

HOF VAN CASSATIE

**ARRESTEN VAN HET
HOF VAN CASSATIE**

NOVEMBER 2010
NUMMERS 648 TOT 704

Nr. 648**2° KAMER - 2 november 2010**

1° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — TERMIJNEN VOOR CASSATIEBEROEP EN BETEKENING — STRAFVORDERING — VOORBARIG CASSATIEBEROEP (GEEN EINDBESLISSING) - BEKLAAGDE
VERVOLGD VOOR VERSCHILLENDE CORRECTIONELE RECHTBANKEN VAN HETZELFDE HOF VAN BEROEP - VERZOEK TOT REGELING VAN RECHTSGEBIED VAN DE BEKLAAGDE - ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP - GEEN BEVOEGDHEIDSGESCHIL - NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN HET VERZOEK TOT REGELING VAN RECHTSGEBIED - ONMIDDELLIJK CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID

2° REGELING VAN RECHTSGEBIED — STRAFZAKEN — TUSSEN VONNISGERECHTEN - BEKLAAGDE VERVOLGD VOOR VERSCHILLENDE CORRECTIONELE RECHTBANKEN VAN HETZELFDE HOF VAN BEROEP - VERZOEK TOT REGELING VAN RECHTSGEBIED VAN DE BEKLAAGDE - ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP - GEEN BEVOEGDHEIDSGESCHIL - NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN HET VERZOEK TOT REGELING VAN RECHTSGEBIED - ONMIDDELLIJK CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID

1° en 2° Het arrest dat het verzoek van de beklaagde tot regeling van rechtsgebied niet ontvankelijk verklaart omdat niet blijkt dat de beide rechtbanken zich bij in kracht van gewijsde getreden beslissingen op enigerlei wijze hebben bevoegd verklaard, is geen eindbeslissing in de zin van artikel 416, eerste lid, Wetboek van Strafvordering en houdt evenmin verband met een van de gevallen bedoeld door het tweede lid van dat artikel; het bestreden arrest beslist niet over een bevoegdheidsconflict, aangezien het geen uitspraak doet over de bevoegdheid van de rechtscolleges van het rechtsgebied van het hof van beroep die met betrekking tot de beklaagde werden geadieerd¹. (Artt. 416 en 540, Wetboek van Strafvordering)

(J.)

ARREST

(AR P.10.1579.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 15 september 2010.

De eiser voert geen middel aan.

Raadsheer Filip Van Volssem heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Het bestreden arrest verklaart eisers verzoek tot regeling van rechtsgebied niet ontvankelijk omdat niet blijkt dat de beide rechtbanken zich bij in kracht van gewijsde getreden beslissingen op enigerlei wijze hebben bevoegd verklaard.

2. Dit is geen eindbeslissing in de zin van artikel 416, eerste lid, Wetboek van

Strafvordering en houdt evenmin verband met een van de gevallen bedoeld door het tweede lid van dat artikel. Het bestreden arrest beslist niet over een bevoegdheidsconflict, aangezien het geen uitspraak doet over de bevoegdheden van de rechtscolleges van het rechtsgebied van het hof van beroep die met betrekking tot de eiser werden geadieerd.

Het cassatieberoep is voorbarig, mitsdien niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

2 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van Volsem – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Duinslager, advocaat-generaal.

Nr. 649

2° KAMER - 2 november 2010

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - VONNISGERECHT -
VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING - TOEPASSELIJKHEID

2° RECHTBANKEN — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING - HOF VAN BEROEP -
MAGISTRAAT VAN HET HOF VAN BEROEP - LID VAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING -
UITSpraak IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN STRAFVORDERING - VERWIJZING
DOOR DE RAADKAMER - VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING GERICHT AAN HET
VONNISGERECHT - AFWIJZING - HOGER BEROEP - ZELFDE MAGISTRAAT DIE UITSpraak DOET OVER
HET VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING - TOELAATBAARHEID

