggen waarom zij geen bijkomend onderzoek noodzakelijk achtten. Met de opgegeven redenen verantwoordden zij hun beslissing dat er geen overmacht is, naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

4. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. W. Damen, Antwerpen.

1^o ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BEWAKINGSMAATREGEL "DIRECT AFLUISTEREN" -

BEVEL OM IN EEN WONING OF PRIVATE PLAATS BINNEN TE DRINGEN TENEINDE HET DIRECT AFLUISTEREN MOGELIJK TE MAKEN - VERPLICHTE VERMELDING VAN DE NAAM VAN DE OFFICIER VAN GERECHTELIJKE POLITIE BELAST MET DE UITVOERING - BIJSTAND VAN AGENTEN VAN GERECHTELIJKE POLITIE - VERAANTWOORDELIJKHEID VAN DE AANGEWEEZEN OFFICIER - TOEZICHT VAN DE ONDERZOEKSRECHTER - NIET-VERMELDING VAN DE NAMEN VAN DE AGENTEN DIE BIJSTAND VERLENEN AAN DE UITVOERING - RELEVANTIE VOOR DE BEOORDELING VAN DE REGELMATIGHEID VAN DE BEWAKINGSMAATREGEL

2^o ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BEWAKINGSMAATREGEL "DIRECT AFLUISTEREN" -

BEVEL OM IN EEN WONING OF PRIVATE PLAATS BINNEN TE DRINGEN TENEINDE HET DIRECT AFLUISTEREN MOGELIJK TE MAKEN - BESCHIKKING VAN DE ONDERZOEKSRECHTER - OFFICIER VAN GERECHTELIJKE POLITIE BELAST MET DE UITVOERING - VOEGING AAN HET GERECHTELIJK DOSSIER VAN DE VERSLAGEN VAN DE AANGEWEEZEN OFFICIER - BEKLAAGDE EN FEITENRECHTER - MOGELIJKHEID TOT CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID VAN DE UITVOERING - NIET-VERMELDING VAN DE NAMEN VAN DE AGENTEN DIE BIJSTAND VERLENEN AAN DE UITVOERING - GEVOLG

1^o Uit het geheel van de bepalingen van de artikelen 90ter, §1, eerste en tweede lid, 90quater, §1, tweede lid, 5° en §3, eerste en tweede lid en 90sexies, laatste lid, Wetboek van Strafvordering, volgt dat de officier van gerechtelijke politie die door de onderzoeksrechter is aangewezen voor de uitvoering van de bewakingsmaatregel "direct afluisteren" en ook belast is met de uitvoering van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, van hetzelfde wetboek bedoelde bevel tot het binnendringen in een woning of een private plaats teneinde die bewakingsmaatregel mogelijk te maken, de volledige verantwoordelijkheid draagt, onder het toezicht van de onderzoeksrechter, voor de regelmatige tenuitvoerlegging van het bedoelde bevel; de agenten van gerechtelijke politie die de aangewezen officier eventueel bijstaan bij de uitvoering van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, bedoelde bevel, wier namen vooraf aan de onderzoeksrechter zijn medegedeeld, vallen geheel onder de verantwoordelijkheid van de aangewezen officier, zodat de vermelding van de namen van deze agenten in het gerechtelijk dossier, niet dienstig is voor de beoordeling van de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging van dit bevel.

2^o Uit het geheel van de bepalingen van de artikelen 90ter, §1, eerste en tweede lid, 90quater, §1, tweede lid, 5° en §3, eerste en tweede lid en 90sexies, laatste lid, Wetboek van Strafvordering, volgt dat de beklaagde en de feitenrechter de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, van hetzelfde wetboek bedoelde bevel tot het binnendringen in een woning of een private plaats teneinde de bewakingsmaatregel "direct afluisteren" mogelijk te maken, kunnen controleren aan de hand van de verslagen van de aangewezen officier van gerechtelijke politie die bij het dossier zijn gevoegd; het niet vermelden in het gerechtelijk dossier van de namen van de agenten van gerechtelijke politie die de door de onderzoeksrechter aangewezen officier van gerechtelijke politie eventueel bijstaan bij de uitvoering van dit bevel belet deze controle niet.

(l. e.a.)

ARREST

(AR P.10.0103.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 10 december 2009. Dat van de eiser V is tevens gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 14 mei 2009.

De eiser II voert in een memorie grieven aan.

De eiser V voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, vier middelen aan.

De overige eisers voeren geen middelen aan.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Vierde middel van de eiser V

17. Het middel dat gericht is tegen het arrest van 10 december 2009, voert schending aan van de artikelen 6.1 en 6.3.a EVRM, de artikelen 14.1 en 14.3.a IVBPR, de artikelen 90ter en 90quater en volgende Wetboek van Strafvordering en artikel 26 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, evenals miskenning van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging: de wettelijke regeling betreffende het direct af luisteren die de beklaagde en de feitenrechter niet toelaat de regelmatigheid te controleren van de uitvoering van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde bevel van de onderzoeksrechter, is discriminatoir zodat de eiser niet rechtsgeldig kan veroordeeld worden op grond van bewijselementen verkregen door de toepassing van dergelijke onderzoeksmaatregel.

De eiser V verzoekt het Hof het Grondwettelijk Hof volgende prejudiciële vragen te stellen:

"Schenkt artikel 90quater, §3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met artikel 6 EVRM en 14 IVBPR, doordat in artikel 90quater, §3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt voorzien in het verbod de namen van de agenten van gerechtelijke politie belast met het binnendringen in een woonst of private plaats teneinde het mogelijk te maken om privé-communicatie of -telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen met technische hulpmiddelen, te vermelden in het dossier, terwijl met betrekking tot andere onderzoeksmaatregelen, zoals bijvoorbeeld een inijkoperatie in een woning of private plaats, precieze melding dient te worden gemaakt van alle relevante gegevens van de tenuitvoerlegging?

Schenkt artikel 90quater, §3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met artikel 6 EVRM en 14 IVBPR, doordat in artikel 90quater, §3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt voorzien in het verbod de namen van de agenten van gerechtelijke politie belast met het binnendringen in een woonst op private plaats teneinde het mogelijk te maken om privé-communicatie of -telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen met technische hulpmiddelen, te vermelden in het strafdossier, terwijl met betrekking tot de bijzondere opsporingsmethoden stelselmatige observatie en infiltratie melding dient te worden gemaakt van alle relevante gegevens, waarbij uitzonderlijk de machtigingen, beslissingen tot verlenging, aanvulling en wijziging van de machtigingen,

de vertrouwelijke, volledige en waarheidsgetrouwe verslagen en de beslissing houdende toelating bepaalde misdrijven te begaan in de uitoefening van de opdracht worden opgenomen in een vertrouwelijk dossier dat echter op zijn beurt het voorwerp uitmaakt van een compenserende procedure ex artikel 235ter en 235quater van het Wetboek van Strafvordering voor de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep?"

18. Artikel 90ter, §1, eerste en tweede lid, Wetboek van Strafvordering bepaalt:

"De onderzoeksrechter kan in uitzonderlijke gevallen, wanneer het onderzoek zulks vereist, privé-communicatie of -telecommunicatie, tijdens de overbrenging ervan, afluisteren, er kennis van nemen en opnemen, indien er ernstige aanwijzingen bestaan dat het feit waarvoor hij geadieerd is een strafbaar feit is, bedoeld in een van de bepalingen opgesomd in §2, en indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

Teneinde het mogelijk te maken om privé-communicatie of -telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen met technische hulpmiddelen, kan de onderzoeksrechter bevelen om, te allen tijde, ook buiten medeweten of zonder toestemming van hetzij de bewoner, hetzij de eigenaar of zijn rechthebbende, in een woning of in een private plaats binnen te dringen."

Krachtens artikel 90quater, §1, tweede lid, 5°, Wetboek van Strafvordering moet de met redenen omklede beschikking van de onderzoeksrechter waarbij machtiging wordt verleend tot een bewakingsmaatregel op grond van artikel 90ter, op straffe van nietigheid, de naam en de hoedanigheid vermelden van de officier van gerechtelijke politie aangewezen voor de uitvoering van de maatregel.

Krachtens artikel 90quater, §3, eerste lid, Wetboek van Strafvordering mag de onderzoeksrechter voor de tenuitvoerlegging van zijn beschikking alleen officieren van gerechtelijke politie aanwijzen, die zich echter kunnen laten bijstaan door agenten van gerechtelijke politie wier namen vooraf aan de onderzoeksrechter worden meegedeeld. De namen van de agenten van gerechtelijke politie belast met de uitvoering van het bevel bedoeld in artikel 90ter, §1, tweede lid, worden niet vermeld in het gerechtelijk dossier.

Artikel 90quater, §3, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de aangewezen officieren van gerechtelijke politie ten minste om de vijf dagen schriftelijk verslag uitbrengen aan de onderzoeksrechter over de tenuitvoerlegging van de beschikking.

Krachtens artikel 90sexies, laatste lid, Wetboek van Strafvordering worden de beschikkingen van de onderzoeksrechter, de verslagen van de officieren van gerechtelijke politie bedoeld in artikel 90quater, §3, en de processen-verbaal die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de maatregel, uiterlijk na het beëindigen van de maatregel, bij het dossier gevoegd.

19. Uit het geheel van die bepalingen volgt dat de officier van gerechtelijke politie die door de onderzoeksrechter is aangewezen voor de uitvoering van de bewakingsmaatregel "direct afluisteren" en ook belast is met de uitvoering van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde bevel tot het binnendringen in een woning of een privéplaats teneinde die bewakings-

maatregel mogelijk te maken, de volledige verantwoordelijkheid draagt, onder het toezicht van de onderzoeksrechter, voor de regelmatige tenuitvoerlegging van het bedoelde bevel. De agenten van gerechtelijke politie die de aangewezen officier daarbij eventueel bijstaan en wier namen vooraf aan de onderzoeksrechter zijn meegedeeld, vallen geheel onder de verantwoordelijkheid van de aangewezen officier.

De vermelding van de namen van de agenten die de aangewezen officier van gerechtelijke politie bijstaan bij de uitvoering van het in voormeld artikel 90ter, §1, tweede lid, bedoelde bevel is bijgevolg niet dienstig voor de beoordeling van de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging van dit bevel.

Uit de voormelde bepalingen volgt verder dat de beklaagde en de feitenrechter de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging van het bedoelde bevel kunnen controleren aan de hand van de verslagen van de aangewezen officier van gerechtelijke politie, die bij het dossier zijn gevoegd.

20. Het middel dat geheel ervan uitgaat dat het niet vermelden in het gerechtelijk dossier van de namen van de agenten van gerechtelijke politie die de door de onderzoeksrechter aangewezen officier van gerechtelijke politie eventueel bijstaan bij de uitvoering van het in artikel 90ter, §1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde bevel tot binnendringen in een woning of in een privéplaats, de beklaagde en de feitenrechter belet de regelmatigheid te controleren van de tenuitvoerlegging van dit bevel, faalt naar recht.

21. De tot staving van het middel opgeworpen prejudiciële vragen gaan zoals het middel zelf uit van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het Hof niet is gehouden ze aan het Grondwettelijk Hof te stellen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mestdagh – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. L. Verjauw, Antwerpen en T. Decaigny, Antwerpen.

Nr. 287

2° KAMER - 27 april 2010

1° HELING - WITWAS - VERMOGENSVOORDEEL RECHTSTREEKS UIT MISDRIJF VERKREGEN - WITWASSEN VAN HET VERMOGENSVOORDEEL - WITGEWASSEN VERMOGENSVOORDEEL - AARD

2° HELING - WITWAS - VERMOGENSVOORDEEL RECHTSTREEKS UIT MISDRIJF VERKREGEN - WITWASSEN VAN HET VERMOGENSVOORDEEL - WITGEWASSEN VERMOGENSVOORDEEL - GOED DAT DOOR HET WITGEWASSEN VERMOGENSVOORDEEL WORDT VERWORVEN - AARD - GEVOLG

3° STRAF — ANDERE STRAFFEN - BIJZONDERE VERBEURDVERKLARING - WITWASMISDRIJF - VERMOGENSVOORDEEL RECHTSTREEKS UIT MISDRIJF VERKREGEN - WITWASSEN VAN HET VERMOGENSVOORDEEL - WITGEWASSEN VERMOGENSVOORDEEL - GOED DAT DOOR HET WITGEWASSEN VERMOGENSVOORDEEL WORDT VERWORVEN - AARD - GEVOLG

1°, 2° en 3° Uit artikel 505, derde lid, Strafwetboek, zoals van toepassing vóór de wijziging ervan door de wet van 10 mei 2007, dat bepaalt dat de zaken bedoeld in 1°, 2°, 3° en 4° van dit artikel het voorwerp uitmaken van de misdrijven die gedekt zijn door deze bepaling, in de zin van artikel 42, 1°, Strafwetboek, volgt dat een witgewassen vermogensvoordeel als bedoeld in artikel 42, 3°, Strafwetboek, het voorwerp van het misdrijf witwassen uitmaakt in de zin van artikel 42, 1°, van dat wetboek; daarentegen is het goed dat door de witwasoperatie is verkregen, ook al is het verkrijgen van dat vermogensvoordeel de finaliteit van de witwasoperatie, niet het voorwerp van het misdrijf witwassen, maar wel een vermogensvoordeel dat voortkomt uit dat misdrijf als bedoeld in artikel 42, 3°, Strafwetboek, zodat de verbeurdverklaring van een dergelijk uit het witwasmisdrijf verkregen vermogensvoordeel enkel mogelijk is op grond van de artikelen 42, 3°, en 43bis Strafwetboek'.

(A.)

ARREST

(AR P.10.0104.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 16 december 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

Raadsherr Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Eerste middel

2. Het middel voert schending aan van de artikelen 42, 1° en 505, eerste lid, 3°, en 505, derde lid, Strafwetboek vóór ervan de wijziging door de wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake heling en de inbeslagneming: het arrest verklaart ten onrechte de levensverzekeringscontracten als voorwerp van het misdrijf witwassen verbeurd; enkel de witgewassen gelden die wederbelegd zijn in de levensverzekeringscontracten, zijn het voorwerp van het misdrijf witwassen.

3. Artikel 505, derde lid (oud), Strafwetboek dat hier van toepassing is, bepaalt dat de zaken bedoeld in 1°, 2°, 3° en 4° van dit artikel het voorwerp uitmaken van de misdrijven die gedekt zijn door deze bepaling, in de zin van artikel 42, 1°, van dat wetboek.

Hieruit volgt dat vermogensvoordelen als bedoeld in artikel 42, 3°, Strafwetboek, die witgewassen worden, het voorwerp van het misdrijf witwassen uitma-

ken in de zin van artikel 42, 1°, van dat wetboek.

Daarentegen is het goed dat door de witwasoperatie is verkregen, niet het voorwerp van het misdrijf witwassen, maar wel een vermogensvoordeel dat voortkomt uit dat misdrijf als bedoeld in artikel 42, 3°, Strafwetboek. Het feit dat het verkrijgen van dat vermogensvoordeel de finaliteit is van de witwasoperatie, doet hieraan geen afbreuk. Een verbeurdverklaring van het uit het witwasmisdrijf verkregen vermogensvoordeel is dus enkel mogelijk op grond van artikel 42, 3°, Strafwetboek.

4. Het arrest verklaart de telastlegging A bewezen, zijnde de witwas van onder meer 505.702,79 euro, 205.000 euro en 153.061,23 euro door wederbelegging in verzekeringscontracten. Het voorwerp van het misdrijf is de wederbelegde bedragen van 505.702,79 euro, 205.000 euro en 153.061,23 euro en niet hetgeen met die bedragen verkregen is, met name de levensverzekeringscontracten alsmede de daarop verworven interest, opbrengsten en waardeschommelingen.

5. Het arrest verklaart verbeurd met toepassing van artikel 505, derde lid (oud) Strafwetboek, als zijnde het voorwerp van de bewezen verklaarde telastlegging A, het levensverzekeringscontract 69/10.136.593 Top Profit met een inleg van 505.702,79 euro en het levensverzekeringscontract 69/10.324.814 Top Rendement Invest met een inleg van 205.000 euro en 153.061,23 euro, telkens met de verder verworven interest, opbrengsten en waardeschommelingen. Aldus verklaart het arrest niet het voorwerp van het misdrijf witwas verbeurd, maar het vermogensvoordeel dat uit het misdrijf is verkregen. Die beslissing is niet naar recht verantwoord.

Het middel is gegrond.

Ambtshalve middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 42, 1° en 505, eerste lid, 3°, Strafwetboek en 505, derde lid, Strafwetboek vóór ervan de wijziging door de wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake heling en de inbeslagneming.

6. De bewezen verklaarde telastlegging A beoogt eveneens de witwas van het bedrag van 101.740 euro door de aankoop van effecten voor de effectenrekening 142.708.7725-57. Het arrest verklaart het bedrag van 101.740 euro op de effectenrekening en de opbrengsten ervan verbeurd.

Met het vermelde bedrag bedoelt het arrest in werkelijkheid de door de wederbelegging verkregen effecten ter waarde van 101.740 euro. Die effecten en de opbrengsten ervan zijn niet het voorwerp van het misdrijf witwassen, maar wel het vermogensvoordeel dat eruit is verkregen.

Om de redenen vermeld in het antwoord op het eerste middel, is die beslissing niet naar recht verantwoord.

Tweede middel

7. Het middel kan niet leiden tot ruimere cassatie noch tot cassatie zonder verwijzing en behoeft bijgevolg geen antwoord.

Ambtshalve onderzoek voor het overige

8. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de verbeurdverklaring uitspreekt van

- het levensverzekeringscontract 69/10.136.593 Top Profit met een inleg van 505.702,79 euro en het levensverzekeringscontract 69/10.324.814 Top Rendement Invest met een inleg van 205.000 euro en 153.061,23 euro, telkens met de verder verworven interest, opbrengsten en waardeschommelingen;

- het bedrag van 101.740 euro op de effectenrekening 142.7087725.57 met de opbrengsten ervan.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Veroordeelt de eiser in twee derden der kosten en laat de overige kosten ten laste van de Staat.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Brussel.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. R. Verstraeten, Brussel.

Nr. 288

2° KAMER - 27 april 2010

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP
WAPENGELIJKHEID - DRAAGWIJDTE

2° RECHTEN VAN DE MENS — INTERNATIONAAL VERDRAG
BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN - ARTIKEL 14 - ARTIKEL 14.1 -
RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP WAPENGELIJKHEID - DRAAGWIJDTE

3° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP
WAPENGELIJKHEID - GRENS

4° RECHTEN VAN DE MENS — INTERNATIONAAL VERDRAG
BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN - ARTIKEL 14 - ARTIKEL 14.1 -
RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP WAPENGELIJKHEID - GRENS

5° OPENBAAR MINISTERIE - STRAFZAKEN - PARTIJ - BIJZONDER KARAKTER

6° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP

- WAPENGELIJKHEID - OPENBAAR MINISTERIE - EIGEN PLAATS EN AMBTSKLEDIJ OP DE RECHTSZITTING - GEVOLG
- 7^o RECHTEN VAN DE MENS — INTERNATIONAAL VERDRAG
BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN - ARTIKEL 14 - ARTIKEL 14.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP WAPENGELIJKHEID - OPENBAAR MINISTERIE - EIGEN PLAATS EN AMBTSKLEDIJ OP DE RECHTSZITTING - GEVOLG
- 8^o OPENBAAR MINISTERIE - STRAFZAKEN - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP WAPENGELIJKHEID - OPENBAAR MINISTERIE - EIGEN PLAATS EN AMBTSKLEDIJ OP DE RECHTSZITTING - GEVOLG
- 9^o RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP EEN ONAFHANKELIJK EN ONPARTIJDIG RECHTER - DRAAGWIJDTE - HOF VAN ASSISEN - TOEPASSING
- 10^o RECHTEN VAN DE MENS — INTERNATIONAAL VERDRAG
BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN - ARTIKEL 14 - ARTIKEL 14.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - RECHT OP EEN ONAFHANKELIJK EN ONPARTIJDIG RECHTER - DRAAGWIJDTE - HOF VAN ASSISEN - TOEPASSING
- 11^o MACHTEN — RECHTERLIJKE MACHT - RECHTER - ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID - BEWIJS
- 12^o HOF VAN ASSISEN — ALGEMEEN - JURY - ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID - BEWIJS
- 13^o MACHTEN — RECHTERLIJKE MACHT - HOF VAN ASSISEN - JURY - ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID - VERSCHIL IN PLAATS EN KLEDIJ TUSSEN HET OPENBAAR MINISTERIE EN DE VERDEDIGING - GEVOLG
- 14^o HOF VAN ASSISEN — ALGEMEEN - JURY - ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID - VERSCHIL IN PLAATS EN KLEDIJ TUSSEN HET OPENBAAR MINISTERIE EN DE VERDEDIGING - GEVOLG
- 15^o OPENBAAR MINISTERIE - HOF VAN ASSISEN - JURY - ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID - INVLOED VAN HET VERSCHIL IN PLAATS EN KLEDIJ TUSSEN HET OPENBAAR MINISTERIE EN DE VERDEDIGING
- 1^o, 2^o, 3^o en 4^o *Het recht op een eerlijk proces, waaronder het recht op wapengelijkheid valt en dat ondermeer door artikel 6.1 E.V.R.M. en 14.1 I.V.B.P.R. wordt gewaarborgd, houdt alleen in dat iedere partij in het proces dezelfde processuele middelen moet kunnen aanwenden en op gelijke wijze kennis moet kunnen nemen van en vrij tegenspraak voeren over de stukken en gegevens die aan het oordeel van de rechter die van de zaak kennisneemt, worden voorgelegd; daaruit volgt niet dat partijen met een verschillende hoedanigheid en belang bij de uitoefening van deze mogelijkheden steeds in identieke omstandigheden moeten verkeren¹.*
- 5^o *Het openbaar ministerie is weliswaar partij in het strafgeding, maar een partij met een bijzonder karakter: het treedt op in het algemeen belang en vervult een openbare dienst die verband houdt met de opsporing en vervolging van misdrijven en het instellen van de strafvordering, terwijl de beschuldigde slechts zijn persoonlijk belang verdedigt².*

1 Zie Cass., 24 sept. 2002, AR P.02.0718.N, AC, 2002, nr. 473; Cass., 25 okt. 2006, AR P.06.1082.F, AC, 2006, nr. 515.

2 Cass., 16 okt. 1996, AR P.96.1278.F, AC, 1996, nr. 385; Grondw. H., arrest nr. 82/84 van 1 dec. 1994, BS, 1995, p. 1100.

6°, 7° en 8° *Uit de enkele omstandigheid dat het openbaar ministerie op de rechtszitting heeft plaatsgenomen op dezelfde hoogte en aan dezelfde tafel als de beroepsmagistraten van het hof van assisen zelf en gekleed is in dezelfde maar overigens wettelijk voorgeschreven toga als de voorzitter van dat hof, kan niet worden afgeleid dat eisers recht op een eerlijk proces en in het bijzonder op de wapengelijkheid werd miskend³.*

9°, 10°, 11° en 12° *Het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft betrekking op de rechters die oordelen over de gegrondheid van de tegen een persoon ingestelde strafvordering en dit beginsel geldt ook voor de juryleden van het hof van assisen; het feit dat de juryleden geen beroepsrechter zijn, geen juridische opleiding tot magistraat hebben genoten en niet vertrouwd zijn met gerechtelijke procedures, is geen reden om te twifelen aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid, die zoals voor elke rechter vermoed worden tot bewijs van het tegendeel⁴.*

13°, 14° en 15° *De beklaagde of beschuldigde vermag geen afhankelijkheid of partijdigheid van de jury af te leiden uit de enkele omstandigheid dat er een verschil bestaat in plaats en kledij tussen het openbaar ministerie en de verdediging.*

(Z.)

ARREST

(AR P.10.0119.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep I (akte nr. 27 van 17 december 2009) is gericht tegen het arrest nummer 09/59 van 10 december 2009 van het hof van assisen van de provincie Limburg, waarbij uitspraak gedaan wordt over de tegen de eiser ingestelde strafvordering.

Het cassatieberoep II (akte nr. 1697/09 van 22 december 2009) is gericht tegen het tussenarrest nummer 09/56 van het hof van assisen van de provincie Limburg van 7 december 2009.

Het cassatieberoep III (akte nr. 1698/09 van 22 december 2009) is gericht tegen het arrest nummer 09/60 van 10 december 2009 van het hof van assisen van de provincie Limburg, waarbij uitspraak gedaan wordt over de tegen de eisers ingestelde burgerlijke rechtsvordering.

De bestreden arresten zijn gewezen op verwijzing ingevolge het arrest van het Hof van 19 mei 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

Eerste onderdeel

3 Zie Cass., 20 jan. 1999, AR P.98.0817.F, AC, 1999, nr. 32.

4 Zie Cass., 24 sept. 1986, AR 5372, AC, 1986-87; Cass., 28 dec. 1999, AR P.99.1839.F, AC, 1999, nr. 705; Cass., 24 april 2001, AR P.96.1117.N, nr. 222; Cass., 19 april 2007, AR P.06.1605.N, AC, 2006, nr. 194.

1. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM, artikel 14.1 IVB-PR en artikel 267, derde lid, (oud) Wetboek van Strafvordering, evenals miskenning van het recht op een eerlijk proces en van het beginsel van de wapengelijkheid: het openbaar ministerie dat een partijdige instantie is, en de beschuldigde zijn gelijke procespartijen en volstreekte tegenstrevers; aan beide partijen dient dan ook een plaats in de zittingszaal te worden toebedeeld die als gelijk kan worden aangezien; dit geldt des te meer voor het hof van assisen waar een lekenjury dient te oordelen over de schuld of onschuld van de beschuldigde; krachtens artikel 267, derde lid, (oud) Wetboek van Strafvordering dient de voorzitter van het hof van assisen het openbaar ministerie te verbieden een bevoorrechte plaats in de zittingszaal in te nemen.

Te dezen heeft het openbaar ministerie een verhoogde plaats ingenomen ten overstaan van de andere partijen, aan dezelfde tafel als de beroepsmagistraten; bovendien droeg de advocaat-generaal die het openbaar ministerie vertegenwoordigde, dezelfde zwarte toga als de voorzitter van het hof van assisen, in tegenstelling tot de assessoren van het hof van assisen en de advocaten die slechts een zwarte toga droegen; ten slotte kon het openbaar ministerie geenszins als onpartijdig worden beschouwd om reden dat zowel tijdens de behandeling bij verstek als tijdens de verzetsprocedure dezelfde advocaat-generaal het openbaar ministerie vertegenwoordigde en telkens een identieke vordering stelde.

Deze bijzondere positie biedt het openbaar ministerie de mogelijkheid de lekenjury op een meer voordelige wijze te benaderen dan de beschuldigde, minstens wordt hierdoor voor deze laatste die schijn gewekt.

2. Om te beoordelen of het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6.1 EVRM en artikel 14.1 IVBPR al dan niet is miskend, moet onderzocht worden of de zaak, wanneer men het proces in zijn geheel beschouwt, op een eerlijke wijze is behandeld.

Het recht op een eerlijk proces, waaronder het recht op wapengelijkheid valt en dat onder meer door artikel 6.1. EVRM en artikel 14.1 IVBPR wordt gewaarborgd, houdt alleen in dat iedere partij in het proces dezelfde processuele middelen moet kunnen aanwenden en op gelijke wijze kennis moet kunnen nemen van en vrij tegenspraak voeren over de stukken en gegevens die aan het oordeel van de rechter die van de zaak kennisneemt, worden voorgelegd. Daaruit volgt niet dat partijen met een verschillende hoedanigheid en belang bij de uitoefening van deze mogelijkheden steeds in identieke omstandigheden moeten verkeren.

3. Zoals het bestreden arrest nr. 09/56 van 7 december 2009 oordeelt, zijn de posities van het openbaar ministerie en de beklaagde of beschuldigde in het strafproces niet volkomen gelijk. Het openbaar ministerie is weliswaar een partij in het strafgeding, maar een partij met een bijzonder karakter: het treedt op in het algemeen belang en vervult een openbare dienst die verband houdt met de opsporing en vervolging van misdrijven en het instellen van de strafvordering. De beschuldigde verdedigt slechts zijn persoonlijk belang.

Het feit dat het openbaar ministerie zowel tijdens de behandeling van de zaak bij verstek als tijdens de verzetsprocedure vertegenwoordigd wordt door dezelfde magistraat, verandert niets aan het bijzondere karakter van het openbaar ministe-

rie als procespartij.

4. Uit het bestreden arrest nr. 09/56 van 7 december 2009 blijkt dat het openbaar ministerie heeft plaatsgenomen op de "voorzene plaats" die weliswaar "op dezelfde hoogte [is] en aan dezelfde tafel" als het hof van assisen zelf maar "wel duidelijk onderscheiden daarvan".

Hieruit blijkt niet dat de voorzitter van het hof van assisen personen waarvan de tegenwoordigheid niet verantwoord is, hetzij door het onderzoek van de zaak of door de dienst bij de rechtszitting, hetzij wegens hun ambt of beroep, heeft toegelaten op voorbehouden plaatsen, in strijd met artikel 267, derde lid, (oud) Wetboek van Strafvordering, zoals het van toepassing was op het ogenblik van de behandeling van deze zaak voor het hof van assisen.

5. Het verschil in plaats in de zittingszaal en in kledij is niet van dien aard dat de beschuldigde benadeeld wordt in vergelijking met het openbaar ministerie.

Uit de enkele omstandigheid dat het openbaar ministerie op de rechtszitting heeft plaatsgenomen op dezelfde hoogte en aan dezelfde tafel als de beroepsmagistraten van het hof van assisen zelf en gekleed is in dezelfde maar overigens wettelijk voorgeschreven toga als de voorzitter van dat hof, kan niet worden afgeleid dat eisers recht op een eerlijk proces en in het bijzonder op wapengelijkheid werd miskend.

Het feit dat in het hof van assisen een lekenjury oordeelt over de schuld of onschuld van de beschuldigde, doet hieraan geen afbreuk.

6. Het louter subjectieve aanvoelen van de beklagde of beschuldigde dat hij zou benadeeld kunnen worden door het verschil in plaats en kledij tussen het openbaar ministerie en zijn verdedigers, is niet van aard om te besluiten dat zijn recht op een eerlijk proces wordt miskend.

Het bestreden arrest nr. 09/56 van 7 december 2009 oordeelt dat de door de juryleden afgelegde eed en het verloop van de rechtspleging voor het hof van assisen dat geleid wordt door de voorzitter en "waarbij aan het openbaar ministerie geen meerdere rechten van tussenkomst zijn toebedeeld dan aan de andere partijen", een waarborg zijn voor de wapengelijkheid en een eerlijk proces. Aldus verantwoordt het zijn beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

7. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM en artikel 14.1 IVBPR, evenals miskenning van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter: het in het eerste onderdeel geschetste voorkeursstatuut van het openbaar ministerie kan al dan niet onbewust mede doorslaggevend zijn voor de beslissing van de lekenjury van het hof van assisen.

8. Het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft betrekking op de rechters die oordelen over de gegrondheid van de tegen een persoon ingestelde strafvordering. Dit beginsel geldt ook voor de juryleden van het hof van assisen.

Het feit dat de juryleden geen beroepsrechter zijn en "per definitie, geen juridische opleiding tot magistraat genoten [hebben] of minstens niet vertrouwd [zijn]

met gerechtelijke procedures", is geen reden om te twijfelen aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Net als elke rechter worden zij vermoed onafhankelijk en onpartijdig te zijn tot bewijs van het tegendeel.

9. De beklaagde of beschuldigde vermag geen afhankelijkheid of partijdigheid van de rechter of de jury af te leiden uit de enkele omstandigheid dat er een verschil bestaat in plaats en kledij tussen het openbaar ministerie en de verdediging, zoals beschreven in het eerste onderdeel.

10. Of een rechter onafhankelijk is of niet, wordt bepaald aan de hand van de wijze van benoeming of aanstelling, de waarborg tegen invloed van buitenaf en de schijn van afhankelijkheid.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiser heeft aangevoerd dat één of meerdere juryleden uitwendige gedragingen hebben gesteld aan de hand waarvan hun subjectieve partijdigheid zou blijken.

11. De objectieve onpartijdigheid van de rechter kan in het gedrang komen wanneer het rechtscollege waarvan hij deel uitmaakt, derwijze functioneert of georganiseerd is dat de waarborg van onpartijdigheid waarop de beklaagde of beschuldigde recht heeft, ter discussie kan worden gesteld.

12. De wijze waarop de jury wordt samengesteld, waarbij de beschuldigde de mogelijkheid heeft kandidaat-juryleden te wraken, en het feit dat elk jurylid afzonderlijk de bij artikel 312 (oud) Wetboek van Strafvordering voorgeschreven eed aflegt, zijn een waarborg voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de jury. Aldus verantwoordt het bestreden arrest nr. 09/56 van 7 december 2009 zijn beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

13. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eiser in de kosten van zijn cassatieberoepen.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. M. Souidi, Antwerpen en J.A. Vercaeye, Antwerpen.

CASSATIEBEROEP - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - ONDERZOEK VAN DE
REGELMATIGHEID VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE OBSERVATIE - BEKLAAGDE EN ZIJN
RAADSMAN NIET OF NIET REGELMATIG OPGEROEPEN - UITSpraak IN AFWEZIGHEID VAN BEKLAAGDE
EN ZIJN RAADSMAN - CASSATIEBEROEP NA DE TERMIJN VAN VIJFTIEN VRIJE DAGEN NA DE UITSpraak -
OVERMAGHT - VOORWAARDE

De omstandigheid dat de eiser in cassatie niet regelmatig opgeroepen werd op de rechtzitting, waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling, in toepassing van artikel 253ter Wetboek van Strafvordering, de regelmatigheid van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode observatie heeft onderzocht, heeft niet noodzakelijk voor gevolg dat er overmacht is waardoor de eiser geen kennis heeft kunnen nemen van het arrest om binnen de wettelijke termijn cassatieberoep in te stellen; opdat er overmacht zou zijn, moet de eiser aantonen dat hij slechts ten vroegste vijftien vrije dagen vóór het instellen van zijn cassatieberoep kennis heeft gekregen van het arrest¹. (Artt. 373 en 235ter, Sv.)

(G.)

ARREST

(AR P.10.0512.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, van 1 oktober 2009.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadsherr Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Het bestreden arrest onderzoekt, op vordering van het openbaar ministerie, de regelmatigheid van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode observatie.

2. Het cassatieberoep tegen de beslissing in dergelijke inquisitoire en niet-contradictoire rechtspleging moet worden ingesteld binnen de termijn van vijftien vrije dagen na de dag waarop het arrest is uitgesproken. Behoudens overmacht is het cassatieberoep dat buiten deze termijn is ingesteld, niet ontvankelijk.

3. De omstandigheid dat de eiser niet regelmatig opgeroepen werd voor de rechtzitting, heeft niet noodzakelijk voor gevolg dat er overmacht is waardoor de eiser geen kennis heeft kunnen nemen van het arrest om binnen de wettelijke termijn cassatieberoep in te stellen. Opdat er overmacht zou zijn, moet de eiser aannemelijk maken dat hij slechts ten vroegste vijftien vrije dagen vóór het instellen van zijn cassatieberoep kennis heeft gekregen van het arrest.

De eiser voert dit niet aan en zulks blijkt niet uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan.

¹ Zie Cass., 4 nov. 2008, AR P.08.1440.N, AC, 2008, nr. 609: anders dan in het thans geannoteerde arrest, voerde de eiser in deze zaak aan dat hij slechts op een welbepaalde datum, binnen de periode van vijftien vrije dagen vóór het instellen van het cassatieberoep, kennis had gekregen van het bestreden arrest.

De overmacht is niet bewezen.

4. Het cassatieberoep is ingesteld op 2 februari 2010, dit is meer dan vijftien vrije dagen na de uitspraak van het arrest.

Het cassatieberoep is laattijdig, mitsdien niet ontvankelijk.

Middel

5. Het middel dat geen verband houdt met de ontvankelijkheid van het cassatieberoep, behoeft geen antwoord.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. G. Warson, Brussel.

Nr. 290

2° KAMER - 27 april 2010

1° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - OBSERVATIE - MACTHIGING TOT OBSERVATIE - PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING VAN DE OBSERVATIE - WETTELIJK VERPLICHTE VERMELDINGEN - BEPERKING

2° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - OBSERVATIE - MACTHIGING TOT OBSERVATIE - PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING VAN DE OBSERVATIE - WETTELIJK VERPLICHTE VERMELDINGEN - VERMELDING VAN DE PERIODE TIJDENS DEWELKE DE OBSERVATIE KAN PLAATSVINDEN - INLICHTING DIE DE AFSCHERMING VAN DE OPSPORINGSMETHODE OF DE VEILIGHEID VAN DE UITVOERDERS IN HET GEDRANG KAN BRENGEN - GEVOLG

3° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE DOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - UITOEFENING VAN DE WETTELIJKE CONTROLEBEVOEGDHEID - DRAAGWIJDTE

4° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID - UITOEFENING VAN DE WETTELIJKE CONTROLEBEVOEGDHEID - DRAAGWIJDTE

5° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - OBSERVATIE - PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING VAN DE OBSERVATIE - NIET-VERMELDING VAN DE PRECIEZE PERIODE VAN DE MACTHIGING - GEVOLG

6° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - RECHT VAN VERDEDIGING - BEPERKING - VOORWAARDE

7° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3 E.V.R.M. - BEPERKING - VOORWAARDE

8° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE DOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - ONDERZOEK VAN DE GEGEVENS VAN HET PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING EN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER - AARD - GEVOLG

9° ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID - ONDERZOEK VAN DE GEGEVENS VAN HET PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING EN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER - AARD - GEVOLG

10° CASSATIE — BEVOEGDHEID VAN HET HOF — ALLERLEI - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID - ONDERZOEK VAN DE GEGEVENS VAN HET PROCES-VERBAAL VAN UITVOERING EN VAN HET VERTROUWELIJK DOSSIER - AARD - GEVOLG

11° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN - CONTROLE VAN DE REGELMATIGHEID - ARTIKEL 189TER, VIERDE LID, WETBOEK VAN STRAFVORDERING - WETTIGHEIDSINCIDENT - DRAAGWIJDTE

1° *Uit artikel 47septies, §2, derde lid, Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat in een proces-verbaal wordt verwezen naar de machtiging tot observatie en de vermeldingen bedoeld in artikel 47sexies, §3, 1°, 2°, 3° en 5°, worden opgenomen en artikel 47septies, §2, tweede lid, Wetboek van Strafvordering dat bepaalt dat de officier van gerechtelijke politie bedoeld in artikel 47sexies, §2, 6°, proces-verbaal opstelt van de verschillende fasen van uitvoering van de observatie, maar hierin geen elementen vermeldt die de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de uitvoerders in het gedrang brengen, volgt dat de vermeldingen bedoeld in artikel 47sexies, §3, 1°, 2°, 3° en 5°, Wetboek van Strafvordering in het proces-verbaal moeten worden opgenomen, tenzij zij vertrouwelijk zijn in de zin van artikel 47septies, §2, voormeld¹.*

2° *De periode tijdens dewelke de observatie kan plaatsvinden, kan in bepaalde omstandigheden een inlichting zijn die van die aard is dat haar mededeling de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de uitvoerders in het gedrang brengt; in dat geval, waarover de kamer van inbeschuldigingstelling onaanvaardbaar oordeelt, is dat gegeven vertrouwelijk zodat het, in tegenstelling tot het bepaalde in artikel 47septies, §2, derde lid, Wetboek van Strafvordering, in het in dat artikel bedoelde proces-verbaal niet moet worden vermeld².*

3° en 4° *Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling enkel nagaat of de bij het straf-dossier gevoegde processen-verbaal betreffende de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode de vereiste vermeldingen bevatten en of deze overeenkomen met de gegevens van het vertrouwelijke dossier alsmede of het vertrouwelijke dossier de vereiste gegevens bevat, overschrijdt de kamer van inbeschuldigingstelling haar bevoegdheden niet, maar oefent zij haar wettelijke controlebevoegdheid uit zoals bepaald in artikel 235ter Wetboek van Strafvordering³.*

5°, 6° en 7° *Het feit dat de juiste periode tijdens dewelke de machtiging tot het uitvoeren van de observatie verleend is, in bepaalde gevallen vertrouwelijk is als bedoeld in artikel 47septies, §2, Wetboek van Strafvordering en daarom niet in het proces-verbaal van uitvoering is vermeld en bijgevolg niet aan de inverdenkinggestelde ter kennis is gebracht, levert geen schending op van artikel 6 E.V.R.M.; dit is voor de inverdenkinggestelde of de beklaagde weliswaar een beperking van zijn recht van verdediging, die evenwel verantwoord is door de noodzaak de gebruikte technische hulpmiddelen en de*

1 Cass., 2 maart 2010, AR P.10.0177.N, AC, 2010, nr.143.

2 *Ibid.*

3 Cass., 9 juni 2009, AR P.09.0783.N, AC, 2009, niet gepubliceerd.

politieonderzoekstechnieken af te schermen alsmede de veiligheid van de uitvoerders te vrijwaren en hun identiteit af te schermen en die wordt gecompenseerd door het feit dat de regelmatigheid van uitgevoerde opsporingsmethoden getoetst wordt door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, hier de kamer van inbeschuldigingstelling, die onaantastbaar onderzoekt of de observatie werd uitgevoerd binnen het tijdvak bepaald bij de verleende machtiging en dienaangaande de nodige authentieke vaststellingen doet, alsmede door het feit dat de inverdenkinggestelde of de beklaagde in de latere stadia van de rechtspleging op basis van het open dossier al zijn rechtsmiddelen tegen de aangewende opsporingsmethoden zal kunnen aanwenden⁴.

8°, 9° en 10° Gelet op het geheim karakter van de gegevens vervat in het vertrouwelijke dossier, heeft de wetgever middels artikel 235ter Wetboek van Strafvordering aan de kamer van inbeschuldigingstelling de controle over de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie toevertrouwd, waarbij dit onderzoeksgerecht onaantastbaar en authentiek vaststelt dat de gegevens van het proces-verbaal van uitvoering overeenstemmen met de gegevens van het vertrouwelijk dossier, onder meer met de verleende machtiging; die opdracht van de kamer van inbeschuldigingstelling vergt een feitenonderzoek, aangezien zij aan de hand van de feitelijke gegevens van de stukken van het open dossier moet nagaan of deze overeenstemmen met deze van het vertrouwelijke dossier; het onderzoek van dergelijke feitelijke gegevens door het Hof van Cassatie is krachtens artikel 147, tweede lid, Grondwet uitgesloten, zodat het Hof onbevoegd is een betwisting over het onaantastbaar oordeel van de kamer van inbeschuldigingstelling over die gegevens te onderzoeken en hieruit volgt dat het feit dat het arrest onaantastbaar in feite oordeelt dat bepaalde gegevens van de verleende machtiging vertrouwelijk zijn en niet in het proces-verbaal van uitvoering moeten worden vermeld, de wettelijke controlebevoegdheid van het Hof niet aantast.

11° Artikel 189ter, vierde lid, Wetboek van Strafvordering, dat in algemene woorden is opgesteld, beoogt alle wettigheidsincidenten met betrekking tot de controle van de bijzondere opsporingsmethoden en bijgevolg eveneens de omstandigheid dat de controle niet heeft plaatsgevonden vóór de verwijzing van de beklaagde naar de correctionele rechtbank of zijn dagvaarding voor die rechtbank.

(M. e.a.)

ARREST

(AR P.10.0578.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 2 maart 2010.