3° RECHTERLIJKE ORGANISATIE — STRAFZAKEN - STRAFVORDERING - HOF VAN
BEROEP - MAGISTRAAT VAN HET HOF VAN BEROEP - LID VAN DE KAMER VAN
INBESCHULDIGINGSTELLING - UITSpraak IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN
STRAFVORDERING - VERWIJZING DOOR DE RAADKAMER - VERZOEK TOT VOORLOPIGE
INVRIJHEIDSTELLING GERICHT AAN HET VONNISGERECHT - AFWIJZING - HOGER BEROEP - ZELFDE
MAGISTRAAT DIE UITSpraak DOET OVER HET VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING -
TOELAATBAARHEID

4° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - STRAFVORDERING - HOF VAN
BEROEP - MAGISTRAAT VAN HET HOF VAN BEROEP - LID VAN DE KAMER VAN
INBESCHULDIGINGSTELLING - UITSpraak IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN
STRAFVORDERING - VERWIJZING DOOR DE RAADKAMER - VERZOEK TOT VOORLOPIGE
INVRIJHEIDSTELLING GERICHT AAN HET VONNISGERECHT - AFWIJZING - HOGER BEROEP - ZELFDE
MAGISTRAAT DIE UITSpraak DOET OVER HET VERZOEK TOT VOORLOPIGE INVRIJHEIDSTELLING -
SPECIFIEKE AARD VAN DE CONTROLE OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN
STRAFVORDERING - GEVOLG

1° Artikel 6.1 E.V.R.M. is niet van toepassing op de beslissingen van de vonnisgerichten
wanneer ze geen uitspraak doen over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung

maar over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling¹.

2° en 3° Geen enkele wettelijke bepaling belet dat een magistraat van het hof van beroep zitting kan nemen in het vonnisgerecht dat uitspraak doet over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling nadat hij voordien in dezelfde zaak als lid van de kamer van inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de toegepaste bijzondere opsporingsmethoden op grond van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering heeft geoordeeld.

4° Wegens de specifieke aard van de controle overeenkomstig artikel 235ter Wetboek van Strafvordering vermag de beklaagde geen miskennis van zijn recht van verdediging afleiden uit de omstandigheid dat één of meerdere rechters die eerder in dezelfde zaak de controle van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden hebben verricht, vervolgens oordelen over zijn verzoek tot voorlopige invrijheidstelling.

(W.)

ARREST

(AR P.10.1645.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 21 oktober 2010.

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

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM en de artikelen 27 en 30 Voorlopige Hechteniswet, evenals miskennis van het recht van verdediging: magistraten die niet louter voor de beoordeling van de voorlopige hechtenis, maar van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden reeds kennisnamen van een dossier gedurende de onderzoeksfase, kunnen niet meer oordelen over het hoger beroep tegen het vonnis dat oordeelt over het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling overeenkomstig artikel 27 Voorlopige Hechteniswet, vermits zij geen deel meer kunnen uitmaken van de kamer, belast met correctionele zaken, zoals vereist in artikel 30 Voorlopige Hechteniswet.

2. Artikel 6.1 EVRM is niet van toepassing op de beslissingen van de vonnisgerechten wanneer ze geen uitspraak doen over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning maar over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling.

3. Geen enkele wettelijke bepaling belet dat een magistraat van het hof van beroep zitting kan nemen in het vonnisgerecht dat uitspraak doet over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling nadat hij voordien in dezelfde zaak als lid van de kamer van inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de

1 Cass., 13 sept. 1989, AR 7724, AC, 1989(90), nr. 51; Cass., 19 jan. 1993, AR P.93.0062.N, AC, 1993, nr. 73; Cass., 23 jan. 1996, AR P.96.0090.N, AC, 1996, nr. 49; Cass., 2 aug. 2006, AR P.06.1098.N, AC, 2006, nr. 379.

toegepaste bijzondere opsporingsmethoden op grond van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering heeft geoordeeld.

In zoverre faalt het middel naar recht.

4. Voor het overige vermag de beklaagde wegens de specifieke aard van de controle overeenkomstig artikel 235ter Wetboek van Strafvordering geen miskenning van zijn recht van verdediging afleiden uit de omstandigheid dat één of meerdere rechters die eerder in dezelfde zaak de controle van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden hebben verricht, vervolgens oordelen over zijn verzoek tot voorlopige invrijheidstelling.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

2 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslager, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Ph. Daeninck, Hasselt.

Nr. 650

2° KAMER - 3 november 2010

1^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - OUDE WET - STRAF - ONGRONDWETTIGHEID - NIEUWE WET - MILDER - GEVOLG - TERUGWERKENDE KRACHT

2^o STRAF — ALGEMEEN. STRAF EN MAATREGEL. WETTIGHEID - TOEPASSING IN DE TIJD - OUDE WET - STRAF - ONGRONDWETTIGHEID - NIEUWE WET - MILDER - GEVOLG - TERUGWERKENDE KRACHT

3^o CASSATIE — Vernietiging. OMVANG — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING — BEKLAAGDE EN VERDACHTE - STRAF - Vernietiging - SCHULD - REDEN ZONDER VERBAND - GEVOLG - GRENS

1^o en 2^o *De terugwerkende kracht van de nieuwe, mildere wet, komt niet in het gedrang door het feit dat ná het plegen van het misdrijf en vóór de berechting ervan, de gedeeltelijke ongrondwettigheid van de oude straf tot tijdelijke straffeloosheid van de dader heeft geleid*¹. (Artt. 43 en 48, Wet 21 dec. 2009; Art. 45, Wet 22 dec. 2009; Art. 2, tweede lid, Strafwetboek)

3^o *Er is geen grond om de vernietiging uit te breiden tot de beslissing waarbij de appelrechters het misdrijf bewezen hebben verklaard, wanneer vernietigd wordt om een reden die geen betrekking heeft op de redenen welke die beslissing verantwoorden.*

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. C.)

¹ Zie andersluidende schriftelijke concl. O.M. in *Pas.*, nr.650.

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0856.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, correctionele kamer, van 22 april 2010.

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

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft op 5 oktober 2010 een conclusie neergelegd op de griffie.

Op de rechtszitting van 3 november 2010 heeft afdelingsvoorzitter Frédéric Close verslag uitgebracht en heeft de voormelde advocaat-generaal geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het arrest zegt dat er geen grond is om de geldboeten toe te passen die zijn vastgesteld bij de artikelen 43 en 48 van de wet van 21 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen, en 45, van de wet van 22 december 2009 betreffende de algemene regeling inzake accijnzen.

Ter motivering van die weigering vermeldt het arrest dat de nieuwe bepalingen, ofschoon zij gunstiger uitvallen dan die welke ten tijde van het misdrijf van kracht waren, zijn uitgevaardigd ná een arrest van nietigverklaring van het Grondwettelijk Hof van 30 oktober 2008, waardoor geen enkele geldboete kan worden uitgesproken op grond van de nietigverklarde bepaling.

Artikel 2, tweede lid, Strafwetboek bepaalt dat, indien de straf die ten tijde van het vonnis is bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, de minst zware straf wordt toegepast.

De terugwerkende kracht van de laatstgenoemde, mildere, wet komt niet in het gedrang door het feit dat ná het plegen van het misdrijf en vóór de berechting ervan, de gedeeltelijke ongrondwettigheid van de oude straf tot tijdelijke straffeloosheid van de dader heeft geleid.

Het middel is gegrond.

Er is geen grond om de vernietiging uit te breiden tot de beslissing waarbij de appelrechters het misdrijf bewezen verklaren, wanneer, zoals te dezen, vernietigd wordt om een reden die geen betrekking heeft op de redenen welke die beslissing verantwoorden.

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is, behoudens de hierna vernietigde onwettigheid, overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de straf en de bijdrage aan het Bijzonder Fonds tot hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden.

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 verweerder in de helft van de kosten van het cassatieberoep en de eiser in de andere helft.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Brussel, correctie-nele kamer.

3 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close, afdelingsvoorzitter – *Andersluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. M.-F. Dubuffet, Brussel, Ph. Erkès, Brussel en T'Kint.