De eisers I en II voeren in eenzelfde memorie die aan dit arrest is gehecht, vier middelen aan.

De eiser III voert in een memorie die aan dit arrest gehecht is, een middel aan.

Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

⁴ Zie Cass., 23 aug. 2005, AR P.05.0805.N, AC, 2005, nr. 399, met concl. adv.-gen. Vandermeersch; Cass., 24 jan. 2006, AR P.06.0082.N, AC, 2006, nr. 52; Cass., 25 sept. 2007, AR P.07.0677.N, AC, 2007, nr. 433; Cass., 15 dec. 2009, AR P.09.1681.N, AC, 2009, nr.751; Cass., 2 maart 2010, AR P.10.0177.N, AC, 2010, nr.143. Zie ook Arbitragehof, arrest nr. 202/2004 van 21 dec. 2004, B.28 en B.29.

Middelen van de eisers I en II

Eerste middel

(...)

Tweede onderdeel

3. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 47sexies, §3, en 47septies, §2, derde lid, Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt ten onrechte dat het proces-verbaal van uitvoering alle vermeldingen bevat die het moet bevatten; artikel 47sexies, §3, 5°, vereist dat het proces-verbaal van uitvoering de periode, dit is het tijdvak of het tijdperk, tijdens dewelke de observatie kan worden uitgevoerd, vermeldt.

4. Artikel 47septies, §2, derde lid, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat in een proces-verbaal wordt verwezen naar de machtiging tot observatie en de vermeldingen bedoeld in artikel 47sexies, §3, 1°, 2° 3° en 5°, worden opgenomen.

Daarentegen bepaalt artikel 47septies, §2, tweede lid, Wetboek van Strafvordering dat de officier van gerechtelijke politie bedoeld in artikel 47sexies, §3, 6°, proces-verbaal opstelt van de verschillende fasen van uitvoering van de observatie, maar hierin geen elementen vermeldt die de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de uitvoerders in het gedrang brengen.

5. Uit deze bepalingen volgt dat de vermeldingen in artikel 47sexies, §3, 1°, 2°, 3° en 5° Wetboek van Strafvordering in het proces-verbaal moeten worden opgenomen, tenzij zij vertrouwelijk zijn in de zin van artikel 47septies, §2, voormeld.

6. De periode tijdens dewelke de observatie kan plaatsvinden, kan in bepaalde omstandigheden een inlichting zijn die van die aard is dat haar mededeling de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de uitvoerders in het gedrang brengt. In dat geval, waarover de kamer van inbeschuldigingstelling onaantastbaar oordeelt, is dat gegeven vertrouwelijk zodat het, in tegenstelling tot het bepaalde in artikel 47septies, §2, derde lid, Wetboek van Strafvordering, in het in dat artikel bedoelde proces-verbaal niet moet worden vermeld.

7. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat dit gegeven in alle gevallen in het proces-verbaal moet worden vermeld, faalt naar recht.

(...)

Derde middel

Eerste onderdeel

14. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 47septies, §2, derde lid, en 235ter Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt ten onrechte dat het de taak is van de kamer van inbeschuldigingstelling na te gaan of de uitvoering van de observatie beantwoordt aan de wettelijke bepalingen die de observatie in uitzonderlijke omstandigheden toestaan en in overeenstemming is met de

termen van de verleende machtiging; de opdracht van de kamer van inbeschuldigingstelling is ertoe beperkt na te gaan of met betrekking tot het vertrouwelijke dossier de gegevens bepaald in de artikelen 47sexies tot 47novies Wetboek van Strafvordering werden nageleefd en of de stukken gevoegd aan het open dossier de vereiste vermeldingen bevatten alsmede of deze overeenstemmen met de gegevens van het vertrouwelijke dossier.

15. Het arrest oordeelt dat:

- de onderzoeksrechter de wettelijk vereiste machtigingen heeft verleend en dat daartoe aan alle wettelijke voorwaarden overeenkomstig artikel 47sexies, §2, Wetboek van Strafvordering is voldaan;

- de schriftelijke machtiging in het vertrouwelijke dossier, naast de ernstige aanwijzingen van schuld en de gronden van proportionaliteit en subsidiariteit, ook de exacte periode naar data binnen dewelke de observatie kan of mag geschieden, op wie en onder welke voorwaarden, vermeldt;

- de toegestane periode geenszins de maximum toegelaten periode van een maand overschrijdt en de tenuitvoerlegging geschiedde binnen de door de onderzoeksrechter toegestane periode;

- het proces-verbaal van uitvoering van de observatie, rekening houdende met hetgeen overeenkomstig artikel 47septies, §2, tweede lid, Wetboek van Strafvordering rechtmatig dient te worden afgeschermd, de wettelijk vereiste vermeldingen bevat.

16. Op grond van die redenen gaat het arrest enkel na of de bij het strafdossier gevoegde processen-verbaal betreffende de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode de vereiste vermeldingen bevatten en of deze overeenkomen met de gegevens van het vertrouwelijke dossier alsmede of het vertrouwelijke dossier de vereiste gegevens bevat. Aldus overschrijdt de kamer van inbeschuldigingstelling haar bevoegdheden niet maar oefent zij haar wettelijke controlebevoegdheid uit zoals bepaald in artikel 235ter Wetboek van Strafvordering.

Het onderdeel kan niet aangenomen worden.

Tweede onderdeel

17. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 6 en 8 EVRM en van de artikelen 47septies, §2, derde lid, en 235ter, Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt ten onrechte dat het feit dat de eisers geen kennis hebben van de juiste periode tijdens dewelke de observatie kon worden uitgevoerd, hun recht van verdediging niet miskent; de kennis van die periode is noodzakelijk om de eisers toe te laten voor de feitenrechter te betwisten dat de observatie is geschied binnen de toegestane periodes.

18. Het feit dat de juiste periode tijdens dewelke de machtiging tot het uitvoeren van de observatie verleend is, in bepaalde gevallen vertrouwelijk is als bedoeld in artikel 47septies, §2, Wetboek van Strafvordering en daarom niet in het proces-verbaal van uitvoering is vermeld en bijgevolg niet aan de inverdenking-gestelde ter kennis is gebracht, levert geen schending op van artikel 6 EVRM. Dit is voor de inverdenking-gestelde of de beklaagde weliswaar een beperking van zijn recht van verdediging. Die beperking is evenwel verantwoord door de

noodzaak de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken af te schermen alsmede de veiligheid van de uitvoerders te vrijwaren en hun identiteit af te schermen.

19. Deze beperking van het recht op tegenspraak blijft over de hele duur van het proces uitzonderlijk en wordt gecompenseerd door het feit dat de regelmatigheid van uitgevoerde opsporingsmethoden getoetst wordt door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, hier de kamer van inbeschuldigingstelling die onaantastbaar onderzoekt of de observatie werd uitgevoerd binnen het tijdvak bepaald bij de verleende machtiging en dienaangaande de nodige authentieke vaststellingen doet, alsmede door het feit dat de inverdenkinggestelde of de beklaagde in de latere stadia van de rechtspleging op basis van het open dossier al zijn rechtsmiddelen tegen de aangewende opsporingsmethoden zal kunnen aanwenden. Hierdoor wordt het recht van verdediging en het recht op privéleven van de inverdenkinggestelde of de beklaagde niet aangetast.

Het onderdeel faalt naar recht.

Vierde middel

20. Het middel voert schending aan van de artikelen 6 en 13 EVRM, de artikelen 10, 11 en 13 Grondwet en artikel 235ter, §6, Wetboek van Strafvordering: het arrest oordeelt onterecht dat de artikelen 47sexies en 47septies Wetboek van Strafvordering niet bepalen dat het proces-verbaal van uitvoering bedoeld in artikel 47septies, §2, derde lid, in elk geval de exacte periode binnen dewelke de observatie kan worden uitgevoerd, dient te vermelden en dat dergelijke vermelding geheel of gedeeltelijk hetgeen het vertrouwelijke dossier wetmatig dient af te schermen, in het gedrang kan brengen en aldus het vertrouwelijke karakter van de machtiging kan miskennen.

Eerste onderdeel

21. Het onderdeel voert aan dat met het oordeel dat de periode tijdens dewelke de observatie kan plaatsvinden vertrouwelijk is, de kamer van inbeschuldigingstelling het Hof in de onmogelijkheid stelt zijn wettelijke controle uit te oefenen; hierdoor zijn het recht van verdediging, het recht op de toegang tot de rechter en het recht op een daadwerkelijk en nuttig rechtsmiddel van de eisers miskend.

De eisers verzoeken het Hof de volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen:

"Schendt artikel 235ter, §3 en §6, Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en [11] Grondwet, zowel op zichzelf als in [samenhang gelezen] met artikel 13 Grondwet en de artikelen 6 en 13 EVRM, doordat ingevolge deze wetsbepaling het Hof van Cassatie slechts een beperkt cassatietoezicht kan uitoefenen op de arresten betreffende de controle van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, aangezien het vertrouwelijke dossier niet door de magistraten van het Hof van Cassatie mag worden ingezien, terwijl het Hof van Cassatie tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling betreffende de toepassing van artikel 235bis Wetboek van Strafvordering wel op basis van het volledige dossier zijn toezicht kan uitoefenen?"

22. Zoals blijkt uit het antwoord op het tweede onderdeel van het eerste middel en op het tweede onderdeel van het derde middel, levert het feit dat de juiste periode tijdens dewelke de machtiging tot het uitvoeren van de observatie verleend is, in bepaalde gevallen niet in het proces-verbaal van uitvoering is vermeld en bijgevolg niet aan de inverdenkinggestelde of de bekalagde ter kennis is gebracht, geen schending op van artikel 6 EVRM.

23. Gelet op het geheime karakter van de gegevens vervat in het vertrouwelijke dossier, heeft de wetgever middels artikel 235ter Wetboek van Strafvordering aan de kamer van inbeschuldigingstelling de controle over de bijzondere opsporingsmethode observatie en infiltratie toevertrouwd. Met die controle stelt de kamer van inbeschuldigingstelling onaantastbaar en authentiek vast dat de gegevens van het proces-verbaal van uitvoering overeenstemmen met de gegevens van het vertrouwelijke dossier, onder meer met de verleende machtiging.

Die opdracht van de kamer van inbeschuldigingstelling vergt een feitenonderzoek. De kamer van inbeschuldigingstelling moet immers aan de hand van de feitelijke gegevens van de stukken van het open dossier nagaan of deze overeenstemmen met deze van het vertrouwelijke dossier.

Het onderzoek van dergelijke feitelijke gegevens door het Hof van Cassatie is krachtens artikel 147, tweede lid, Grondwet uitgesloten. Het Hof is bijgevolg onbevoegd een betwisting over het onaantastbare oordeel van de kamer van inbeschuldigingstelling over die gegevens te onderzoeken.

Dit heeft voor gevolg dat de eisers hoe dan ook voor het Hof geen tegenspraak kunnen voeren over feitelijke gegevens die zij aanvechten en die het Hof niet kan onderzoeken.

De toegang tot het Hof van Cassatie en de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel dat het uitmaakt, zijn bepaald door de opdracht van het Hof zoals door de Grondwet en de wet omschreven.

Hieruit volgt dat het feit dat het arrest onaantastbaar in feite oordeelt dat bepaalde gegevens van de verleende machtiging vertrouwelijk zijn en niet in het proces-verbaal van uitvoering moeten vermeld worden, de wettelijke controlebevoegdheid van het Hof niet aantast.

Het onderdeel faalt naar recht.

24. De prejudiciële vraag berust op een onjuiste rechtsopvatting en wordt bijgevolg niet gesteld.

(...)

Middel van de eiser III

32. Het middel voert schending aan van artikel 149 Grondwet en van de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering alsmede miskenning van het rechtszekerheidsbeginsel: het arrest oordeelt ten onrechte dat de vordering de controle uit te voeren met toepassing van artikel 235ter voornoemd ontvankelijk is en dat de observatie op wettelijke wijze is tot stand gekomen en uitgevoerd; artikel 189ter Wetboek van Strafvordering, zoals gewijzigd en aangevuld bij de wet van 16 januari 2009, voorziet voor de rechtbank enkel in de mogelijkheid de zaak naar het openbaar ministerie te verwijzen teneinde de kamer van inbeschul-

digingstelling te gelasten de controle ex artikel 235ter uit te voeren, wanneer nieuwe elementen aan het licht gekomen zijn na de controle uitgevoerd door de kamer van inbeschuldigingstelling of wanneer bij de reeds uitgevoerde controle zich een wettighedsincident heeft voorgedaan; dit is niet het geval wanneer de vereiste controle niet plaatsvond op het geëigende tijdstip.

De eiser verzoekt het Hof dezelfde prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof als deze die de eisers I en II in hun vierde middel, eerste onderdeel, voorstellen.

33. Artikel 189ter, vierde lid, Wetboek van Strafvordering, zoals ingevoegd bij de wet van 16 januari 2009, bepaalt dat de feitenrechter of het Hof van Cassatie bij wettighedsincidenten met betrekking tot de controle op de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, de zaak aan het openbaar ministerie kan overzenden teneinde deze bij de bevoegde kamer van inbeschuldigingstelling aan te brengen voor de in artikel 235ter bepaalde controle.

34. Deze bepaling, die in algemene bewoordingen is opgesteld, beoogt alle wettighedsincidenten met betrekking tot de controle van de bijzondere opsporingsmethoden en bijgevolg eveneens de omstandigheid dat de controle niet heeft plaatsgevonden vóór de verwijzing van de beklaagde naar de correctionele rechtbank of zijn dagvaarding voor die rechtbank.

Het middel faalt naar recht.

35. De prejudiciële vraag houdt geen enkel verband met de aangevoerde grief zodat het Hof deze vraag niet stelt.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

27 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. J. Van Cauter, Gent en J. De Winter, Gent.

Nr. 291

2° KAMER - 28 april 2010

1° STRAF — VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN.

VERSCHONINGSGRONDEN - VERZACHTENDE VERSCHONINGSGROND - DRUGSMISDRIJF - AANGIFTE VÓÓR DE VERVOLGING - BEGRIP

2° GENEESKUNDE — GENEESMIDDELEN (VERDOVENDE MIDDELEN

INBEGREPEN) - DRUGSMISDRIJF - VERZACHTENDE VERSCHONINGSGROND - AANGIFTE VÓÓR DE VERVOLGING - BEGRIP

3^o STRAFVORDERING - INSTELLING - BEGRIP

4^o STRAF — VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN.

VERSCHONINGSGRONDEN - VERZACHTENDE VERSCHONINGSGROND - DRUGSMISDRIJF - AANGIFTE VÓÓR DE VERVOLGING - INSTELLEN VAN DE STRAFVORDERING - BEGRIP

5^o GENEESKUNDE — GENEESMIDDELEN (VERDOVENDE MIDDELEN INBEGREPEN) - DRUGSMISDRIJF - VERZACHTENDE VERSCHONINGSGROND - AANGIFTE VÓÓR DE VERVOLGING - INSTELLEN VAN DE STRAFVORDERING - BEGRIP

1^o en 2^o De verzachtende verschoningsgrond die in artikel 6, derde lid, Drugwet is bepaald, is van toepassing op de schuldige die, vóór de vervolging de identiteit van de daders van het misdrijf aan de overheid heeft onthuld of, indien de daders onbekend zijn, het bestaan van dat misdrijf heeft onthuld; de onthulling die de rechter in aanmerking dient te nemen is die welke vóór de vervolging plaatsvindt, met andere woorden, voordat de strafvordering is ingesteld¹.

3^o, 4^o en 5^o Uit het feit alleen dat een verdachte op bevel van het parket van zijn vrijheid is beroofd en kennis heeft gekregen van het feit dat hij voor de onderzoeksrechter moet verschijnen, volgt niet dat de strafvordering is ingesteld².

(D.)

ARREST (vertaling)

(AR P.10.0015.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 17 november 2009.

De eiseres voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft op 8 april 2010 een conclusie neergelegd op de griffie.

Op de rechtszitting van 28 april 2010 heeft raadsheer Gustave Steffens verslag uitgebracht en heeft de voornoemde advocaat-generaal geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

Tweede onderdeel

Krachtens artikel 6, derde lid, van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica, worden de in artikel 2*bis* van de wet gestelde criminele straffen verminderd in de bij artikel 414, derde lid, van het Strafwetboek bepaalde mate, ten aanzien van de schuldigen die, vóór de vervolging de identiteit van de daders van het misdrijf aan de overheid hebben onthuld of, indien de daders onbekend zijn, het bestaan van dat misdrijf hebben onthuld.

De onthulling die de rechter in overweging dient te nemen is die welke vóór de

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.291.

² *Ibid.*

vervolging plaatsvindt, met andere woorden, voordat de strafvordering is ingesteld.

Uit het feit alleen dat een verdachte op bevel van het parket van zijn vrijheid is beroofd en dat hij kennis heeft gekregen van het feit dat hij voor de onderzoeksrechter moet verschijnen, volgt niet dat de strafvordering is ingesteld.

Ofschoon uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat het gerechtelijk onderzoek op 20 mei 2008 was ingesteld, konden de appelrechters, om de eiseres de bij artikel 6, derde lid, van de wet van 24 februari 1921 bepaalde verzachtende verschoningsgrond te ontzeggen, niet oordelen dat de vervolging was ingesteld zodra de speurders, op 19 mei 2008, de eiseres hebben betekend dat zij, om voor de onderzoeksrechter te verschijnen, op beslissing van het parket van haar vrijheid was beroofd.

Met een dergelijke uitlegging schendt het arrest de voormelde wettelijke bepaling.

Het onderdeel is gegrond.

Er is geen grond om de cassatie uit te breiden tot de beslissing waarbij de appelrechters de misdrijven bewezen hebben verklaard, aangezien de vernietiging geschiedt om een reden die geen verband houdt met die welke deze beslissing verantwoordt.

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de gehele straf die de eiseres is opgelegd wegens de telastleggingen E en F en over de bijdrage aan het Bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke geweldsdaden die met de veroordeling wegens die feiten gepaard gaat.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de eiseres in tweederde van de kosten van haar cassatieberoep en laat het overige derde ten laste van de Staat.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen.

28 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Dejemepe, waarnemend voorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. N. Buisseret, Brussel.

MAATREGELEN TOT HULPVERLENING - NOODZAAK TOT HET NEMEN VAN DWANGMAATREGELEN - JEUGDRECHTBANK - TIJDELIJKE HUISVESTING VAN HET KIND BUITEN ZIJN FAMILIAAL LEEFMILIEU - FAMILIAAL LEEFMILIEU - BEGRIP

2° JEUGDBESCHERMING - HULPVERLENING AAN DE JEUGD - FRANSE GEMEENSCHAP - MAATREGELEN TOT HULPVERLENING - NOODZAAK TOT HET NEMEN VAN DWANGMAATREGELEN - JEUGDRECHTBANK - TIJDELIJKE HUISVESTING VAN HET KIND BUITEN ZIJN FAMILIAAL LEEFMILIEU - OPENBAAR MINISTERIE VORDERT DE MAATREGEL NIET - RECHT OP EEN EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK

3° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - JEUGDBESCHERMING - HULPVERLENING AAN DE JEUGD - FRANSE GEMEENSCHAP - MAATREGELEN TOT HULPVERLENING - NOODZAAK TOT HET NEMEN VAN DWANGMAATREGELEN - JEUGDRECHTBANK - TIJDELIJKE HUISVESTING VAN HET KIND BUITEN ZIJN FAMILIAAL LEEFMILIEU - OPENBAAR MINISTERIE VORDERT DE MAATREGEL NIET - RECHT OP EEN EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK

1° *Het behoort tot de bevoegdheid van de jeugdrechtbanken om, in uitzonderlijke omstandigheden, te beslissen dat aan het kind, waarvan de lichamelijke of psychische integriteit thans ernstig is bedreigd en wanneer één van de personen die de ouderlijke macht uitoefenen of die het kind in rechte of in feite onder hun bewaring hebben de hulp van een adviseur weigert of die hulp niet benut, een tijdelijke huisvesting buiten zijn familiaal leefmilieu wordt verleend; tot dat milieu behoren zij die krachtens de wet met het ouderlijk gezag zijn bekleed, i.e. de vader en de moeder.* (Art. 38, §3, 2°, Decr.Fr.Gem. 4 maart 1991 inzake hulpverlening aan de jeugd)

2° en 3° *Uit het feit alleen dat het openbaar ministerie geen huisvestingsmaatregel buiten het familiaal leefmilieu heeft gevorderd terwijl de jeugdrechtbank een dergelijke maatregel beveelt, kan geen miskennis van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak worden afgeleid.* (Art. 6.1, Verdrag Rechten van de Mens; Art. 38, §3, 2°, Decr.Fr.Gem. 4 maart 1991 inzake hulpverlening aan de jeugd)

(R. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0409.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, jeugdkamer, van 28 januari 2010.

De eiser I voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, zes middelen aan.

Raadsheer Pierre Cornelis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Derde middel

(...)

Derde onderdeel

Krachtens artikel 38, §3, 2°, (van het decreet van 4 maart 1991 van de raad van

de Franse Gemeenschap inzake hulpverlening aan de jeugd) komt het de jeugd-gerechten toe om in uitzonderlijke omstandigheden te beslissen dat aan het kind een tijdelijke huisvesting buiten zijn familiaal leefmilieu wordt verleend.

Tot dat milieu behoren zij die krachtens de wet met het ouderlijk gezag zijn bekleed, dit zijn de vader en de moeder.

Daaruit volgt dat, wanneer de rechter verduidelijkt dat het familiaal leefmilieu buiten hetwelk de huisvesting moet plaatsvinden, het leefmilieu is van de vader en de moeder, hij niet beslist over een wijze van uitvoering waarvoor alleen de directeur bij de hulpverlening aan de jeugd bevoegd is.

Het onderdeel dat het tegendeel aanvoert, faalt naar recht.

(...)

Vijfde middel

Uit het feit alleen dat het openbaar ministerie geen huisvestingsmaatregel buiten het familiaal leefmilieu heeft gevorderd, kan geen miskenning van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak worden afgeleid.