Nr. 651

2° KAMER - 3 november 2010

STRAFUITVOERING - STRAFUITVOERINGSRECHTBANK - VOORWAARDELIJKE INVRIJHEIDSTELLING - HERROEPING - VORDERING TOT HERROEPING - PROEFTERMIJN - VERVAL - GEVOLG

Indien de voorwaardelijke invrijheidstelling niet werd herroepen vóór het verstrijken van de proeftermijn, ontnemt de definitieve invrijheidstelling van de veroordeelde de bestaansreden aan de vordering tot herroeping¹. (Art. 71, eerste lid, Wet Strafvuivering)

(PROCUREUR DES KONINGS TE BRUSSEL T. R.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.1573.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank te Brussel van 4 oktober 2010.

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

Afdelingsvoorzitter Frédéric Close heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. FEITEN

De verweerder werd op 14 augustus 2008 voorwaardelijk in vrijheid gesteld. De datum van zijn definitieve invrijheidstelling was op 21 augustus 2010 vastgesteld.

Op 22 juni 2010, dus vóór het verstrijken van de proeftermijn, heeft de eiser verzocht om de strafuitvoeringsmodaliteit te herroepen. Daartoe voerde hij aan dat de verweerder naar luid van een op 29 april 2010 in kracht van gewijsde gegaan vonnis, tijdens het voormelde wanbedrijf (lees: de voormelde proeftermijn) een misdaad of wanbedrijf heeft gepleegd.

¹ Zie andersluidende concl. O.M. in *Pas.*, nr. 651.

Bij een verstekvonnis van 12 juli 2010 heeft de strafuitvoeringsrechtbank het verzoek tot herroeping ingewilligd.

Op het verzet van de verweerder, dat ontvankelijk is verklaard, heeft de rechtbank beslist dat de vordering tot herroeping geen bestaansreden meer had doordat hij intussen definitief was vrijgelaten.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

De eiser voert aan dat het vonnis artikel 65, tweede lid, van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden schendt. Naar luid van de aangevoerde bepaling wordt, in geval van herroeping overeenkomstig artikel 64, 1°, van de wet, zoals in onderhavig geval, de herroeping geacht te zijn ingegaan op de dag waarop die misdaad of dat wanbedrijf werd gepleegd. De eiser leidt daaruit af dat het verwijt dat zijn vordering elke bestaansreden mist, niet naar recht verantwoord is.

Artikel 71, eerste lid, van de wet bepaalt evenwel dat de veroordeelde definitief in vrijheid wordt gesteld indien het vonnis tijdens de proeftijd niet is herroepen.

De strafuitvoeringsrechtbank die het verzet ontvankelijk verklaart heeft het verstekvonnis van 12 juli 2010 nietig verklaard.

Daaruit volgt dat de voorwaardelijke invrijheidstelling niet vóór het verstrijken van de proeftermijn werd herroepen, waaruit volgt dat de definitieve invrijheidstelling van de veroordeelde de vordering haar bestaansreden ontnemt, zoals de rechtbank heeft beslist.

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 gewezen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Laat de kosten ten laste van de Staat.

3 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close, afdelingsvoorzitter – *Andersluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal.

Nr. 652

2° KAMER - 3 november 2010

1° ONDERZOEKSGERECHTEN - BESCHIKKING TOT VERWIJZING - MOORDPOGING -
VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - TOEPASSING - CORRECTIONALISERING - BEVOEGDHEID

2° SLAGEN EN VERWONDINGEN. DODEN — OPZETTELIJK TOEBRENGEN

VAN VERWONDINGEN EN OPZETTELIJK DODEN - MOORDPOGING -
 VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - TOEPASSING

3^o BEVOEGDHEID EN AANLEG — STRAFZAKEN — BEVOEGDHEID -
 MOORDPOGING - VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - TOEPASSING - CORRECTIONALISERING -
 GEVOLG - BEVOEGDHEID

4^o STRAF — VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN.
 VERSCHONINGSGRONDEN - MOORDPOGING - TOEPASSING

1^o, 2^o, 3^o, 4^o *De onderzoeksgerechten kunnen na aanneming van de verzachtende omstandigheden, iemand die van moordpoging wordt verdacht, naar de correctionele rechtbank verwijzen*¹. (Art. 2, derde lid, 2^o, Wet Verzachtende Omstandigheden)

(PROCEUREUR- GENERAAL TE BRUSSEL T. E. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.1611.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling, van 6 oktober 2010.

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

Afdelingsvoorzitter ridder Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

A. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissingen op de strafvordering tegen F. E. M. en A. A.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat het cassatieberoep aan die verweerders is betekend.

Het cassatieberoep is bijgevolg niet ontvankelijk.

B. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de strafvordering tegen M. E. M.

De eiser verwijt het arrest dat het de verweerder naar de correctionele rechtbank verwijst wegens moordpoging, terwijl naar luid van artikel 2, derde lid, 2^o, Wet Verzachtende Omstandigheden, dergelijke verwijzing alleen is toegestaan voor poging tot misdaad die "gestraft wordt" met levenslange opsluiting.

De aangevoerde wetsbepaling moet in die zin begrepen worden dat zij de correctionalisering toestaat van elke poging tot misdaad "die gestraft wordt" met levenslange opsluiting en die dus zelf gestraft worden met de straf die, overeenkomstig de artikelen 52 en 80, eerste lid, Strafwetboek, onmiddellijk lager is.

Het middel wijst erop dat in de tekst van de wet het voltooid deelwoord overeenkomt met het onderwerp, veeleer dan met de bijvoeglijke bepaling, doch niets wijst erop dat die overeenkomst de wil van de wetgever weergeeft en niet het

¹ Zie gelijklopende concl. O.M. in *Pas.*, nr. 652.

resultaat is van een schrijffout.

De door de eiser aan het voormelde artikel 2, derde lid, 2°, gegeven uitleg zou die bepaling haar betekenis ontnemen, aangezien de poging tot misdaad in de regel alleen met levenslange opsluiting kan worden gestraft.

Artikel 136septies, 6°, Strafwetboek bepaalt weliswaar dat, wat betreft volkenmoord, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden, poging wordt bestraft met de straf die voor het voltooide misdrijf is bepaald.

Het blijkt evenwel niet dat de wetgever de correctionalisering van dergelijke poging waarop levenslang staat, heeft willen mogelijk maken, maar daarentegen de poging die alleen met de lagere straf wordt gestraft van verwijzing naar de correctionele rechtbank heeft willen uitsluiten.

De onderzoeksgerechten kunnen, na aanneming van de verzachtende omstandigheden, iemand die van moordpoging wordt verdacht naar de correctionele rechtbank verwijzen.

Het middel dat het tegendeel aanvoert, faalt naar recht.

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.

Laat de kosten ten laste van de Staat.

3 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal.

Nr. 653

1° KAMER - 4 november 2010

1° CASSATIE — ALGEMEEN. OPDRACHT EN BESTAANSREDEN VAN HET HOF. AARD VAN HET CASSATIEGEDING - VREEMDE WET - TOEPASSING - UITLEGGING - FEITENRECHTER - OPDRACHT - HOF VAN CASSATIE

2° VREEMDE WET - TOEPASSING - UITLEGGING - FEITENRECHTER - OPDRACHT - HOF VAN CASSATIE

3° CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — VEREISTE VERMELDINGEN - GESCHONDEN WETTELIJKE BEPALINGEN - VREEMDE WET - TOEPASSELIJKE VERWIJZINGSREGEL

4° VREEMDE WET - CASSATIEMIDDEL - BURGERLIJKE ZAKEN - VEREISTE VERMELDINGEN - GESCHONDEN WETTELIJKE BEPALINGEN - TOEPASSELIJKE VERWIJZINGSREGEL

1° *Wanneer de feitenrechter de vreemde wet toepast, moet hij de draagwijdte ervan bepalen door rekening te houden met haar uitlegging in het land van oorsprong; het Hof toetst of de beslissing van de feitenrechter met die uitlegging strookt; de schending van de vreemde wet wordt echter enkel via de verwijzingsregel bij het Hof aanhangig*

*gemaakt*¹.

*2° Het middel dat de bestreden beslissing verwijt verscheidene bepalingen van een vreemde wet te schenden en de miskenning van de toepasselijke verwijzingsregel niet aanvoert, is niet ontvankelijk*². (Art. 1080, Gerechtelijk Wetboek)

(V. T. C. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.07.0191.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 9 november 2006 gewezen door het hof van beroep te Luik.