Het middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep(en).

28 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Dejemeppe, waarnemend voorzitter – *Verslaggever*: de h. Cornelis – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. C. Joly, Hoi en A.-C. Dombret, Brussel.

Nr. 293

2° KAMER - 28 april 2010

1° REDENEN VAN DE VONNISSEN EN ARRESTEN — GEEN CONCLUSIE — STRAFZAKEN (GEESTRIJKE DRANKEN EN DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) - VOORLOPIGE HECHTENIS - VONNISGERECHT - VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING - CORRECTIONELE RECHTBANK - BESCHIKKING DIE HET VERZOEK GEGROND VERKLAART - HOGER BEROEP VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - HOF VAN BEROEP - ARREST - REDENGEVING - VERPLICHTING OP DE CONCLUSIE TE ANTWOORDEN - BEGRIP

2° HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) — RECHTSPLEGING IN HOGER BEROEP - VOORLOPIGE HECHTENIS - VONNISGERECHT - VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING - CORRECTIONELE RECHTBANK - BESCHIKKING DIE HET VERZOEK GEGROND VERKLAART - HOGER BEROEP VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - HOF VAN BEROEP - ARREST - REDENGEVING - VERPLICHTING OP DE CONCLUSIE TE ANTWOORDEN - BEGRIP

3° VOORLOPIGE HECHTENIS — VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING -

VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING - CORRECTIONELE RECHTBANK - BESCHIKKING DIE HET VERZOEK GEGROND VERKLAART - HOGER BEROEP VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - HOF VAN BEROEP - ARREST - REDENGEVING - VERPLICHTING OP DE CONCLUSIE TE ANTWOORDEN - BEGRIP

1°, 2° en 3° De appelrechters dienen niet te antwoorden op de gegevens die zijn aangevoerd in het bij de eerste rechter ingediende verzoek tot voorlopige invrijheidstelling, die niet werden hernomen in de voor hen neergelegde conclusie. (Artt. 23, 4° en 30, Wet Voorlopige Hechtenis 1990)

(E.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0674.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 16 april 2010.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadshoer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

Het arrest handhaaft de voorlopige hechtenis van de eiser, nadat het de beschikking heeft gewijzigd waarbij het verzoek tot invrijheidstelling dat de eiser op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg had neergelegd, gegrond is verklaard.

De eiser verwijt het arrest dat het niet antwoordt op de in het voormelde verzoekschrift aangevoerde argumenten met betrekking tot de overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 5.3 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

De appelrechters dienen evenwel niet te antwoorden op de gegevens die zijn aangevoerd in het bij de eerste rechter ingediende verzoek tot voorlopige invrijheidstelling, aangezien die niet waren overgenomen in de voor hen neergelegde conclusie.

Het middel kan bijgevolg niet worden aangenomen.

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

28 april 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*; de h. Dejemeppe, waarnemend voorzitter –

Verslaggever: de h. Steffens – *Gelijklopende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat:* mr. A. Dereau, Brussel.

Nr. 294

1° KAMER - 29 april 2010

KOOP - VOORKOOPRECHT VAN GRONDEN DIENSTIG VOOR DE VERWEZENLIJING VAN HET MAATSCHAPPELIJK DOEL VAN EEN OVERHEIDSBEDRIJF - VERKOOP AAN EEN DERDE GEGADIGDE - VOORWAARDEN

De verkoper van gronden die volgens hun bestemming dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de naamloze maatschappij van publiek recht Waterwegen en Zeekanaal moet het voorkooprecht aanbieden en de verkoop met een derde kan slechts worden gesloten onder de opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht van voorkoop; deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat de verkoper van gronden die volgens hun bestemming slechts ten dele dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van die naamloze vennootschap van publiek recht, het voorkooprecht aanbiedt voor het geheel van deze gronden en de verkoop aan een derde gegadigde voor het geheel van deze gronden sluit onder de opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht van voorkoop. (Art. 28bis, §§1, 3 en 4, Decr. 4 mei 1994)

(BUILPROM nv e.a. T. WATERWEGEN & ZEEKANAAL nv e.a.)

ARREST

(AR C.09.0005.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 2 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Batrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Derde onderdeel

1. De eerste verweerster beschikt krachtens artikel 28bis, §1, van het decreet van 4 mei 1994 betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap Waterwegen en Zeekanaal, naamloze vennootschap van publiek recht, zoals te dezen van toepassing, over een recht van voorkoop op de gronden die volgens hun bestemming dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de vennootschap.

Krachtens §3 van deze wetsbepaling kan het goed pas worden verkocht, be-

houdens de gevallen geregeld in §2 van deze bepaling, nadat de verkoper aan Waterwegen en Zeekanaal de gelegenheid heeft gegeven om het recht van voorkoop uit te oefenen.

Krachtens §4 van deze wetsbepaling, bij een verkoop uit de hand, zoals te de-zen, geeft de instrumenterende ambtenaar de Vlaamse Grondenbank kennis van de inhoud van de akte die is opgesteld onder de opschortende voorwaarde van niet uitoefenen van het recht van voorkoop, waarbij enkel de identiteit van de koper opengelaten wordt. De kennisgeving geldt als aanbod van verkoop. Waterwegen en Zeekanaal beschikt over een termijn van twee maanden na de kennisgeving om zijn recht van voorkoop uit te oefenen.

2. Uit deze bepalingen volgt dat de verkoper van gronden die volgens hun bestemming dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de eerste verweerster, het voorkooprecht moet aanbieden en dat de verkoop met een derde slechts kan worden gesloten onder de opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht van voorkoop.

Deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat de verkoper van gronden die volgens hun bestemming slechts ten dele dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de eerste verweerster, het voorkooprecht aanbiedt voor het geheel van deze gronden en de verkoop aan een derde gegadigde voor het geheel van deze gronden sluit onder de opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht van voorkoop.

3. Het onderdeel gaat ervan uit dat gronden die volgens hun bestemming niet dienstig kunnen zijn voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de eerste verweerster, niet het voorwerp kunnen zijn van het recht van voorkoop ook al worden zij door de verkoper verkocht samen met gronden waarop dit voorkooprecht wel rust.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

29 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*; de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Deconinck – *Gelijklopende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Wouters, Verbist en Mahieu.

Nr. 295

1^o KAMER - 29 april 2010

HOGER BEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN (HANDELSZAKEN EN SOCIALE ZAKEN INBEGREPEN) — ALLERLEI - TERGEND EN ROEKeloos HOGER BEROEP - SCHADEVERGOEDING - TOEKENNING - VOORWAARDE

De omstandigheid dat de appelrechters een deel van de vordering van de eiser die door de vrederechter als ontoelaatbaar was afgewezen, op grond van de argumenten in hoger beroep aangehaald toelaatbaar verklaren, sluit niet uit dat zij een schadevergoeding toekennen voor tergend en roekeloos hoger beroep, als blijkt dat dit deel van de vordering in elk geval niet gegrond is¹. (Art. 1072bis, Ger.W.)

(B. T. VME RESIDENTIE GOLF VAN LO)

ARREST

(AR C.09.0066.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 1 oktober 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Ieper, op verwijzing door het arrest van 6 oktober 2006.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Vijfde onderdeel

6. De omstandigheid dat de appelrechters een deel van de vordering van de eiser die door de vrederechter als ontoelaatbaar was afgewezen, op grond van de argumenten in hoger beroep aangehaald, toelaatbaar verklaren, sluit niet uit dat zij een schadevergoeding kunnen toekennen voor tergend en roekeloos hoger beroep, als blijkt dat dit deel van de vordering in elk geval niet gegrond is.

Het onderdeel dat uitgaat van het tegendeel, faalt naar recht.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

29 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*; de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijklopende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Geinger.

1° KAMER - 29 april 2010

**SCHENKINGEN EN TESTAMENTEN - SCHENKING DIE HET BESCHIKBAAR GEDEELTE
OVERSCHRIJDT - GEVOLG - VERMOMDE SCHENKING - TOEPASSELIJKHEID**

Een schenking die het beschikbaar gedeelte overschrijdt, is om die reden niet nietig, maar enkel vatbaar voor inkorting; het is daarbij zonder belang of de overschrijding doelbewust is gebeurd; deze regel is ook van toepassing op vermomde schenkingen¹. (Art. 920, B.W.)

(V. T. W. e.a.)

*Conclusie van advocaat-generaal met opdracht VAN INGELGEM:***I. SITUERING**

1. Eiseres betwistte, als enige reservataire erfgename, de eerdere verkoop door de erflaatster (haar moeder) van diens volledig aandeel in naakte eigendom (3/4) in een appartementsgebouw op lijfrente aan verweerders en zij vorderde de nietigverklaring daarvan.

2. Het bestreden arrest, dat het vonnis a quo bevestigt, verklaart het hoger beroep van eiseres ongegrond en verwerpt de door haar in ondergeschikte orde gestelde vordering in nietigverklaring van de bij de akte van verkoop vermomde schenking (omwille van de intentionele fraude tot miskennen van haar reservataire rechten in de nalatenschap van wijlen haar moeder) op grond van de overweging dat zelfs wanneer bewezen zou worden dat de vermomming met dit doel gebeurde, zulks niet tot de nietigheid van de schenking leidt, nu de rechten van de reservataire immers voldoende beschermd worden door de toepassing van de strengere regels die gelden inzake de schenkingen, meer bepaald inzonderheid inkorting.

3. Tegen deze beslissing voert eiseres een enig middel tot cassatie aan dat ervan uitgaat dat het bestreden arrest zijn beslissing aldus niet naar recht verantwoordt en de door haar als geschonden weerhouden wetsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek evenals de algemene rechtsbeginselen (fraus omnia corrumpit en het verbod op wetsontduiking) miskent.

II BESPREKING VAN HET MIDDEL

1. De vraag die derhalve in dit dossier centraal staat, is of een vermomde schenking die gebeurd is met als doorslaggevende reden de reserve van een reservataire erfgenaam aan te tasten, integraal nietig is wegens een ongeoorloofde oorzaak, dan wel enkel vatbaar is voor inkorting.

2. De wetten die de erfelijke reserve instellen, zijn van openbare orde. Zij hebben tot doel om bepaalde wettelijke erfgenamen een deel van de nalatenschap te garanderen die de erflater hen niet kan ontnemen².

3. Om rechtsgeldig te bestaan, dient een rechtshandeling een oorzaak te hebben. Wanneer een oorzaak in een overeenkomst niet is uitgedrukt en het bestaan of de geoorloofde van de oorzaak wordt betwist, moet de feitenrechter de oorzaak bepalen³. Zelfs zo een beding door de rechter ongeoorloofd wordt geacht, is het onontbeerlijk dat de wils-overeenstemming tussen de partijen wordt bewezen, opdat een overeenkomst rechtsgeldig tot stand zou komen⁴. De omstandigheid dat de oorzaak van een overeenkomst niet is uitgedrukt, maakt ze evenwel niet ongeldig⁵. Een overeenkomst met gesimuleerde oorzaak is

1 Zie de concl. van het O.M.

2 Cass. 30 maart 1944, AC, 1943-44, 131; Cass. 8 maart 1934, Pas., 1934, I, 211.

3 Cass. 17 mei 1991, AC, 1990-91, 927.

4 Cass. 12 juni 1980, AC, 1979-80, 1263.

5 Cass. 25 nov. 1982, AC, 1982-83, 425.

echter niet verbindend wanneer niet het bewijs van de werkelijke oorzaak wordt geleverd⁶.

4. De nietigheid van schenkingen op grond van artikel 893 van het B.W. mag worden ingeroepen door de rechtverkrijgende erfgenamen⁷.

5. Vermomde schenkingen houden veinzing in⁸. Een vermomde schenking in de zin van een schenking die gebeurt onder het mom van een rechtshandeling onder bezwarende titel, waarbij de partijen verklaren dat er een tegenprestatie moet worden geleverd, maar bij tegenbrief anders overeenkomen, is een vorm van veinzing waarbij partijen hun werkelijke overeenkomst verborgen houden door een geveinsde.

6. De rechter oordeelt op soevereine wijze, op grond van de feitelijke elementen van de zaak, over het al dan niet gesimuleerd karakter van deze akte⁹. Er is sprake van simulatie indien vaststaat dat de handeling in kwestie niet werkelijk gesteld is of wanneer partijen niet alle gevolgen van de gestelde handelingen hebben aanvaard of van de door hen verrichte handelingen hebben gewild¹⁰.

Wanneer de rechter vaststelt dat partijen bij een overeenkomst geveinsd hebben, kan hij aan deze overeenkomst de uitwerking geven die zij gewild hebben, en is hij niet verplicht het contract nietig te verklaren¹¹.

7. Veinzing is derhalve in principe geoorloofd en een vermomde schenking is in principe rechtsgeldig, ook al ligt de oorzaak van een schenking niet uitsluitend in de wil tot begiftiging, maar in die van de (hoofdzakelijke) beweegreden die de schenker gebracht heeft tot het geven of begiftigen¹².

Zo heeft uw Hof i.v.m. vermomde schenkingen tussen echtgenoten reeds herhaaldelijk beslist dat deze – ondanks de bewoordingen van artikel 1099 van het B.W. – niet nietig zijn, maar onderworpen aan inkorting tot het beschikbaar gedeelte¹³.

Hieruit volgt m.i. dat uw Hof van oordeel is dat wanneer de wet een beschikbaar deel naast een reserve instelt, en aldus de beschikkingsvrijheid slechts gedeeltelijk aan banden legt, de aantasting van die reserve enkel tot inkorting kan leiden, ook als de aantasting van de reserve doelbewust gebeurt.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt trouwens doorgaans aangenomen dat vermomde schenkingen niet nietig zijn, zelfs zo bewezen is dat de vermomming gebeurde om de rechten van de reservataire te ontzenuwen, nu die rechten voldoende worden beschermd door toepassing van de strengere regels die gelden inzake schenkingen¹⁴.

Waar het middel ervan uitgaat dat met toepassing van de gemeenrechtelijke regels inza-

6 Cass. 16 jan. 1981, *AC*, 1980-81, 531.

7 Cass. 19 mei 1994, *AC*, 1994, 504.

8 R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, III, Brussel Bruylant; 1971, 584, nr. 990; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII/1, 598, nr. 508.

9 Cass. 26 maart 1953, *AC*, 1953, 513.

10 Cass. 4 jan. 1991, *AC*, 1990-91, 466; Cass. 19 okt. 1965, *Pas.*, 1966, I, 231.

11 Cass. 17 mei 1934, *Pas.*, 1934, I, 283.

12 Cass. 16 nov. 1989, *AC*, 1989-90, 371.

13 Cass. 19 dec. 1991, *TBBR.*, 1993, 153, met noot Ph. De Page; Cass. 26 jan. 1928, *Pas.*, 1928, 63; Cass. 29 dec. 1865, *Pas.*, 1866, 241.

14 M. PUELINCK – COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, Overzicht van de rechtspraak. Giften (1993 – 1998), *TPR.*, 1999 (779), 955, nr. 282; M. PUELINCK – COENE, J. VERSTRAETEN, N. GEELHAND, Overzicht van de rechtspraak. Erfeniossen (1988 – 1995), *TPR.*, 1997 (133), 353, nr. 271, en noot 1249; P. VAN OMMESLAGHE, La simulation et droit des obligations, in *Les obligations contractuelles*, P.A. Foriers (ed.), Jeune Barreau Bruxelles, 2000, (147), 179, nrs. 33 en 34; A. VERBEKE, Commentaar bij artikel 893 *BW.*, in Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtsgrond en rechtsleer, Kluwer, losbl., B.W. art. 893 – 34 tot – 37.

ke de ongeoorlooftheid van de oorzaak van de overeenkomst¹⁵ wegens strijdigheid met een bepaling van openbare orde¹⁶ (zoals te dezen de wettelijke reserve), in de regel zou moeten besloten worden tot de nietigheid van de volledige overeenkomst wanneer blijkt dat het omzeilen van het dwingend voorschrift (één van) de doorslaggevende beweegreden(en) was van de overeenkomst¹⁷, komt het mij evenwel voor dat, voor zover een schenking die de reserve doelbewust aantast een ongeoorloofde oorzaak heeft, dit slechts zo is in de mate waarin de schenking de reserve ook effectief aantast¹⁸.

Immers, de reserve maakt het vermogen van de schenker slechts in beperkte mate onbeschikbaar. In de mate waarin de doelbewuste onterving van de reservataire erfgenaam tot het beschikbaar deel beperkt blijft, is deze alleszins geoorloofd. Trouwens het bestaan van de reserve op zich toont m.i. aan dat de onterving als dusdanig niet ongeoorloofd is. Dat de onterving verder gaat dan wettelijk toegestaan, maakt evenwel niet dat de schenker of de erflater daardoor het recht verliest om een bepaalde erfgenaam het beschikbaar deel te ontzeggen en dat daardoor de onterving in zijn geheel ongeoorloofd zou zijn of een ongeoorloofde oorzaak heeft. In die mate lijkt de inkorting op zich dan ook een afdoende bescherming voor de reservataire erfgenaam, nu ze er immers toe leidt dat de onterving tot het beschikbaar deel beperkt wordt en in de mate waarin ze ongeoorloofd is, ongedaan wordt gemaakt.

In het verlengde hiervan is er m.i. trouwens geen enkele aanwijzing dat de wetgever de inkortingsregeling heeft willen beperken tot onbewuste of ongewilde schendingen van de reserve, zodat dergelijke regeling niet zozeer een afwijking lijkt te vormen op de algemene regel dat de verbintenis met ongeoorloofde oorzaak nietig is, maar eerder een modulering inhoudt van die regel op het specifieke geval van de gedeeltelijk beperkte beschikkingsvrijheid van de erflater – schenker.

In die redenering is dan ook alleen de vermomming ongeoorloofd, maar blijft de schenking op zich rechtsgeldig nu zij ook rechtstreeks had kunnen gebeuren, weliswaar steeds onder voorbehoud van inkorting¹⁹. De enige sanctie dient dan ook de toepassing te zijn van de regel die men wenste te omzeilen.

Dergelijke benadering sluit aan bij de moduleerbaarheid of flexibiliteit van de radicale nietigheidssanctie in die mate dat de nietigheid maatwerk moet blijven en nooit verder mag reiken dan haar doel noodzakelijk maakt²⁰.

Ook het Franse Hof van Cassatie oordeelde bij arrest van 2 februari 1971 dat de enige sanctie van de vermomde schenking de inkorting is, ook al is de doorslaggevende beweegreden van de schenking het miskennen van de erfrechtelijke reserve²¹.

In de mate waarin de onterving aldus binnen de grenzen van het beschikbaar gedeelte blijft, is de wet niet geschonden, en hebben de appelrechters – door te beslissen dat de vermomde schenking enkel kan ingekort worden (zelfs als bewezen zou worden dat de vermomming gebeurde om de rechten van de reservataire te ontzenuwen) – het algemeen

15 Art. 1131 en 1133 B.W.

16 Art. 6 B.W.

17 Zie o.m. J. DU MONGH, Inbreng en inkorting, in *De Vereffening van de nalatenschap*, W. PINTENS (ed.), Intersantia, 2007, (83), 136-137, nr. 53.

18 J. DE CONINCK, De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht, in *Inhoud en werking van de overeenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht*, Intersantia, 2005, 187 – 221, 217.

19 Art. 920 – 922 B.W.

20 S. STIJNS, Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming, in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersantia, 2002, 238 – 239.

21 Cass. fr. 2 feb. 1971, *Rev. Not. B.*, 1971, 643; I. NAJJAR, Donation, in *Répertoire de droit civil*, V, Dalloz, 2008, 40, nr. 268 in de daar geciteerde rechtspraak.

rechtsbeginsel van het verbod op wetsontduiking²² en van *fraus omnia corrumpit*²³ niet miskent.

Uit voormelde beschouwingen leid ik dan ook af dat het middel, dat ervan uitgaat dat de mogelijkheid tot inkorting niet uitsluit dat de vermomde schenking – waarvan één van de doorslaggevende beweegredenen de aantasting van de rechten van de reservataire erfgenamen is – integraal nietig is, berust op een m.i. onjuiste juridische stelling en derhalve faalt naar recht.

III. CONCLUSIE: VERWERPING

ARREST

(AR C.09.0169.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 30 juni 2008 gewezen door het hof van beroep te Gent.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen

- de artikelen 6, 815, 893, 894, 913, 915, 920, 921, 922, 931, 1108, 1122, 1131, 1133, 1321, 1350, 1^o, 1165 en 1167 van het Burgerlijk Wetboek;

- het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*, zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133, 1350, 1^o en 1167 van het Burgerlijk Wetboek;

- het algemeen rechtsbeginsel van het verbod op wetsontduiking, zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133 en 1350, 1^o, van het Burgerlijk Wetboek.

Bestreden beslissing

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van de eiseres ongegrond en verweerders' incidenteel beroep in beperkte mate gegrond, bevestigt het vonnis a quo, waarbij eiseres' vordering in nietigverklaring van de verkoop van 22 december 1995 werd verworpen en waarbij de vordering van de verweerders in uitonverdeeldheidtrekking van het appartementsgebouw te Wetteren, Markt 14, gegrond wordt verklaard, en een notaris werd aangesteld, en verwerpt de door de eiseres in ondergeschikte orde gestelde vordering in nietigverklaring van de bij akte van verkoop van 22 december 1995 vermomde schenking omwille van de intentionele fraude tot miskenning van de reservataire rechten van de eiseres in de nalatenschap van wijlen I.R., en dit op volgende gronden:

"Verder blijkt uit de verklaring van (de verweerder) (stukken 39-43 aanvullend strafdossier O.R. 2002/099/3) en de informatie verstrekt door de nv Fortis Bank dat (de verweerder):

- de 'koopprijs' van het appartement gelegen te Wetteren, Markt 14 (cf. infra) van 2.000.000 frank, thans 49.578,70 euro, alsook de notariskosten ad 1.654.000 frank, thans 41.001,59 euro, betaalde met fondsen afkomstig van de litigieuze spaarrekening van de FV (Feitelijke Vereniging) 'Roekeloos' en dit bedrag gestort werd op de zichtrekening

22 Cass. 14 nov. 2005, AR C.04.0084.F, *Pas.*, 2005, 2241 en *RW*, 2007 – 08, 486, met noot van W. RAUWS.

23 Cass. 6 nov. 2007, AR P.07.0627.N, *AC*, 2007, nr. 527; Cass. 6 nov. 2002, AR P.01.1108.F, *Pas.* 2002, nr. 584 met concl. van adv.-gen. SPREUTELS.

001-0268692-78 (op) naam van wijlen I.R., waarna (de verweerder) zelf dit bedrag terug overschreef op de spaarrekening van de FV 'Roekeloos';

- de overeengekomen lijfrente, zijnde 600.000 frank, thans 14.873,61 euro, per semester, eveneens betaalde van de rekening van de FV 'Roekeloos' op de zichtrekening van wijlen I.R. en nadien deze bedragen van deze zichtrekening terug stortte aan de FV 'Roekeloos', zodat in totaal op die wijze een bedrag van 1.800.000 frank, thans 44.620,83 euro, werd 'betaald'.

Dit wordt tevens bevestigd door de verklaring van (de verweerder) (stukken 45-47 aanvullend strafdossier O. R. 2002/099/3).

(...)

Boven werd reeds besloten dat uit de voorhanden zijnde gegevens genoegzaam bewezen voorkomt dat de financiering van de FV 'Roekeloos' uitsluitend gebeurde door wijlen I.R. en meer bepaald door al haar effecten en obligaties die zij had verkocht en het geld 'in te brengen in de feitelijke vereniging'(m.a.w. op deze rekening te plaatsen).

Het (hof van beroep) vermag tevens te besluiten dat deze FV 'Roekeloos' een eerder fictieve (banktechnische) constructie was om de gelden van wijlen I.R. te 'vrijwaren' bij haar overlijden.

Overigens blijkt nergens uit het strafdossier dat er een schriftelijke overeenkomst tussen de leden van de FV 'Roekeloos' voorhanden was en (de verweerder) verklaarde trouwens aan de verbalisanten:

'Omtrent het financieren van deze feitelijke vereniging waren er geen statuten'. (cf. stuk 40 aanvullend strafonderzoek dossier O.R. 102/98/3)

M.a.w. kan besloten worden dat er geen afgescheiden vermogen bestond tussen FV 'Roekeloos' en wijlen I.R. en dat de gelden van de FV 'Roekeloos' hoe dan ook tot het vermogen van wijlen I.R. bleven behoren.

(De verweerder) verklaarde ten andere duidelijk:

'Het is inderdaad juist dat Mevr. I.R. de verkoop van haar eigen appartementen zelf financierde via de feitelijke vereniging roekeloos waarvan het kapitaal van haar zelf was'.

(cf. stuk 41 aanvullend strafonderzoek dossier O.R. 102/98/3).

D.4. de vordering met betrekking tot het appartementsgebouw te Wetteren, Markt 14

D.4.a. Zoals boven reeds gesteld verkocht wijlen I.R. bij akte van 22 december 1995, verleden voor het ambt van Uytterhaegen Christiaan, notaris te Wetteren, haar volledig aandeel in de naakte eigendom in het appartementsgebouw gelegen te Wetteren, Markt 14, gekadastraerd sectie E nummer 289 S, groot 4a 70ca (zijnde 3/4 naakte eigendom) op lijfrente aan (de verweerdere), mits betaling van een som van 2.000.000 frank, thans 49.578,70 euro en een lijfrente van 600.000 frank, thans 14.873,61 euro, 6-maandelijks te betalen, de eerste maal op 5 februari 1996.

Het (hof van beroep) verwijst hiervoor tevens naar pagina 16-17 van het bestreden vonnis waar de 'algemene voorwaarden' onder welke deze overeenkomst werd gesloten, werden geciteerd.

Tevens verwijst het (hof van beroep) naar de verklaringen die hieromtrent door (de verweerdere) in het strafonderzoek werden afgelegd en welke uitvoerig werden weergegeven op pagina 17 tot en met 18 van het bestreden vonnis.

Hieruit blijkt duidelijk dat (de verweerdere) in werkelijkheid niets betaalden ter verwerving van de drie vierden naakte eigendom van het appartementsgebouw van wijlen I.R. gezien:

- zowel de koopsom en de 'notariskosten' (bedoeld wordt de registratierechten en het

ereloon van de notaris);

- als de drie gedane 'betalingen' van de lijfrente;

door (de verweerder) werden betaald via de rekening van de FV 'Roekeloos' op de zichtrekening van wijlen I.R., waarna deze gelden alsdan van deze zichtrekening opnieuw werden overgemaakt op de rekening van de FV 'Roekeloos'.

Boven werd dit 'systeem' reeds nader belicht en het volstaat hiernaar te verwijzen.

D.4.b. De eerste rechter oordeelde dat aan de hand van de voorliggende gegevens en inzonderheid de verklaringen van (de verweerders) zelf op genoegzame wijze werd aangetoond dat waar naar buiten toe een koop-verkoopovereenkomst werd gesloten, dit eigenlijk geen overeenkomst ten bezwarende titel betrof maar wel een vermomde schenking.

De feitenrechter bepaalt soeverein of een rechtshandeling te kwalificeren is als een vermomde schenking dan wel als een handeling ten bezwarende titel.

M.a.w. is hij niet gebonden door de kwalificatie die de contractspartijen aan hun overeenkomst hebben gegeven, maar de werkelijke wil van deze partijen dient te worden nagegaan en te prevaleren.

Uit de verklaringen van (de verweerders) naar aanleiding van het strafonderzoek blijkt duidelijk dat hoe dan ook hun wil er niet in bestond om terzake de naakte eigendom in het appartementsgebouw aan te kopen, doch wel dat zij dit zouden krijgen zonder iets te betalen.

Hierover kan geen discussie bestaan.

Zij bevestigden ook dat dit de wil was van wijlen I.R..

(De verweerder) verklaarde uitdrukkelijk: 'Ik herhaal nogmaals dat het de uitdrukkelijke wil was van Mevr. I.R. dat haar dochter geen gelden zou ontvangen uit haar erfenis. Om dit te bekomen werd dit systeem opgericht. Volgens mij werd haar deze oplossing aangeboden door Mr. D.P. .

Op uw vraag moet ik bevestigend antwoorden dat in feite mijn vrouw en ik deze appartementen gratis hebben bekomen. Het is inderdaad juist dat Mevr. I.R. de verkoop van haar eigen appartementen zelf financierde via de feitelijke vereniging Roekeloos waarvan het kapitaal van haar zelf was.

Ik en mijn vrouw hebben nooit een financiële inbreng gehad in de FV en in de aankoop van het appartementsgebouw.

Het was de uitdrukkelijke wil van Mevr. I.R. dat de appartementen naar ons zouden gaan zonder dat het ons zelf één frank mocht kosten'.

(...)

(De verweester) verklaarde:

'Het is inderdaad juist dat Mevr. I.R. het appartementsgebouw aan ons verkocht maar dat wij haar betaalden via FV Roekeloos en de gelden ervan. Wat er in feite op neer komt dat wij haar betaalden met haar eigen geld. De aankoop van het appartementsgebouw heeft ons dus geen frank gekost.

Het was de uitdrukkelijke wil van Mevr. I.R. dat dit zo verliep'.

(cf. stuk 47 aanvullend strafonderzoek dossier G.R. 102/98/3).

Het feit dat wijlen I.R. (de eiseres) (zoveel als mogelijk) wou 'onterven' blijkt niet alleen duidelijk uit de door haar opgestelde geschriften (stukken 4 (verweerders)) doch loopt ook als een rode draad door de strafdossiers.

Dat zij ten dien einde een 'systeem' uitwerkte (of liet uitwerken) via de FV 'Roekeloos' blijkt niet alleen uit de verklaringen van (de verweerders) zelf doch tevens uit de gelijklopende verklaringen van de aanvankelijke 'bestuursleden' van deze FV (stukken 50-94 aan-

vullend strafdossier O.R. 2002/099/3).

Aldus vermag het (hof van beroep), samen met de eerste rechter, aan te nemen dat er genoegzaam bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat ook in hoofde van wijlen I.R. in werkelijkheid de wil bestond om haar bedoeld (onverdeeld) aandeel in het appartementsgebouw aan (de verweerders) te schenken in plaats van te verkopen.

Wanneer blijkt dat:

- enerzijds de betaling van:

- de bedongen prijs van 2.000.000 frank, thans 49.578,70 euro;
- de termijnen van lijfrente;

via de constructie van de FV 'Roekeloos' door (de verweerders) als kopers betaald werden met eigen penningen van wijlen I.R. en nadien de overeenstemmende bedragen opnieuw werden gestort van de rekening van wijlen I.R. naar de rekening van de FV 'Roekeloos';

- anderzijds het duidelijk is dat deze 'werkwijze' de goedkeuring wegdroeg van zowel (de verweerders) als wijlen I.R.;

moet aldus met zekerheid aanvaard worden dat van meet af aan het opzet heeft bestaan om de verkoop, met kwitanties over de prijs, als een vermomming van een schenking te laten dienen.

(...)

D.4.e. (De eiseres) meent dat indien het (hof van beroep) een verdoken schenking aanvaardt, deze een ongeoorloofde oorzaak heeft, strijdig met de openbare orde, gezien deze verdoken schenking gebeurde met de bedoeling inbreuk te plegen op haar reservataire aanspraken.

Zij meent dat derhalve deze verdoken schenking nietig is. Dit kan evenwel niet worden onderschreven.

Sinds geruime tijd nemen zowel de Belgische rechtspraak als de Belgische rechtsleer eenparig de geldigheid aan van vermomde schenkingen.

Hiertoe moet evenwel voldaan zijn aan de volgende voorwaarden.

1. De voorliggende akte onder bezwarende titel moet vooreerst de schijn wekken en voorkomen als een akte ten bezwarende titel, zowel naar vorm als naar inhoud. Mocht de akte daarentegen duidelijk voorkomen als zijnde een schenking, dan dient zij te worden vernietigd wegens schending van de in artikel 931 BW bepaalde voorschriften.

2. De akte onder bezwarende titel die een schenking vermomt, moet beantwoorden aan al de gestelde vereisten waaraan een dergelijke akte ten bezwarende titel moet voldoen, zowel naar inhoud als naar vorm.

3. De derde voorwaarde betreft de verborgen schenking zelf. Zij moet voldoen aan alle vereisten die gelden voor een gewone schenking, de vormvoorschriften uitgezonderd. De voorschriften inzake inbreng en inkorting, aanvaarding door de begiftigde, (on)bekwaamheid tot geven en krijgen en de regels inzake het voorbehouden en het beschikbaar gedeelte zijn bijgevolg onverkort van toepassing.

Aan deze voorwaarden is hoe dan ook voldaan.

Zelfs wanneer bewezen zou worden dat de vermomming gebeurde om de rechten van de reservataire te ontzenuwen, leidt zulks niet tot de nietigheid van de schenking.

De rechten van de reservataire worden immers voldoende beschermd door de toepassing van de strengere regels die gelden inzake schenkingen: toevoeging bij de fictieve massa, aanrekening op het beschikbaar deel en eventueel en inzonderheid inkorting.

(...)

D.6. De door (de verweerders) gevorderde vereffening en verdeling

Ook hier dient de beslissing van de eerste rechter te worden bijgetreden nu er geen redenen zijn om de overeenkomst van 22 december 1995 als verkoop of vermomde schenking nietig te verklaren, zodat er tussen partijen met betrekking tot het appartementsgebouw, gelegen te Wetteren, Markt 14, een onverdeeldheid bestaat en (de verweerders) overeenkomstig artikel 815 BW de vereffening en verdeling ervan vorderen" (...).

Grieven

1. Luidens artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek hangt de geldigheid van een overeenkomst af van het bestaan van een geoorloofde oorzaak van de verbintenis.

Artikel 1131 van hetzelfde wetboek bepaalt dat de verbintenis, aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak, geen gevolg kan hebben.

Krachtens artikel 1133 van het Burgerlijk Wetboek is de oorzaak ongeoorloofd wanneer zij door de wet verboden is of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde.

Artikel 6 van voornoemd wetboek bepaalt dat aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kan gedaan worden.

Het volstaat dat de doorslaggevende beweegreden, of één van de doorslaggevende beweegredenen, ongeoorloofd is, om tot de nietigheid van de overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak te besluiten.

De artikelen 913 en 915 van het Burgerlijk Wetboek die het beschikbaar gedeelte en bijgevolg de wettelijke erfrechtelijke reserve vaststellen, zijn van openbare orde, minstens van dwingend recht.

Overeenkomstig de artikelen 920, 921 en 922 van het Burgerlijk Wetboek kunnen de beschikkingen, hetzij, onder de levenden, hetzij, ter zake des doods, die het beschikbaar gedeelte overschrijden, na het openvallen van de erfenis tot dat gedeelte ingekort worden.

2. Luidens artikel 1321 van het Burgerlijk Wetboek kunnen tegenbrieven enkel tussen de contracterende partijen gevolg hebben en werken zij niet tegenover derden.

Veinzing, waarbij partijen hun werkelijke overeenkomst verborgen houden door een geveinsde overeenkomst, is in principe geoorloofd, tenzij, overeenkomstig voornoemde artikelen 6, 1108, 1131, 1133 van het Burgerlijk Wetboek, één van de doorslaggevende beweegredenen is afbreuk te doen aan de rechten van derden of regels van openbare orde of van dwingend recht te omzeilen.

Bij de schenking, die overeenkomstig artikel 894 van het Burgerlijk Wetboek een akte is waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet ten voordele van de begiftigde, ligt de oorzaak niet uitsluitend in de vrijgevege bedoeling van de schenker, maar in de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem heeft voorgezeten en die hem ertoe heeft gebracht die gift of schenking te doen.

Een vermomde schenking, i.e. een schenking die gebeurt onder het mom van een rechtshandeling onder bezwarende titel, waarbij de partijen verklaren dat er een tegenprestatie moet worden geleverd, maar bij tegenbrief anders overeenkomen, is een vorm van veinzing. De vermomde schenking is in principe rechtsgeldig, ook al kan men, naar luid van artikel 893 van het Burgerlijk Wetboek, op geen andere wijze over zijn goederen om niet beschikken dan bij schenking onder de levenden of bij testament met inachtneming van de wettelijk bepaalde vormen en voldoet de vermomde schenking niet aan de vormvereisten van artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek. De vermomde schenking is evenwel, overeenkomstig voornoemde artikelen 6, 1108, 1131, 1133 van het Burgerlijk Wetboek, nietig wanneer één van de doorslaggevende beweegredenen beoogt afbreuk te

doen aan de rechten van derden of regels van openbare orde of van dwingend recht te omzeilen.

Zo een vermomde schenking, zoals alle schenkingsvormen, onderworpen is aan de grondvereisten van de schenking, en met name overeenkomstig artikel 920 van het Burgerlijk Wetboek kan worden ingekort wanneer ze het beschikbaar gedeelte overschrijdt, is de sanctie van een vermomde schenking waarvan één van de doorslaggevende beweegredenen de aantasting is van de reserve, overeenkomstig de artikelen 6, 1108, 1131, 1133 van het Burgerlijk Wetboek, de volledige nietigheid.

De rechten van de reservataire worden niet voldoende beschermd door de schenkingsregels die de inkorting voorschrijven van de schenkingen boven het beschikbaar gedeelte, wanneer de schenking op vermomde wijze gebeurde en met de doorslaggevende beweegreden de reserve te miskennen. Slechts de sanctie van de volledige nietigheid van dergelijke vermomde schenking kan de betrokkenen ervan weerhouden de reserve op bedrieglijke wijze aan te tasten.

Bovendien miskent de overeenkomst tussen partijen om de schenking op vermomde wijze tot stand te brengen en ze te verbergen via een geveinsde verkoop teneinde aldus afbreuk te doen aan de rechten van de reservataire erfgenamen, het algemeen rechtsbeginsel van het verbod op wetsontduiking, zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133 en 1350, 1^o, van het Burgerlijk Wetboek, nu partijen een principieel geoorloofd procédé van veinzing gebruiken, met name de vermomde schenking, om een resultaat na te streven dat strijdig is met de openbare orde, m.n. de aantasting van de reserve en het vermijden van een vordering tot inkorting. Alleszins kan aan dergelijke overeenkomst geen rechtsgevolgen verbonden worden op grond van het algemeen rechtsbeginsel "fraus omnia corrumpit", zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133, 1350, 1^o en 1167 van het Burgerlijk Wetboek, dat verbiedt bedrog of oneerlijkheid aan te wenden om schade te berokkenen of winst te behalen.

De erfgenaam rechtverkrijgende onder algemene titel van de schenker, die, overeenkomstig de artikelen 1122 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek, in de regel in alle rechten en verplichtingen van zijn rechtsvoorganger treedt, doch die in voornoemde omstandigheden de nietigheid vordert van een vermomde schenking door zijn rechtsvoorganger wegens ongeoorloofde oorzaak omwille van de bedrieglijke aantasting van zijn reserve, oefent niet het recht uit van zijn rechtsvoorganger, doch een eigen recht hem door de wet toegekend, inzonderheid de artikelen 913, 920, 921 en 922 van het Burgerlijk Wetboek, in samenhang gelezen met de artikelen 6, 1108, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek.

3. De eiseres, enig kind van wijlen I.R., en, overeenkomstig artikel 913 van het Burgerlijk Wetboek, reservataire erfgenaam, vorderde te dezen voor de appelrechters, in ondergeschikte orde, in zoverre het bestaan van een vermomde schenking zou worden aangenomen via de akte van koop-verkoop verleden op 22 december 1995 tussen de verweerders en wijlen I.R., de nietigverklaring van deze vermomde schenking "omwille van de intentionele fraude tot miskennen van de reservataire rechten van (de eiseres) in de nalatenschap van wijlen mevrouw I.R." (...).

De eiseres voerde in dit verband in conclusie voor de appelrechters volgende omstandigheden aan, waaruit blijkt dat, volgens de eiseres, de "determinerende oorzaak" van de vermomde schenking de aantasting van haar reserve was, en dat om die reden de vermomde schenking nietig is wegens ongeoorloofde oorzaak:

"Indien het bestaan van een verborgen schenking wordt aangenomen dan is er een ongeoorloofde oorzaak voor deze schenking, strijdig met de openbare orde of van dwingend recht.

De vermomde schenking gebeurde met de bedoeling inbreuk te plegen op de reservataire aanspraken van (de eiseres) en is derhalve nietig (Gent, 13.03.1995, T. Not. 1996; Paul

Delnoy 'Les libéralités et les successions' ed. 2004, blz. 239 nr. 179 C: Tout acte qui aurait pour effet de restreindre directement ou indirectement le droit des réservataires serait nul comme contraire à des dispositions légales impératives'. (vertaling: Iedere handeling met het oog op het rechtstreeks of onrechtstreeks beperken van rechten van de reservataire erven is nietig wegens strijdigheid met de principes van dwingend recht.)

(De verweerders) geven zelf aan dat de determinerende oorzaak van de koop-verkoop was:

'Feit ten slotte is dat de hele constructie aangaande de koop-verkoop en de FV Roeke-loos er dan ook kwam op initiatief van mevrouw I.R.. Hierbij had ze een dubbel doel: zo weinig mogelijk gelden achter laten voor haar hebzuchtige dochter, enkel genoeg om de begrafenis mee te financieren en (de verweerders) bedanken voor de hulp die zij haar boden in haar laatste levensjaren (...) (zie besluiten van de (verweerders) op blad 15, paragraaf 4).

Mevrouw I.R. heeft volgens (de verweerders):

- de constructie van een verkoop van haar eigendomsrechten in het appartementsgebouw te Wetteren, Markt 14 bedacht met notaris Uytterhaegen;

- de gelden in de bank (ASLK/Fortis) ondergebracht in de Feitelijke Vereniging Roeke-loos met hulp van de bank ASLK;

en aldus betracht om maximaal en met miskenning van de reserve van (de eiseres) de rechten van (de eiseres) in haar nalatenschap te ontnemen.

('zo weinig mogelijk gelden achter laten voor haar hebzuchtige dochter, enkel genoeg om de begrafenis mee te financieren' dixit (de verweerders) in hun besluiten).

De vermomde schenking was een onderdeel van de strategie om het reservataire deel van (de eiseres) in de nalatenschap van haar moeder te frauderen" (...).

4. De appelrechters oordelen dat de litigieuze verkoop van 22 december 1995 een vermomde schenking is, waarbij wijlen I.R. met de verweerders een systeem opzette waarbij de overeengekomen prijs en lijfrente door haarzelf, via de feitelijke vereniging "Roeke-loos", werd betaald, en stellen in dit verband ook vast:

- dat volgens de uitdrukkelijke verklaring van verweerder "het de uitdrukkelijke wil was van Mevr. I.R. dat haar dochter geen gelden zou ontvangen uit haar erfenis; (en dat) om dit te bekomen dit systeem (werd) opgezet" (...);

- "(Dat) het feit dat wijlen I.R. (de eiseres) (zoveel als mogelijk) wou 'onterven' niet alleen duidelijk (blijkt) uit de door haar opgestelde geschriften (...) doch loopt ook als een rode draad door de strafdossiers" (...).

Het bestreden arrest verwerpt de door de eiseres gevorderde nietigheid van de verdoken schenking wegens ongeoorloofde oorzaak, met name met de bedoeling inbreuk te plegen op de reservataire aanspraken van de eiseres, op grond van de overwegingen "(dat) zelfs wanneer bewezen zou worden dat de vermomming gebeurde om de rechten van de reservataire te ontzenuwen, zulks niet tot de nietigheid van de schenking (leidt) (nu) de rechten van de reservataire immers voldoende beschermd (worden) door de toepassing van de strengere regels die gelden inzake schenkingen: toevoeging bij de fictieve massa, aanrekening op het beschikbaar deel en eventueel en inzonderheid inkorting" (...).