Raadsheer Christine Matray heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- artikel 1382 van het Luxemburgse Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 58 en 59 van de Luxemburgse wet van 10 augustus 1915 concernant les sociétés commerciales.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart de eiser aansprakelijk voor de schade die de verweerders beweerden te hebben geleden ten belope van de verkoopprijs van hun aandelen, welke prijs gestort werd op de rekening van de vennootschap naar Luxemburgs recht Blue Wind Enterprises (hierna: B.W.E.) waarvan, volgens het arrest, de eiser de feitelijke bestuurder zou zijn geweest. Het baseert die beslissing op de onderstaande gronden:

Het bestreden arrest vermeldt het volgende:

"Is [de eiser] aansprakelijk voor de fouten van B.W.E., nam hij deel aan de strafbare feiten die de bestuurders van die vennootschap hebben gepleegd en, zo ja, in welke mate?

[De eiser] beklemtoont dat hij nooit aandeelhouder van B.W.E. is geweest, dat hij geen enkele leidinggevende functie heeft uitgeoefend binnen die vennootschap waarvan hij van 1 november 1999 tot 28 februari 2001 een werknemer is geweest, dat hij in zijn hoedanigheid van externe accountant van de vennootschap op 29 oktober 2002 en op 19 mei 2003 een afrekening heeft kunnen maken van de gelden die [de verweerders] aan B.W.E. hebben toevertrouwd en, ten slotte, dat hij vanuit de rekening waarvan B.W.E. houder was in de boekhouding van het Crédit Européen te Dudelange nooit enige betaling heeft gedaan;

Die verklaringen zijn niet overtuigend;

[De eiser] ligt immers aan de oorsprong van de 'inmenging' van B.W.E. in de zaken van de [verweerders], aangezien B.W.E. op zijn initiatief optreedt in de plaats van de vennootschap M&C-Group waarvan hij de meerderheidsaandeelhouder was, om de overeenkomst betreffende de verdeling van de deelbewijzen in de vennootschap Orp Kart uit te voeren;

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr. 653.

² *Ibid.*

Het staat vast dat [de eiser] herhaaldelijk opgetreden is om B.W.E. te vertegenwoordigen bij verschillende verrichtingen in België, met name op de buitengewone algemene vergadering van Progestor op 1 september 1999, bij het sluiten van de kredietovereenkomst die Progestor en Orp Kart op 9 mei 2009 met Fortis Bank hebben aangegaan en bij een borgstelling op een handelszaak van Progestor en Orp Kart ten voordele van Fortis Bank op 23 mei 2000, en, tot slot bij de ondertekening van de op 26 juni 2002 met Euromax gesloten dadingsovereenkomst;

Verder is dezelfde [eiser] opgetreden krachtens de bevoegdheden die hem werden verleend bij de oprichting van die vennootschap, en heeft hij [de verweester] volmacht gegeven om Fox Holdings Inc. te vertegenwoordigen op de buitengewone algemene vergadering d.d. 18 december 2000 van de naamloze vennootschap Chansong, waarvan Progestor de hoofdaandeelhouder is, waar beslist zou worden over de wijziging van het doel en van de benaming van de vennootschap, die voortaan Events Promotion zou heten;

Er waren dus wel degelijk reeds vóór de overdracht van de aandelen van Orp Kart op 14 mei 2001 aanwijzingen dat [de eiser] en K. H. samenspannen;

Die aanwijzingen werden naderhand bevestigd:

- B.W.E. beslist op eigen initiatief de facturen te betalen betreffende de boekhoudkundige en fiscale prestaties van de fiduciaire F.M.V., die M. V. Gestion is opgevolgd, ten voordele van de vennootschappen Progestor, Orp Kart en Events Promotion; aangezien het dossier geen enkel spoor bevat van klachten van F.M.V. tegen die vennootschappen of tegen B.W.E., kan daaruit worden afgeleid dat die betalingen wel degelijk op het aansturen [van de eiser] zijn gedaan;

- wanneer de [verweerders] bij B.W.E. informeren naar de stand van hun rekening en naar het bedrag waarover zij nog kunnen beschikken om hun zaken te kunnen ontwikkelen, worden zij naar [de eiser] verwezen;