De omstandigheid dat de vermomde schenking kan worden ingekort wanneer zij het beschikbaar gedeelte overschrijdt, sluit echter niet uit dat de vermomde schenking waarvan één van de doorslaggevende beweegredenen de aantasting is van de rechten van een reservataire erfgenaam, een ongeoorloofde oorzaak heeft, en op die grond nietig is, minstens omwille van het bedrieglijk opzet afbreuk te doen aan de rechten van de reservataire erfgenaam, en dit met toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* en

het algemeen rechtsbeginsel van het verbod op wetsontduiking.

Door derhalve, op de gronden die het bevat, de door de eiseres aangevoerde nietigheid van de vermomde schenking te verwerpen en de nietigheid van de vermomde schenking uit te sluiten, ook al zou de vermomming gebeurd zijn om eiseres' rechten als reservatair "te ontzenuwen", en aldus, impliciet doch zeker, de mogelijke nietigverklaring van de vermomde schenking wegens ongeoorloofde oorzaak, bestaande uit de doorslaggevende beweegreden afbreuk te doen aan de rechten van eiseres als reservatair erfgenaam, uit te sluiten, zonder in feite vast te stellen dat te dezen de doorslaggevende beweegreden afbreuk te doen aan de rechten van eiseres als reservatair erfgenaam, niet is aangetoond, minstens niet uit te sluiten dat dit één van de doorslaggevende beweegredenen van de vermomde schenking was, miskent het bestreden arrest de artikelen 6, 893, 894, 913, 915, 920, 921, 922, 931, 1108, 1122, 1131, 1133, 1321, 1350, 1^o, 1165 en 1167 van het Burgerlijk Wetboek, evenals het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*, zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133, 1350, 1^o en 1167 van het Burgerlijk Wetboek, en het algemeen rechtsbeginsel van het verbod op wetsontduiking, zoals ondermeer bevestigd door de artikelen 6, 1131, 1132, 1133 en 1350, 1^o, van het Burgerlijk Wetboek, en kon het dienvolgens ook niet wettig verweerders' vordering in vereffening en verdeling van het appartementsgebouw gegrond verklaren op grond van artikel 815 van het Burgerlijk Wetboek, naar luid waarvan niemand kan worden genoodzaakt in onverdeeldheid te blijven en de verdeling te allen tijde kan worden gevorderd niettegenstaande enige hiermee strijdige verbodsbepaling of overeenkomst (schending van artikel 815 van het Burgerlijk Wetboek evenals van alle hiervoren aangehaalde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Artikel 920 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat beschikkingen, hetzij onder de levenden, hetzij ter zake des doods, die het beschikbaar gedeelte overschrijven, na het openvallen van de erfenis tot dat gedeelte kunnen worden ingekort.

2. Een schenking die het beschikbaar gedeelte overschrijdt, is om die reden niet nietig, maar enkel vatbaar voor inkorting. Het is daarbij zonder belang of de overschrijving doelbewust is gebeurd.

Deze regel is ook van toepassing op vermomde schenkingen.

3. Het middel, dat ervan uitgaat dat de mogelijkheid tot inkorting niet uitsluit dat de vermomde schenking waarvan één van de doorslaggevende beweegredenen de aantasting van de rechten van een reservataire erfgenaam is, integraal nietig is, gaat uit van een verkeerde rechtsopvatting.

Het middel faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

29 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*; de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met

opdracht – *Advocaat*: mr. Geinger.

Nr. 297

1° KAMER - 29 april 2010

1° EUROPESE UNIE — VERDRAGSBEPALINGEN — BEGINSELS - ARTIKELEN 33.1, 34.1 EN 36 EEX-VERORDENING - IN EEN ANDERE LID-STAAT GEGEVEN BESLISSING - ERKENNING - TENUITVOERLEGGING - ONDERZOEK VAN JUISTHEID - TOETSING AAN HET GEMEENSCHAPSRECHT - TAAK VAN DE RECHTER

2° UITVOERBAARVERKLARING - ARTIKEL 38.1 EEX-VERORDENING - IN EEN ANDERE LID-STAAT GEGEVEN BESLISSING - ERKENNING - TENUITVOERLEGGING - ONDERZOEK VAN JUISTHEID - TOETSING AAN HET GEMEENSCHAPSRECHT - TAAK VAN DE RECHTER

3° CASSATIE — VERNIETIGING. OMVANG — BURGERLIJKE ZAKEN - VERNIETIGING VAN DE BESLISSING OP DERDENVERZET - NAUW VERBAND MET DE IN HOGER BEROEP GEWEZEN BESLISSING - GEVOLG

1° en 2° *Het is de rechter van een Lid-Staat, die verzocht wordt een in een andere Lid-Staat gegeven beslissing te erkennen en ten uitvoer te leggen, verboden de juistheid van die beslissing te onderzoeken en ze te toetsen aan het gemeenschapsrecht; hij kan de erkenning en de tenuitvoerlegging ervan niet weigeren op grond van dit verboden onderzoek (1).* (Artt. 33.1, 34.1, 36 en 38.1, E.E.X.-Verordening)

3° *De vernietiging van de beslissing gewezen op derdenverzet houdt de vernietiging in van de beslissing gewezen op hoger beroep die eerst genoemde beslissing heeft hervormd en er nauw verband mee houdt¹.*

(GOEBEL & KUHLMANN GmbH., vennootschap naar Duits recht, T. TOPS FOODS nv en T. TOPS FOODS nv T. GOEBEL & KUHLMANN GmbH., vennootschap naar Duits recht)

Conclusie van advocaat-generaal met opdracht Van Ingelgem:

I. SITUERING

1. Partijen hadden een agentuurovereenkomst afgesloten (i.v.m. een speciaal procédé voor verse kant- en klaar maaltijden). Het verbreken van die overeenkomst gaf aanleiding tot een gerechtelijke procedure in Duitsland (Landgericht Koblenz) waarin de Belgische NV veroordeeld werd tot voorlegging van bepaalde stukken en documenten m.b.t. de in uitvoering van de overeenkomst verrichte handelsactiviteiten.

1.1. De Duitse vennootschap vroeg (en bekwam) machtiging tot tenuitvoerlegging van die beslissing in België, maar ingevolge derdenverzet door de Belgische vennootschap werd het verleende exequatur teniet gedaan (vonnis E.A. Turnhout van 6 maart 2008).

1.2. Tegen dit vonnis stelde de Duitse vennootschap zowel cassatieberoep in (C.09.0176.N) als hoger beroep.

1.3 Het hof van beroep (Antwerpen dd. 22 april 2009) hervormde het vonnis a quo. Tegen dit arrest werd door de Belgische vennootschap cassatieberoep ingesteld (C.09.0479.N).

¹ Zie de concl. van het O.M.

II SAMENVOEGING VAN DE ZAKEN

2. In het kader van een behoorlijke procesordening en gelet op het onderling zo nauw verbonden zijn van de rechtsvorderingen die betrekking hebben op beslissingen in hetzelfde geschil waaromtrent in eerste aanleg en in hoger beroep uitspraak werd gedaan, komt het mij voor dat de beide cassatieberoepen moeten gevoegd worden.

III. BESPREKING VAN DE MIDDELEN

3.1 Waar ik initieel de mening was toegedaan dat (ingevolge de beoordeling van het geschil door het inmiddels tussengekomen eindarrest van het hof van beroep) het cassatieberoep tegen het vonnis van 6 maart 2008 alsdan geen bestaansreden meer had², heb ik omwille van de evolutie in deze aangelegenheid – en meer bepaald het cassatieberoep tegen dat arrest van 22 april 2009 – mijn standpunt ter zake dienen te herzien.

3.2. Immers, krachtens de art. 43 en 44 van de E.G.-Verordening nr. 44/2001 van de Raad (van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken), kan tegen het bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg – dat uitspraak deed over het in bijlage III van voormelde Verordening ingesteld rechtsmiddel – enkel cassatieberoep worden ingesteld, zoals vastgelegd in bijlage IV van dezelfde Verordening.

3.3. Het is overigens op dat (enig) middel dat de Belgische vennootschap achteraf (C.09.0479.N) eveneens cassatieberoep heeft ingesteld.

3.4. Nu de wettelijke regels inzake de ontvankelijkheid van het hoger beroep in burgerlijke zaken de openbare orde raken³, kan dit voor het eerst voor uw Hof worden aangevoerd, en de door verweerster aangevoerde omstandigheid dat eiseres in cassatie niet kan opkomen tegen een beslissing nopens de rechtspleging die in overeenstemming met haar conclusie werd gewezen⁴, doet hieraan m.i. geen afbreuk vanwege het bezwaarlijk bestaan van de uitdrukkelijke vereisten of voorwaarden daartoe in casu.

3.5. In het verlengde van de hierboven toegelichte bepalingen en principes ben ik dan ook de mening toegedaan dat er geen beletsel is om het cassatieberoep tegen het bestreden vonnis (C.09.0176.N) als dusdanig te ontvangen; de omstandigheid dat daarin een arrest door het hof van beroep werd uitgesproken, verandert daar niets aan.

4. In dat cassatieberoep, waarvan de eventuele onontvankelijkheid trouwens ook niet door verweerster wordt opgeworpen, voert eiseres (Duitse vennootschap) een enig middel aan, gesteund op 3 onderdelen, die de schending opwerpen van de artikelen 33, 34, 36 en 38 van de reeds hoger vermelde E.G.-Verordening nr. 44/2001.

4.1. De uitgangspunten voor deze Verordening betreffen de snelle en doeltreffende uitvoering van de procedure op basis van het wederzijds vertrouwen in de rechtsverdeling tussen de lidstaten en met eerbiediging van de rechten van de verdediging op het vlak van

2 Cass., 16 juni 2005, AR C.04.0082.F, AC, 2005, nr. 349.

3 Cass., 13 december 1991, A.R. 7604, AC, 1991-92, nr. 202.

4 Cass., 31 januari 2008, voltallige zitting, AR C.05.0372.N, AC, 2008, nr.74, met conclusies van advocaat-generaal G. DUBRULLE.

de aan te wenden rechtsmiddelen.

Daardoor wordt de tenuitvoerlegging in de praktijk in principe herleid tot een loutere formaliteit (art. 41) waaromtrent in geen geval (overeenkomstig art. 36) wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing⁵.

De rechter mag de machtiging tot tenuitvoerlegging in geval van een rechtsmiddel tegen de exequaturbeslissing slechts weigeren in de door de Verordening opgesomde gevallen van de art. 34 en 35, o.m. wanneer de erkenning van het buitenlands vonnis in strijd is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat (art.34.1).

Er kan evenwel enkel een beroep op de openbare-ordeclausule worden gedaan, indien de erkenning of tenuitvoerlegging van de in een andere verdragsluidende staat gegeven beslissing op onaanvaardbare wijze zou botsen met de rechtsorde van de aangezochte staat, doordat inbreuk op een fundamenteel beginsel zou worden gemaakt. De omstandigheid dat dit bepalingen van het gemeenschapsrecht betreft, maakt geen verschil voor de voorwaarden waaronder beroep op de openbare-ordeclausule kan worden gedaan⁶.

In casu gaat de rechtbank duidelijk over tot een toetsing van de beslissing van het Landgericht zelf aan het gemeenschapsrecht en beperkt ze zich niet tot de vraag of de erkenning van het Duitse vonnis in strijd is met de openbare orde van de aangezochte staat, waaromtrent ik evenwel niet inzie hoe het akteren van het uitdrukkelijk engagement van verweerster t.o.v. de Duitse rechter om een afschrift van een reeks stukken en het dienovereenkomstig bevel tot overlegging van de genoemde afschriften, een inbreuk zou inhouden op de internationale openbare orde, laat staan de Belgische of de sobereniteit van België.

In het raam van het toezicht dat het Hof van Justitie dient te houden op de grenzen waarbinnen de rechter van een verdragsluidende staat met een beroep op dit begrip aan een beslissing van een gerecht van de andere verdragsluidende staat de erkenning kan onthouden, blijkt trouwens duidelijk dat de openbare-ordeclausule eng moet worden uitgelegd (cf. de rechtspraak van het Hof van Justitie supra, met verwijzing naar de conclusies van advocaat-generaal A. SAGGIO inzake C-7/98 van 28 maart 2000).

4.2. Ik ben dan ook van oordeel dat het bestreden vonnis – in strijd met de vermelde verordeningsbepalingen – de juistheid van de beslissing van het Landgericht ten onrechte heeft getoetst en zijn beslissing inzake aldus niet naar recht heeft verantwoord.

5. Nu de overige onderdelen m.i. niet tot ruimere cassatie kunnen leiden, ben ik derhalve de mening toegedaan dat de beide bestreden beslissingen dienen vernietigd te worden.

6. In voormelde context komt het mij voor dat indien het arrest vernietigd wordt omdat de

5 Zie o.a. A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht: een inleiding*, Kluwer, 2002, p. 41 en 43, nrs. 91 en 94.

6 Zie de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake C-7/98 van 28 maart 2000 (Krombach) en C-38/98 van 11 mei 2000 (Renault), en de conclusies van advocaat-generaal J. KOKOTT inzake C-394/07.

als dusdanig in eerste aanleg op derdenverzet genomen beslissing niet voor hoger beroep vatbaar is (cf. supra de nrs. 3.2 t.e.m. 3.4), er in die benadering en overweging geen reden tot verwijzing is naar een ander hof van beroep, nu men op die grond finaliter tot de beoordeling komt van de beslissing in eerste aanleg die eveneens vernietigd wordt⁷, en waardoor - bij cassatie met verwijzing - de partijen, binnen de perken van de cassatie, worden terug geplaatst in de staat waarin zij zich bevonden voor de rechter wiens beslissing is vernietigd⁸ (in casu de eerste executatiebeslissing). Een enkelvoudige verwijzing van de zaak naar een andere rechtbank van eerste aanleg lijkt mij in die zin dan ook verantwoord en proceseconomisch het meest aangewezen.

IV. CONCLUSIE:

Vernietiging van de beide bestreden beslissingen, met verwijzing naar een andere rechtbank van eerste aanleg.

ARREST

(AR C.09.0176.N – C.09.0479.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep in de zaak C.09.0176.N is gericht tegen een vonnis, op 6 maart 2008 op derdenverzet gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout.

Het cassatieberoep in de zaak C.09.0479.N is gericht tegen een arrest, op 22 april 2009 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen, dat voormeld vonnis van 6 maart 2008 in hoger beroep heeft hervormd.

Eerste voorzitter Ghislain Londers heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

Zaak C.09.0176.N

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 33, artikel 34, artikel 36 en artikel 38, 1, van de Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Aangevochten beslissingen

"Verklaart het huidige derdenverzet ontvankelijk en gegrond. Vernietigt dienvolgens, de beschikking op eenzijdig verzoekschrift van de eerste kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 22 november 2006, waarbij de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006, uitvoerbaar werd verklaard. Wijst (de eiseres) af van haar tegeneis, en veroordeelt haar tot de kosten van het geding tot op heden begroot in hoofde van (de verweerster) op 242,94 euro ten titel van rechtsplegingsvergoeding", op grond van de motieven:

"Thans houdt (de verweerster) voor dat het bevel van de Duitse rechtbank om een boekenonderzoek te laten plaats vinden in België, kennelijk in strijd is met het Europees recht, meer bepaald met Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001, betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van be-

⁷Cass., 30 januari 2009, AR C.06.0011.N – C.06.0022.N, met conclusie van advocaat-generaal G. DUBRULLE, www.cass.be.

⁸Cass., 14 februari 1991, AR 9109, AC, 1990-91, nr. 320.

wijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, waar de Duitse rechter niet de mogelijkheid heeft om handelingen te bevelen die het rechtstreeks bewijs in een andere lidstaat beogen. Zulks zou volgens (de verweerster) een inbreuk vormen op de soevereiniteit van de lidstaten.

Overeenkomstig artikel 17/2 van Verordening (EG) nr. 1206/2001 kan een handeling tot het verkrijgen van bewijs alleen rechtstreeks worden verricht indien zij vrijwillig en zonder dwangmaatregelen kan worden uitgevoerd.

Er kan weinig betwisting over bestaan dat de inhoud van het voormeld tussenvonniss een handeling betreft in de zin van artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1206/2001 waar er, alvorens recht te doen (de verweerster) blijkbaar werd veroordeeld tot het voorleggen van de boekhoudkundige stukken betrekking hebbende op het geschil hangende te Koblenz.

(De eiseres) beroept zich op het gegeven dat deze veroordeling er zou gekomen zijn omdat de zaakvoerder van (de verweerster), tijdens de mondelinge behandeling van de zaak ter zitting van 15 februari 2006, de vordering met betrekking tot een deel van de aanmaning tot het voorleggen van de boekhoudkundige stukken heeft erkend.

Zulks doet echter geen afbreuk aan het gegeven dat (de verweerster), zij op grond van zijn 'erkenntenis' uiteindelijk werd veroordeeld tot het neerleggen van de betreffende boekhoudkundige stukken, terwijl thans ten overvloede blijkt dat de handeling tot het verkrijgen van de desbetreffende boekhoudkundige stukken door (de verweerster) niet vrijwillig werd uitgevoerd en niet zonder dwangmaatregelen kan worden uitgevoerd.

Terzake volstaat het te verwijzen naar stuk 10 van het stukkenbundel van (de verweerster), zijnde het verzoekschrift tot het bekomen van het exequatur, neergelegd op 22 november 2006, waar, naar het verzoek te voorzien in een exequaturformule, gevorderd werd de uitvoering ervan op te leggen onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag vertraging en per document of gegeven, deelvordering, waarop binnen een exequatur procedure, terecht niet kon worden ingegaan.

Ten overvloede dient opgemerkt dat, zelfs indien het derdenverzet als ongegrond zou worden afgewezen, (de eiseres) binnen het beoogde doel, namelijk het bekomen van de boekhoudkundige stukken, nog geen stap verder zou zijn, waar in de veroordeling door een Duits rechter, geen dwangmiddelen zijn voorzien die van aard zouden kunnen zijn (de verweerster) te verplichten de stukken neer te leggen. Lijfswang in burgerlijke zaken behoort in het Belgisch rechtstelsel tot het gerechtelijk verleden.

Uit hetgeen voorafgaat dient besloten dat de beslissing van het Landgericht te Koblenz, in strijd is met het Gemeenschapsrecht als met het basisbeginsel van de soevereiniteit van de lidstaten hetgeen behoort tot de internationale openbare orde. (...).

(De eiseres) toont overigens niet aan dat het beoogde bewijsmateriaal zich op het grondgebied van de Bundes Republiek Duitsland zou bevinden, hetgeen natuurlijk de exequatur procedure totaal overbodig zou hebben gemaakt.

Bijgevolg dient toepassing te worden gedaan van de bepalingen van artikel 34 van de Verordening (EG) 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke zaken, waarin wordt gesteld dat een beslissing niet kan worden erkend indien o.m. de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte staat.

De overige betwistingen zijn dienvolgens niet verder terzake dienende.

Ingevolge de niet-erkenning van de beslissing van het Landgericht van Koblenz van 8 maart 2006, wordt de tegeneis als ongegrond afgewezen en wordt (de eiseres) veroordeeld tot de kosten van het geding".

Grieven

1. Krachtens artikel 38 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, kunnen de beslissingen, die in een lidstaat zijn gegeven en daar uitvoerbaar zijn, in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd, nadat zij aldaar, ten verzoeken van iedere belanghebbende partij, uitvoerbaar zijn verklaard, overeenkomstig de in deze verordening voorziene procedure.

Op grond van het wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling in de lidstaten binnen de Europese Gemeenschap moet de verklaring van uitvoerbaarheid van een beslissing vrijwel automatisch worden afgegeven, na een eenvoudige formele controle van de overgelegde documenten, zonder dat de gerechtelijke autoriteit van de aangezochte staat een van de in deze verordening genoemde gronden voor de niet-uitvoering kan aanvoeren.

Daarom bepaalt artikel 41 van voormelde Verordening (EG) nr. 44/2001 dat de beslissing uitvoerbaar wordt verklaard zodra de formaliteiten van artikel 53 vervuld zijn, zonder toetsing uit hoofde van de artikelen 34 en 35 en zonder dat de verweerder in die stand van de procedure gehoord wordt.

2. De eerbiediging van de rechten van verdediging houdt evenwel in dat de verweerder de mogelijkheid moet hebben in een procedure op tegenspraak een rechtsmiddel in te stellen tegen de uitvoerbaarverklaring, wanneer hij van mening is dat één van de gronden voor niet-uitvoering van toepassing is.

Eén van die gronden is het voorhanden zijn van één van de gronden die zich tegen de erkenning van de beslissing verzetten en alzo bij wijze van gevolg de uitvoerbaarverklaring in de weg staan.

3. Krachtens artikel 33.1 van voormelde Verordening (EG) nr. 44/2001 worden de beslissingen gegeven in een lidstaat in de overige lidstaten zonder vorm van proces erkend.

Het is immers op grond van hetzelfde wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling in de lidstaten binnen de Europese Gemeenschap gewettigd de in een lidstaat gegeven beslissing van rechtswege te erkennen, zonder dat daarvoor nog een procedure moet worden gevolgd, behoudens bij betwisting.

Zo wordt krachtens artikel 34.1 van voormelde Verordening (EG) nr. 44/2001 een beslissing niet erkend indien de erkenning kennelijk strijdig is met de openbaar orde van de aangezochte lidstaat.

4. Het begrip "openbare orde van de aangezochte lidstaat" heeft een autonome communautaire betekenis, die maakt dat deze exceptie slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen kan worden ingeroepen, vermits het gaat om slechts die weinige regels die in de communautaire afbakening als fundamenteel worden ervaren, zodanig dat enkel de kennelijke schending van hetzij een rechtsregel die van essentieel belang geacht wordt of van hetzij een fundamenteel erkend recht, reden tot weigering van de erkenning kan opleveren.

5. Krachtens artikel 36 van voormelde Verordening (EG) nr. 44/2001 wordt er in geen geval overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing.

Er dient immers van uitgegaan dat het in elke lidstaat bestaande stelsel van rechtsmiddelen, aangevuld met de prejudiciële procedure voor het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie, de justitiabelen voldoende garanties biedt in de staat van herkomst van de beslissing.

Het is de gerechtelijke autoriteit van de aangezochte staat dan ook verboden de erkenning of tenuitvoerlegging van de beslissing te weigeren enkel op grond dat de door de rechter van de lidstaat van herkomst toegepaste rechtsregel afwijkt van die welke de rechter van de aangezochte staat zou hebben toegepast indien het geschil bij hem aanhangig was gemaakt.

Het is de gerechtelijke autoriteit van de aangezochte staat dan ook verboden de juistheid na te gaan van de beoordeling rechtens en feitelijk door de rechter van de lidstaat van herkomst. Zo ook mag hij evenmin de beslissing uit een andere lidstaat niet weigeren te erkennen enkel op grond dat zijn inziens het gemeenschapsrecht in die beslissing onjuist is toegepast.

Het exequatur mag om dezelfde reden dan ook niet worden geweigerd omdat de buitenlandse beslissing strijdig is met de openbare orde van de aangezochte staat, maar wel indien de erkenning van deze beslissing daarmee strijdig zou zijn. Daarom behoort het slechts tot de taak van de gerechtelijke autoriteit na te gaan of de erkenning van de buitenlandse beslissing, en met name de concrete gevolgen ervan, inbreuk maken op de voormelde beperkte openbare orde van zijn land.

Eerste onderdeel

Het bestreden vonnis weigert de erkenning, en bij wijze van gevolg de tenuitvoerlegging, omdat "de beslissing van het Landgericht te Koblenz, in strijd is (zowel) met het Gemeenschapsrecht als met het basisbeginsel van de soevereiniteit van de lidstaten", vermits "het bevel van de Duitse rechtbank om een boekenonderzoek te laten plaats vinden in België in strijd is met het Europees recht (...) waar de Duitse rechter niet de mogelijkheid heeft om handelingen te bevelen die het rechtstreeks bewijs in een andere lidstaat beogen", hetgeen "een inbreuk (zou) vormen op de soevereiniteit van de lidstaten".

Hieruit volgt dat het bestreden vonnis onwettig beslist de erkenning en bij wijze van gevolg de tenuitvoerlegging, te weigeren aan de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006, omdat het in geen geval de juistheid van die Duitse beslissing, rechtens noch feitelijk, mocht nagaan (Schending van artikel 33.1, artikel 34, artikel 36, en artikel 38.1 van de aangehaalde Verordening (EG) nr. 44/2001).

Tweede onderdeel

Het bestreden vonnis weigert de erkenning en bij wijze van gevolg de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006, omdat de veroordeling "niet zonder dwangmaatregelen kan worden uitgevoerd" en dit "in strijd is (...) met het basisbeginsel van de soevereiniteit van de lidstaten hetgeen behoort tot de internationale openbare orde".

Hieruit volgt dat het bestreden vonnis de beslissing de erkenning en bij wijze van gevolg de tenuitvoerlegging, te weigeren aan de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006, niet wettig verantwoordt, nu het vaststelt dat in die Duitse beslissing "geen dwangmaatregelen zijn voorzien die van aard zouden kunnen zijn (verweerster) te verplichten de stukken neer te leggen." (Schending van artikel 33.1, artikel 34, artikel 36, en artikel 38.1 van de aangehaalde Verordening (EG) nr. 44/2001).

Derde onderdeel

De veroordeling van de verweerster in de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006 werd uitgesproken op grond van artikel 370 ZPO (Zivilprozessordnung / Duits Gerechtelijk Wetboek), luidens hetwelk: "Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch ganz oder zum Teil an, so ist sie dem Anerkenntnis gemäss zu verurteilen" (vrije vertaling: "Erkent een partij de tegen haar geldend gemaakte vorderingen geheel of gedeeltelijk, dan is zij conform die erkenning te veroordelen).

Volgens Duits recht kan slechts op deze bekentenis terug gekomen worden met akkoord van de tegenpartij "Widerruf ist mit Einverständnis des Gegners" (vrije vertaling: "Men kan slechts terugkomen op zijn bekentenis met het akkoord van de tegenpartij") (H. THOMAS en H. PUTZO (eds.), ZPO, Kommentar, München, Verlag, C.H. Beck, 2002, p. 618).

De beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006 stelt vast: "Die beklag-

te hat in der mündliche Verhandlung vom 15 Februar 2006 die Klagenforderung im Hinblick auf den Antrag auf Erteilung eines Buchauszuges anerkannt" (vrije vertaling: "(De verweerster) heeft in de mondelinge handeling van 15 februari 2006 de vordering met betrekking tot het deel van de aanmaning tot het voorleggen van de boekhoudkundige stukken erkend).

Gezien de voorafgaandelijke voorwaarde, waaronder de verweerster in Duitsland veroordeeld werd, bestaat in haar erkenning dat zij de gevorderden boekhoudkundige stukken zal voorbrengen, kan de openbare orde waarvan sprake in artikel 34.1 van voormelde Verordening (EG) nr. 44/2001 niet kennelijk geschonden zijn, vermits het vooreerst enkel gaat om de erkenning van een in het buitenland tot stand gebracht rechtsgevolg en niet om het creëren van een nieuw rechtsgevolg in de Belgische rechtsorde.

Bovendien blijft dat in het buitenland gecreëerde rechtsgevolg in concreto beperkt tot de toestand van partijen, waarbij de verweerster haar gedane toezegging dient te respecteren.

Hieruit volgt dat het bestreden vonnis de beslissing de erkenning en bij wijze van gevolg de tenuitvoerlegging te weigeren aan de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006, niet wettig verantwoordt, nu het concreet rechtsgevolg van de veroordeling van de verweerster beperkt blijft tot de toestand tussen de eiseres en de verweerster en deze gesteund is op de erkenning van verweerster tijdens de procedure in Duitsland, wat niet kennelijk strijdig is met de openbare orde van voormeld artikel 34.1 (Schending van artikel 33.1, artikel 34, artikel 36 en artikel 38.1 van de aangehaalde Verordening (EG) nr. 44/2001).

Zaak C.09.0479.N

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 44 van de EEX-Verordening van 22 december 2000, voluit genoemd Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 16 januari 2001, en bijlage IV van deze verordening.

Bestreden beslissing

Met het bestreden arrest verklaart het hof van beroep te Antwerpen het hoger beroep van de verweerster tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 6 maart 2008 toelaatbaar en gegrond, hervormt het beroepen vonnis en opnieuw rechtdoend op het derdenverzet, wijst het derdenverzet af als ongegrond zodat de beschikking van 22 november 2006 waarbij het vonnis van het Landgericht Koblenz van 8 maart 2006 uitvoerbaar werd verklaard in België in voege blijft en veroordeelt de eiseres tot de kosten van de beide aanleggen. Het hof van beroep verklaart het hoger beroep toelaatbaar en ontvankelijk op grond van de volgende redengeving:

"5. Het hoger beroep is tijdig en regelmatig naar de vorm. (De verweerster) heeft onmiskenbaar een belang bij haar hoger beroep en er is geen valabele reden om het hoger beroep als ontoelaatbaar of onontvankelijk te beschouwen.

6. Het derdenverzet beantwoordde aan de vereisten van artikel 1122 e.v. Ger. W., zodat het ontvankelijk (toelaatbaar) is".

Grievens

Overeenkomstig artikel 43 van de Verordening (EG) nr. 44/2001, hierna EEX-Verordening, kan elke partij een rechtsmiddel instellen tegen de beslissing op het verzoek om een verklaring van uitvoerbaarheid en wordt dit rechtsmiddel bij het in bijlage III bedoelde

gerecht ingesteld. Overeenkomstig bijlage III is het bedoelde gerecht voor wat België betreft de rechtbank van eerste aanleg. Overeenkomstig artikel 44 van de EEX-Verordening kunnen tegen de op dit rechtsmiddel gegeven beslissing slechts de in bijlage IV genoemde middelen worden aangewend. Overeenkomstig bijlage IV is het rechtsmiddel dat op grond van artikel 44 kan worden ingesteld in België: beroep in cassatie. Uit de samenlezing van artikel 44 van de EEX-Verordening met de bijlage IV bij deze verordening blijkt derhalve dat tegen de beslissing die wordt genomen op het derdenverzet enkel maar cassatieberoep openstaat en dus geen hoger beroep. Het hof van beroep heeft de verplichting om ambtshalve de ontvankelijkheid en toelaatbaarheid van het hoger beroep te onderzoeken. Het middel kan dan ook voor de eerste maal voor het Hof worden aangevoerd. Door het hoger beroep toelaatbaar en ontvankelijk te beschouwen schenden de appelrechters dan ook artikel 44 van de EEX-Verordening juncto bijlage IV bij deze verordening.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Voeging

1. De cassatieberoepen hebben betrekking op rechterlijke beslissingen die respectievelijk in eerste aanleg en in hoger beroep gewezen zijn in hetzelfde geschil, zodat ze moeten gevoegd worden.

Zaak C.09.0176.N

Eerste onderdeel

2. Artikel 33.1 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, bepaalt dat de in een Lid-Staat gegeven beslissingen in de overige Lid-Staten worden erkend zonder vorm van proces.

Artikel 34.1 van dezelfde verordening bepaalt dat een beslissing niet wordt erkend indien de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte Lid-Staat.

Artikel 36 van de verordening bepaalt dat in geen geval wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing.

Artikel 38.1 van de verordening bepaalt dat de beslissingen die in een Lid-Staat gegeven zijn en daar uitvoerbaar zijn, in een andere Lid-Staat ten uitvoer kunnen worden gelegd, nadat zij aldaar, ten verzoeken van iedere belanghebbende partij, uitvoerbaar zijn verklaard.

3. De rechter uitspraak doende op derdenverzet, oordeelt:

- de beslissing van het Landgericht te Koblenz van 8 maart 2006 is in strijd met het gemeenschapsrecht;

- die beslissing is tevens strijdig met het basisbeginsel van de soevereiniteit van de lidstaten, dat tot de internationale openbare orde behoort.

Vervolgens beslist hij dat toepassing dient gemaakt van artikel 34 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 en weigert hij de erkenning en de tenuitvoerlegging van voormelde beslissing.

4. Door aldus de juistheid van de beslissing van het Landgericht Koblenz van 8 maart 2006 te onderzoeken en te toetsen aan het gemeenschapsrecht en vervol-

gens, mede op grond van dit verboden onderzoek, de erkenning en de uitvoerbaarverklaring ervan te weigeren, heeft de bestreden beslissing de in het onderdeel aangevoerde bepalingen geschonden.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

5. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Zaak C.09.0479.N

6. De vernietiging van de beslissing gewezen op derdenverzet houdt de vernietiging in van de beslissing gewezen op het hoger beroep van de GmbH Goebel Kuhl, die er nauw verband mee houdt.

Dictum

Het Hof,

Voegt de zaken C.09.0176.N en C.09.0479.N samen.

Vernietigt het bestreden arrest.

Vernietigt het bestreden vonnis, behoudens in zoverre het derdenverzet onvankelijk wordt verklaard.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest en van het vernietigde vonnis.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

29 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*; de h. Londers, eerste voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Wouters en Verbist.

Nr. 298

1° KAMER - 29 april 2010

HUUR VAN GOEDEREN — PACT — EINDE (OPZEGGING. VERLENGING. TERUGKEER. ENZ) - OPHOUDEN VAN EXPLOITATIE VAN DE GRONDEN - SEIZOENPACT AAN EEN DERDE - GEEN TOESTEMMING VAN DE VERPACHTER - GEVOLG

Voor het oordeel dat de pachter heeft opgehouden de gepachte gronden te exploiteren, op grond dat hij ze in seizoenpacht geeft aan een derde, zonder toestemming van de verpachter, is het zonder belang dat de pachter, als seizoenverpachter, zelf de voorbereidings- en bemestingswerken uitvoert; de seizoenverpachter voert deze werken immers uit om de bebouwing door een derde mogelijk te maken. (Art. 29, Pachtwet)

(C. T. G.)

ARREST

(AR C.09.0268.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 23 januari 2009 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Artikel 29 van de Pachtwet bepaalt dat indien de pachter van een landeigendom met de bebouwing ophoudt en daardoor schade ontstaat voor de verpachter, deze de pachtovereenkomst kan doen ontbinden.

2. Uit de vaststellingen van de appelrechters blijkt dat de eiser zijn gepachte gronden in seizoenpacht geeft aan een derde, zonder de toestemming van de verweerder.

Op grond hiervan oordelen zij dat de eiser heeft opgehouden deze gronden te exploiteren.

3. Het is zonder belang dat de eiser, als seizoenverpachter, zelf de voorbereidings- en bemestingswerken uitvoert. De seizoenverpachter voert deze werken immers uit om de bebouwing door een derde mogelijk te maken.

4. Het middel dat ervan uitgaat dat de pachter die zelf de voorbereidings- en bemestingswerken op zijn gepachte landeigendommen uitvoert maar het recht op bebouwing overdraagt aan een derde, niet tekort komt aan de verplichtingen van de pachtovereenkomst, kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

29 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. van Eeckhoutte en De Gryse.

Nr. 299

1° KAMER - 29 april 2010

1° VERWIJZING NA CASSATIE — BURGERLIJKE ZAKEN - AANHANGIGMAKING -
REGELMATIGHEID - VOORWAARDEN

2^o BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN — EXPLOOT - VERWIJZING NA CASSATIE
- BURGERLIJKE ZAKEN - AANHANGIGMAKING - REGELMATIGHEID - VOORWAARDEN

1^o en 2^o De verwijzing na cassatie wordt regelmatig voor het aangewezen gerecht aanhangig gemaakt wanneer zij plaatsvindt nadat het verwijzingsarrest is betekend of gelijktijdig met die betekening. (Artt. 1110, tweede lid, en 1115, Ger.W.)

(VIVIUM nv T. DELTA LLOYD LIFE nv)

ARREST

(AR C.09.0412.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 12 september 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen, op verwijzing ingevolge het arrest van het Hof van 17 november 2005.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Overeenkomstig artikel 1110, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek wordt, in geval de cassatie wordt uitgesproken, de verwijzing voor het aangewezen gerecht aanhangig gemaakt zoals een gewone zaak, te weten zoals bepaald in artikel 700, eerste lid, van hetzelfde wetboek.

Artikel 1115 van hetzelfde wetboek bepaalt evenwel dat de cassatiearresten niet kunnen worden ten uitvoer gelegd dan na betekening aan de partij, op straffe van nietigheid der tenuitvoerlegging.

2. Uit voormelde bepalingen volgt dat de verwijzing regelmatig aanhangig wordt gemaakt voor het aangewezen gerecht wanneer zij plaatsvindt nadat het verwijzingsarrest is betekend of gelijktijdig met die betekening.

3. De appelrechters stellen vast dat het cassatiearrest van 17 november 2005 werd betekend met de inleidende dagvaarding van 14 mei 2007 en dat de eiseres voordien reeds bij exploit van 2 november 2006 een gelijkluidende dagvaarding heeft uitgebracht, zij het zonder de betekening van het cassatiearrest.

Zij oordelen dat de inleidende dagvaarding van 14 mei 2007 zonder gevolg dient te blijven, omdat zij het "noodzakelijk gevolg" is van de nietigheid van de eerste dagvaarding van 2 november 2006 wegens miskenning van artikel 1115 van het Gerechtelijk Wetboek en zodoende eveneens door nietigheid is behept.

4. Door op die gronden de vordering van de eiseres, ingeleid door de dagvaarding van 14 mei 2007 met welke tevens het verwijzingsarrest werd betekend, niet ontvankelijk te verklaren schenden de appelrechters de in het middel aangevoerde wetsbepalingen.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde vonnis.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar de rechtbank van koophandel te Turnhout.

29 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijklopende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Van Ommeslaghe.

Nr. 300

1^o KAMER - 29 april 2010

1^o VERWIJZING NA CASSATIE — BURGERLIJKE ZAKEN - VERZUIM OF ONREGELMATIGHEID BETREFFENDE DE AANWIJZING VAN DE RECHTER DIE VAN DE ZAAK KENNIS MOET NEMEN - VERZUIM VAN BETEKENING VAN HET CASSATIEARREST - TOEPASSELIJKHEID

2^o BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN — ALGEMEEN - VERWIJZING NA CASSATIE - BURGERLIJKE ZAKEN - VERZUIM OF ONREGELMATIGHEID BETREFFENDE DE AANWIJZING VAN DE RECHTER DIE VAN DE ZAAK KENNIS MOET NEMEN - VERZUIM VAN BETEKENING VAN HET CASSATIEARREST - TOEPASSELIJKHEID

1^o en 2^o De bepaling dat de regel dat de rechter een proceshandeling alleen dan nietig kan verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt, niet geldt voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen, is niet van toepassing op het verzuim van het vereiste van betekening van het cassatiearrest, voor tenuitvoerlegging. (Artt. 861, 862, §1, 4^o, en 1115, Ger.W.)

(VIVIUM nv T. DELTA LLOYD LIFE nv)

ARREST

(AR C.09.0413.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 9 september 2008 in hoger beroep, gewezen door de rechtbank van koophandel te Mechelen, op verwijzing ingevolge het arrest van het Hof van 17 november 2005.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Artikel 1115 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de cassatiearresten niet kunnen worden ten uitvoer gelegd dan na betekening aan de partij, op straffe van nietigheid van de tenuitvoerlegging.

2. Volgens artikel 861 van hetzelfde wetboek kan de rechter een proceshandeling alleen dan nietig verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt.

3. Luidens artikel 862, §1, 4°, van hetzelfde wetboek geldt de regel van artikel 861 niet voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen.

Deze bepaling is niet van toepassing op het verzuim van het betekeningsver-eiste van artikel 1115 van het Gerechtelijk Wetboek.

4. De appelrechters stellen vast dat het cassatiearrest van 17 november 2005 niet werd betekend met de inleidende dagvaarding van 2 november 2006.

Zij oordelen dat dit verzuim de absolute nietigheid van de dagvaarding tot gevolg heeft en dat deze nietigheid niet kan worden goedge maakt door de latere betekening van het cassatiearrest gelet op het bepaalde in artikel 862, §1, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Door op die gronden de vordering van de eiseres niet toelaatbaar te verklaren verantwoord en de appelrechters hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde vonnis.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over. Verwijst de zaak naar de rechtbank van koophandel te Turnhout.

29 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijklopende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Van Ommeslaghe.

1^o BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN — ALLERLEI - BEDRIJFSREVISOR - INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN - BEROEPSTUCHT - TUCHTCOMMISSIE - BESLISSING - KENNISGEVING - VEREISTE VERMELDINGEN - TERMIJN VAN VERZET - TERMIJN VAN HOGER BEROEP - NIETIGHEID - BEGRIP

2^o BEDRIJFSREVISOR - INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN - BEROEPSTUCHT - TUCHTCOMMISSIE - BESLISSING - KENNISGEVING - VEREISTE VERMELDINGEN - TERMIJN VAN VERZET - TERMIJN VAN HOGER BEROEP - NIETIGHEID - BEGRIP

3^o VERZET - TUCHTZAKEN - BEDRIJFSREVISOR - INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN - BEROEPSTUCHT - TUCHTCOMMISSIE - BESLISSING - KENNISGEVING - VEREISTE VERMELDINGEN - TERMIJN VAN VERZET - TERMIJN VAN HOGER BEROEP - NIETIGHEID - BEGRIP

4^o HOGER BEROEP — TUCHTZAKEN - BEDRIJFSREVISOR - INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN - BEROEPSTUCHT - TUCHTCOMMISSIE - BESLISSING - KENNISGEVING - VEREISTE VERMELDINGEN - TERMIJN VAN VERZET - TERMIJN VAN HOGER BEROEP - NIETIGHEID - BEGRIP

1^o, 2^o, 3^o en 4^o *De nietigheid van de kennisgeving van de beslissing van de Tuchtcommissie van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren is enkel voorgeschreven in geval van het ontbreken van de gepaste inlichtingen betreffende de termijn van verzet en van hoger beroep, en de wijze waarop verzet of hoger beroep tegen de beslissing kan worden ingesteld; de vermelding 'alle gepaste inlichtingen betreffende de termijn van verzet' laat niet toe de nietigheidsactie uit te breiden tot vermeldingen die niet de termijn zelf betreffen, maar de aanvang en de berekening ervan.* (Art. 61, §1, Wet 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut der bedrijfsrevisoren)

(INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN T. D.)

ARREST

(AR C.09.0146.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een beslissing, op 19 december 2008 gewezen door de Commissie van beroep van het Instituut van de bedrijfsrevisoren.

Eerste voorzitter Ghislain Londers heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guy Dubrulle heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

Ontvankelijkheid

1. De verweerder werpt op dat het onderdeel niet ontvankelijk is bij gebrek aan de vereiste nauwkeurigheid, daar uit de bewoordingen van het onderdeel niet duidelijk blijkt waarin de ingeroepen wetbepaling volgens de eiser geschonden is.

2. Het onderdeel geeft voldoende nauwkeurig aan waardoor de ingeroepen

wetsbepaling volgens de eiser geschonden is.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

3. De verweerder werpt tevens op dat het onderdeel niet ontvankelijk is aangezien de bestreden beslissing zou zijn geweest conform de zienswijze die de eiser heeft verdedigd voor de Tuchtcommissie. De eiser zou immers de voor het Hof verdedigde uitleg van artikel 61 van de wet van 22 juli 1953, houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, niet hebben aangevoerd in de loop van de tuchtprocedure.

4. Uit het feit dat de eiser de voor het Hof uiteengezette argumentatie betreffende vermeld artikel 61 niet zou hebben aangevoerd voor de feitenrechter, kan niet worden afgeleid dat de bestreden beslissing een oordeel heeft geveld in overeenstemming met de zienswijze van de eiser.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Onderdeel

5. Artikel 61, §1, van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, bepaalt dat de beslissingen van de Tuchtcommissie bij een ter post aangetekende brief ter kennis worden gebracht van de betrokken bedrijfsrevisor. Samen met deze betekening worden alle gepaste inlichtingen verstrekt betreffende de termijn van verzet en van hoger beroep, en de wijze waarop verzet of hoger beroep tegen de beslissing kan worden ingesteld. Bij ontstentenis van deze vermeldingen is de kennisgeving nietig.

6. Uit die wetsbepaling en de wetsgeschiedenis volgt dat de nietigheid van de kennisgeving enkel is voorgeschreven in geval van het ontbreken van de gepaste inlichtingen betreffende de termijn van verzet en van hoger beroep, en de wijze waarop verzet of hoger beroep tegen de beslissing kan worden ingesteld.

De vermelding 'alle gepaste inlichtingen betreffende de termijn van verzet' laat niet toe de nietigheids sanctie uit te breiden tot vermeldingen die niet de termijn zelf betreffen, maar de aanvang en de berekening ervan.

7. De bestreden beslissing die de kennisgeving van de verstekbeslissing van de Tuchtcommissie nietig verklaart op grond dat de aanvang van de termijn niet is vermeld, schendt de aangewezen wetsbepaling.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

8. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt de bestreden beslissing, behalve in zoverre dit het hoger beroep ontvankelijk verklaart.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing.

Veroordeelt de verweerder in de kosten.

Verwijst de zaak naar de Commissie van beroep van het Instituut van de bedrijfsrevisoren met het nederlands als voertaal, anders samengesteld.

29 april 2010 – 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Dubrulle, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Van Ommeslaghe en De Gryse.

Nr. 302

1° KAMER - 30 april 2010

KOOP - VOOR BEPAALDE TIJD VERLENDE CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP - BEGRIJ - RECHTEN EN VERPLICHTINGEN VAN DE PARTIJEN - CONCESSIEGEVER - CONCESSIEHOUDER - VERDELING VAN DE COMMERCIËLE RISICO'S - GEVOLG

De omstandigheid dat de concessiehouder sommige risico's betreffende de distributie van de producten draagt, sluit op zich niet uit dat de concessiegever aan de concessiehouder het recht had voorbehouden om in eigen naam en voor eigen rekening de gecommercialiseerde producten te verkopen en dat de partijen gebonden waren door een alleenverkoopovereenkomst¹. (Art. 1, §2, Alleenverkoopwet)

(PIETERCIL DELBY'S nv T. BARILLA ALIMENTARE, vennootschap naar Italiaans recht)

ARREST (vertaling)

(AR C.08.0413.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 21 maart 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- de artikelen 1134 en 1156 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 1 en 6 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop (zoals ze werden gewijzigd bij de artikelen 1 en 6 van de wet van 13 april 1971 betreffende eenzijdige beëindiging van de verkoopconcessies).

Aangevochten beslissingen

Het arrest verwerpt in deze zaak de toepassing van de wet van 27 juli 1961 en verklaart bijgevolg de vordering tot schadevergoeding op grond van de wet en het incidenteel hoger beroep van de eiseres om de onderstaande redenen niet-gegrond:

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.302.

"5. (De eiseres) baseert haar verscheidene vorderingen op de artikelen 2 en 3 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop.

6. Die wet kan worden toegepast mits de contractuele relatie tussen de partijen kan aangemerkt worden als een overeenkomst van verkoopconcessie, zoals die wordt omschreven in artikel 1, §2, van die wet.

Daarin wordt de verkoopconcessie omschreven als 'iedere overeenkomst krachtens welke een concessiegever aan een of meer concessiehouders het recht voorbehoudt in eigen naam en voor eigen rekening producten te verkopen, die hijzelf vervaardigt of verdeelt' (artikel 1, §2, van de wet van 1961).

7. Er werd geen geschreven overkomst opgesteld over de relaties tussen de partijen.

De concessie-overeenkomst hoeft echter niet noodzakelijkerwijs te zijn vastgelegd in een geschrift. Ze kan mondeling zijn.

In dat geval moet degene die zich opwerpt als exclusieve concessiehouder het bewijs daarvan leveren met alle middelen rechtens, en meer bepaald door aan te tonen hoe de partijen zich in het verleden hebben gedragen.

8. (De verweerster) betwist niet dat zij met (de eiseres) een distributiecontract had gesloten en haar de exclusiviteit had toegekend voor haar sector, namelijk de grootdistributie.

Zij betwist de toepassing van de wet van 1961 in dit geval omdat (de eiseres) niet alle economische risico's droeg van de distributie van de producten (van de verweerster) en van de Wasa-producten, zodat zij, volgens het vereiste van de wet, niet voor eigen rekening verkocht.

9. 'Lorsque l'intermédiaire agit pour son propre compte, sa situation est celle d'un commerçant qui retire directement tous les profits de son activité et en assume tous les risques (risques liés à la propriété des marchandises, à leur distribution, etc.)' (L. du Jardin, *Le droit belge de la distribution commerciale*, Larcier, 1992, p. 37, nr. 46).

'A la différence du commissionnaire et de l'agent autonome, le concessionnaire achète pour son propre compte les produits qu'il va distribuer, en sorte qu'il assume les risques d'une mévente ou d'une baisse de prix' (Van Ryn en Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, p. 53, nr.° 68).

'Le concessionnaire présente (...) des avantages par rapport au représentant : (...) il achète au producteur pour revendre. Généralement tenu par un quota, il assume donc tous les risques de la distribution et permet au concédant une production régulière' (G. Bricmont en R. Gijssels, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Larcier, 1962, 22).

'C'est la réalité économique et juridique qui doit être examinée pour apprécier si oui ou non le revendeur vend en son nom et pour son propre compte' (J.-P. Fierens en P. Kileste, 'De wet van 27 juli relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée', J. T., 1987, 693).

Er is geen verkoopconcessie in de zin van de wet, wanneer, met name, de zogezegde concessiehouder de verkoopprijs niet vrij mag bepalen, een commissie ontvangt en geen enkel risico op afzetmoeilijkheden draagt (Brussel, 21 december 2000, T.B.H., 2002, 107).

10. In dit geval heeft, zoals de eerste rechter uitlegt, de bijzondere context van de evolutie van de commerciële relaties tussen de partijen een invloed gehad op de wijze waarop hun samenwerking financieel werd geregeld.

Eenzijds gaat het hier om de grootdistributiesector, die onder meer wordt gekenmerkt door het feit dat de koper een machtspositie heeft ten aanzien van de leverancier - in te

genstelling tot het klassieke distributieschema - waaraan bijzonder zware commerciële voorwaarden worden opgelegd die, als hij ze niet aanvaardt, tot gevolg hebben dat zijn product niet door de supermarkten wordt verkocht.

Anderzijds verkocht (de verweerster) haar producten aan (de eiseres) tegen een niet-besprekbare prijs omdat zij een prijsgelijkheid wilde handhaven bij al haar distributeurs, of het nu ging om zelfstandige ondernemingen - zoals (de eiseres) - of om filialen, en dit om het risico van parallelexport en -import te vermijden.

Vast staat dat die eisen betreffende de aankooprijzen in een eerder stadium en de verkoop in een daaropvolgend stadium (de eiseres) beletten winst te maken. Haar brutowinstmarge, zoals ze gebruikelijk het resultaat is van het verschil tussen verkoop- en aankooprijzen van het product, was negatief.

Bijgevolg zijn de partijen overeengekomen dat de vergoeding voor (de eiseres) vastgesteld zou worden in verhouding tot een rentabiliteitspercentage waarover elk jaar opnieuw onderhandeld diende te worden.

Sinds 1999 was dat percentage vastgesteld op 11,30 pct. van het theoretische brutobedrag van de verkopen (of Gross Sale Value - G.S.V.). Er wordt uitgelegd dat het bedrag dat wordt verkregen door dat percentage toe te passen op het theoretische bruto-omzetcijfer de D.B.C. ('Direct Brand Contribution') was, of de rechtstreekse bijdrage van (de verweerster) in het loon van de (de eiseres).

Concreet heeft (de verweerster) maandelijks betalingen gedaan voor een bedrag van 23,64 pct. van het theoretische netto-omzetcijfer; er werden geregeld regularisaties gedaan waarbij zij bepaalde specifieke kosten voor haar rekening nam. Dankzij al die verrichtingen kon (de eiseres) vergoed worden voor een bedrag van 11,30 pct. van het theoretische bruto-omzetcijfer.

11. De eerste rechter heeft ten onrechte gesteund op de door (de eiseres) geformuleerde hypothese dat de door de partijen opgezette boekhoudkundige en en financiële regeling tot hetzelfde resultaat leidt als een regeling waarbij (de verweerster) haar verkoopprijs aan (de eiseres) op een lager bedrag had vastgesteld.

Eenzijds blijkt uit geen enkel stuk dat (de verweerster) ooit haar prijzen heeft willen verlagen; zodoende zou zij het evenwicht tussen haar verschillende distributeurs hebben verstoord en precies dat wilde zij vermijden.

Anderzijds berust die door (de verweerster) betwiste hypothese op geen enkel bewijskrachtig stuk.

De toestand die moet worden onderzocht, is niet die welke had kunnen bestaan in andere economische omstandigheden maar die welke daadwerkelijk tussen de partijen bestond.

In dat verband had de D.B.C., ook al vormt zij geen in absolute bedragen gewaarborgde winstmarge, uiteindelijk tot doel (de eiseres) een loon toe te kennen in de vorm van een vast percentage van 11,30 pct. op elke via haar verrichte verkoop; aldus kreeg (de eiseres) gegarandeerd 11,30 pct. berekend op de G.S.V. of officiële verkoopprijs van het product, geen rekening gehouden met eventueel toegekende kortingen of restorno's.

Ongeacht de prijs die aan de klanten werd gefactureerd, zelfs wanneer de restorno's en promoties die door (de eiseres) aan de klanten werden toegekend, deel uitmaakten van een door de partijen overeengekomen totaal budget, was (de eiseres) er zeker van 11,30 pct. van de G.S.V. te ontvangen; met andere woorden, bij een theoretisch gelijke verkoopprijs (of G.S.V.) diende (de verweerster) meer compensatie te betalen naarmate de prijs die werkelijk aan de klant werd aangerekend lager was, om ervoor te zorgen dat het winstpercentage voor (de eiseres) gelijk bleef.

(De eiseres) droeg dus niet het risico van een verlaging van de verkoopprijs aan haar klant.

Overigens, hoewel (de eiseres), zoals zij opmerkt, een bepaald verkoopsquotum diende te realiseren om haar eigen kosten te dekken, is die toestand niet eigen aan de concessiehouder; zowel de handelsagent als de commissionair moeten eveneens hun eigen kosten dragen (cf. G. Bricmont en R. Gijsels, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Larocier, 1962, 21).

Zelfs al kocht (de eiseres) om door te verkopen, financierde zij de aankoop van haar stock en droeg zij het risico van insolventie van haar klanten - eigenlijk louter principieel daar dat risico in casu, namelijk de grootdistributie, nagenoeg onbestaande was -, had zij toch de zekerheid van (de verweerster) het equivalent van haar brutowinstmarge in de vorm van de D.B.C. terugbetaald te krijgen.

Tot slot mag er niet uit het oog worden verloren dat, zoals (de eiseres) zelf toegeeft, zonder die regeling waarbij (de eiseres) door (de verweerster) werd gesteund, de totstandkoming van een alleenverkoopconcessie vanuit economisch oogpunt onhoudbaar zou zijn geweest.

Daaruit volgt dat de 'winst' die (de eiseres) haalde uit de wederverkoop van de producten veeleer leek op een commissie dan op een daadwerkelijke winst wegens het verschil tussen de verkoop- en de aankoopprijs.

Uit al die gegevens volgt dat de atypische commerciële relatie tussen de partijen niet beantwoordt aan het begrip verkoopconcessie in de zin van de wet van 27 juli 1961.

Bijgevolg valt de voornoemde relatie niet onder de wet van 1961 en moet de vordering van (de eiseres) worden afgewezen".

Grievens

(...)

Derde onderdeel

Artikel 1, §2, van de wet van 27 juli 1961 somt een aantal kenmerken op die vereist zijn opdat er sprake kan zijn van een concessie in de zin van de wet, meer bepaald (i) dat de concessiehouder in eigen naam en voor eigen rekening koopt en verder verkoopt en (ii) dat de concessiegever aan de concessiehouder dat recht voorbehoudt zijn producten verder te verkopen.

Zodra die wettelijke voorwaarden in een specifiek geval vervuld zijn, moet de rechter de wet toepassen, ongeacht het bestaan van een winstmarge die niet overeenstemde met het verschil tussen de aankoopprijs en de wederverkoopprijs, maar die door de partijen op een vast bedrag was vastgesteld.

De wet behoedt immers de belangen van de concessiehouder en is dus van dwingend recht. Artikel 6 van de wet vermeldt dit uitdrukkelijk.

Het invoegen van een bestanddeel dat niet eigen is aan de concessie, zoals zij door de wet wordt omschreven, mag geen aanleiding zijn om de wet te omzeilen, waarvan de partijen niet mogen afwijken: aldus is het bedingen van een winstmarge, zoals de in deze zaak overeengekomen D.B.C., in een concessie-overeenkomst die, voor het overige, onder de toepassing van de wet valt, geenszins voldoende om zich aan de toepassing ervan te onttrekken.

Ook moeten de rechtbanken de aan hun beoordeling voorgelegde overeenkomsten een omschrijven overeenkomstig de toepasselijke dwingende bepalingen, en indien nodig, de omschrijving die de partijen ervan gaven wijzigen wanneer ze gekozen hebben voor een andere omschrijving die hun overeenkomst onttrekt aan bepaalde gevolgen van een dwingende wetsbepaling die naderhand wordt aangevoerd door de partij wier belangen zij uitgerekend wil beschermen.

Bovendien moet, wanneer de omschrijving afhangt van de toepassing van een dwingen-

de wet, artikel 1156 van het Burgerlijk Wetboek waarin de voorrang van de werkelijke wil is vastgelegd, in onderling verband worden gelegd met artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, dat de wilsautonomie onderwerpt aan de wettigheid van de overeenkomsten. In deze onderstelling heeft de rechter een uitgebreide (dis)kwalificatiebevoegdheid daar hij, in voorkomend geval, kan ingaan tegen de wil van de contractanten. Om de akte een juiste kwalificatie te geven gaat de rechter niet na wat de partijen hebben gewild, maar wat ze hebben gedaan.

Welnu, de appelrechters hebben vastgesteld dat de eiseres het recht was voorbehouden voor de verkoop van de producten van de verweerster die zij in een eerder stadium aankocht teneinde ze in een later stadium door te verkopen, dat zij de aankoop van haar stock financierde en dat zij het risico van insolventie van haar klanten droeg.

Het arrest stelt immers eerst vast dat "(de verweerster) niet betwist dat zij met (de eiseres) een distributiecontract had gesloten en haar de exclusiviteit had toegekend voor haar sector, namelijk de grootdistributie", met andere woorden dat de verweerster de verkoop van haar producten aan de eiseres had toevertrouwd, en stelt voorts vast dat de eiseres de producten van de verweerster kocht om ze aan haar eigen klanten door te verkopen en dat zij daarbij en haar stock financierde:

"Zelfs al kocht (de eiseres) om door te verkopen, financierde zij de aankoop van haar stock en droeg zij het risico van insolventie van haar klanten - eigenlijk louter principieel daar dat risico in casu, namelijk de grootdistributie, nagenoeg onbestaande was -, had zij toch de zekerheid van (de verweerster) het equivalent van haar brutowinstmarge in de vorm van de D.B.C. terugbetaald te krijgen".

Zodoende hebben de appelrechters vastgesteld dat de voorwaarden van artikel 1 in deze zaak voorhanden waren.

Bovendien neemt het arrest de omstandigheid dat de eiseres haar winst zou halen uit iets dat veeleer op een commissie lijkt, in aanmerking als een tegenargument voor het bestaan van een concessie in de zin van de wet:

"Tot slot mag er niet uit het oog worden verloren dat, zoals (de eiseres) zelf toegeeft, zonder die regeling waarbij (de eiseres) door (de verweerster) werd gesteund, de totstandkoming van een alleenverkoopconcessie vanuit economisch oogpunt onhoudbaar zou zijn geweest.

Daaruit volgt dat de 'winst' die (de eiseres) haalde uit de wederverkoop van de producten veeleer leek op een commissie dan op een daadwerkelijke winst wegens het verschil tussen de verkoop- en de aankoopprijs".

Het door het arrest gehanteerde criterium, namelijk dat de winst van de concessiehouder uitsluitend kan bestaan in het verschil tussen de verkoop- en de aankoopprijs, is vatbaar voor kritiek: de wet vereist immers geenszins dat het loon van de concessiehouder een winstmarge moet zijn die bestaat in het verschil tussen de aankoopprijs en de wederverkoopprijs.

In zoverre de bestanddelen van de wettelijke omschrijving van het begrip concessie voorhanden zijn, doet de wijze van betaling die de partijen zijn overeengekomen, al dan niet op forfaitaire wijze, geenszins afbreuk aan de omstandigheid dat de wet, die trouwens van dwingend recht is, toepasselijk is.

Het arrest dat oordeelt dat "uit al die gegevens volgt dat de atypische commerciële relatie tussen de partijen niet beantwoordt aan het begrip verkoopconcessie in de zin van de wet van 27 juli 1961", terwijl uit de vaststellingen ervan blijkt dat de bestanddelen van een concessie-overeenkomst in de zin van artikel 1 van de wet, namelijk (i) dat de concessiehouder in eigen naam en voor eigen rekening koopt en verder verkoopt en (ii) dat de concessiegever aan de concessiehouder dat recht voorbehoudt zijn producten verder te

verkopen, in deze zaak wel degelijk aanwezig zijn, schendt bijgevolg artikel 1 van de wet.

Doordat het arrest bovendien oordeelt dat er slechts sprake kan zijn van een concessie-overeenkomst in de zin van de wet indien het loon van de concessiehouder bestaat in de winstmarge die het resultaat is van het verschil tussen verkoop- en aankoopprijs van het product, voegt het een voorwaarde toe aan de wettelijke omschrijving in artikel 1 van de wet en schendt het bijgevolg die bepaling.

Het arrest dat beslist dat er geen concessie-overeenkomst bestaat in de zin van artikel 1 van de wet, terwijl de in casu gesloten overeenkomst, blijkens de feitelijke bestanddelen die het arrest in aanmerking neemt, krachtens de dwingende aard van de artikelen 1 en 6 van de wet, aangemerkt moet worden als een concessie-overeenkomst in de zin van de wet, en dat steunt op de door de partijen overeengekomen betalingswijze om de omschrijving als concessie-overeenkomst te verwerpen, terwijl de wet de betalingswijze van de concessiehouder niet vermeldt als een bestanddeel van de wettelijke omschrijving van de concessie, schendt bijgevolg de artikelen 1 en 6 van de wet, alsook de artikelen 1134 en 1156 van het Burgerlijk Wetboek.

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het middel

Derde onderdeel

Krachtens artikel 1, §2, van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop is een verkoopconcessie iedere overeenkomst krachtens welke een concessiegever aan een of meer concessiehouders het recht voorbehoudt in eigen naam en voor eigen rekening producten te verkopen, die hijzelf vervaardigt of verdeelt.

Het arrest stelt eerst vast dat de verweerster aan de eiseres de exclusiviteit van de distributie van haar producten in de sector van de grootdistributie had toegeestaan, op het grondgebied van België en, voor een gedeelte van die producten, op dat van het Groot-Hertogdom Luxemburg, en beslist vervolgens dat de eiseres, aangezien haar loon bestond in een vast percentage van 11,30 pct. op elke door haar tussenkomst tot stand gebrachte verkoop, "dus niet het risico (droeg) van een verlaging van de verkoopprijs aan haar klanten", dat, hoewel zij "een bepaald verkoopsquotum diende te realiseren om haar eigen kosten te dekken, (...) die toestand niet eigen aan (is) de concessiehouder; zowel de handelsagent als de commissionair moeten eveneens hun eigen kosten dragen", dat zij "de zekerheid (had) van (de verweerster) het equivalent van haar brutowinstmarge (...) terugbetaald te krijgen", dat, "zoals (de eiseres) zelf toegeeft, zonder die regeling waarbij (de eiseres) door (de verweerster) werd gesteund, de totstandkoming van een alleenverkoopconcessie vanuit economisch oogpunt onhoudbaar zou zijn geweest" en dat "de 'winst' die (de eiseres) haalde uit de wederverkoop van de producten veeleer leek op een commissie dan op een daadwerkelijke winst wegens het verschil tussen de verkoop- en de aankoopprijs".

Op grond van die overwegingen kon het arrest, dat voor het overige erop wijst dat de eiseres "kocht om door te verkopen" en dat zij "zij de aankoop van haar stock (financierde) en (...) het risico van insolventie van haar klanten (droeg)", en aldus aanneemt, ook al beschouwt het laatstgenoemde risico als "nagenoeg

onbestaande", daar het om de grootdistributie gaat, dat de eiseres sommige risico's droeg die verbonden waren aan de distributie van de producten, niet naar recht beslissen dat de verweerster aan de eiseres niet het recht had voorbehouden in eigen naam en voor eigen rekening de producten te verkopen die zij commercialiseerde en dat de partijen niet gebonden waren door een overeenkomst van concessie van alleenverkoop in de zin van de voornoemde wet.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

De overige onderdelen van het middel hoeven niet onderzocht te worden. Ze kunnen immers niet leiden tot ruimere cassatie.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dat het hoger beroep ontvankelijk verklaart.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de het hof van beroep te Bergen.

30 april 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Lefebvre en Foriers.