- wanneer, na de verdwijning van K. H., de raadsman van de [verweerders] [bij de eiser] om uitleg vraagt over de aanwending van de bedragen (ingebrekestelling van 23 september 2003), stelt laatstgenoemde, die toegeeft dat er wat onduidelijkheid heerst in hun relaties, op 20 oktober 2003 voor om via zijn fiduciaire F.M.V. de schuldvordering van de [verweerders] tegen B.W.E. en H. over te kopen, na aftrek van de beheersprestaties die door B.W.E. tot in september 2002 zijn verricht, van de terugbetaling van de door B.W.E. voorgesloten kapitaalbedragen en van een gangbare interest op de ter beschikking gestelde bedragen;

Uit de hierboven uiteengezette gegevens kan worden afgeleid dat [de eiser] zich gedragen heeft als een feitelijke bedrijfsleider van B.W.E. aan de zijde van afgevaardigd bestuurder K. H. Hij moet dus persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor het gebruik van de gelden die aan B.W.E. werden toevertrouwd".

Grieven

(...)

Tweede onderdeel

De eventuele aansprakelijkheid van de feitelijke beheerder van een vennootschap volgt niet uitsluitend uit die hoedanigheid maar onderstelt dat hij, gedekt door die vennootschap, een fout heeft begaan en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen die fout en de aangevoerde schade (J.-F. Goffin, Responsabilité des dirigeants de sociétés, 2e ed., nr. 50 e.v.).

Door de in het arrest weergegeven redenen, stelt het arrest enkel vast dat de eiser op algemene wijze was opgetreden in het beheer van de vennootschap B.W.E. in de hoedanigheid van feitelijke bestuurder, maar vermeldt het geen enkel gegeven op grond waarvan kan worden opgemaakt dat hij in die hoedanigheid een fout heeft begaan, ongeacht of dat

nu op basis van artikel 1382 van het Luxemburgse Burgerlijk Wetboek of op basis van de in het middel aangewezen artikelen 58 en 59 van de Luxemburgse wet van 10 augustus 1915 concernant les sociétés commerciales is gebeurd.

Het arrest schendt bijgevolg die bepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Tweede onderdeel

Wanneer de feitenrechter een vreemde wet toepast, moet hij de draagwijdte ervan bepalen door rekening te houden met de uitlegging die zij krijgt in het land van oorsprong.

Het Hof toetst of de beslissing van de feitenrechter met die uitlegging strookt.

De schending van de vreemde wet wordt echter enkel via de verwijzingsregel bij het Hof aanhangig gemaakt.

Het onderdeel dat het arrest verwijt de artikelen 1382 van het Luxemburgse Burgerlijk Wetboek en 58 en 59 van de Luxemburgse wet van 10 augustus 1915 concernant les sociétés commerciales te schenden, voert de schending van de toepasselijke verwijzingsregel niet aan.

Het onderdeel is niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

4 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Matray – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Heenen en Simont.

Nr. 654

1^o KAMER - 4 november 2010

AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — DAAD — FOUT - BEGRIP

Het arrest dat oordeelt dat de verweerders geen fout hebben begaan die voortvloeit uit enige tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht, op grond dat die fout niet is begaan ten aanzien van de [eiseres], voegt aan de definitie van de fout een voorwaarde toe die daarmee geen verband houdt. (Artt. 1382 en 1383, BW)

(SALMONSART bvba T. P. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR C.09.0214.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 13 november 2007 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

Raadsheer Didier Batselé heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest doet het beroepen vonnis teniet, wijzigt het, wijst de vordering van de eiseres af en veroordeelt haar in de kosten van de beide gedingen.

Het arrest baseert die beslissingen op de onderstaande redenen:

"Het voorwerp van deze zaak heeft betrekking op de schade die de (eiseres) zou geleden hebben doordat zij niet heeft kunnen beschikken over dezelfde litigieuze percelen die de echtgenoten P.-C. naar haar zeggen aan haar zouden hebben verpacht tussen 20 oktober 1998 en het einde van het teeltseizoen 2001, indien (de verweerders) de grond niet op onrechtmatige wijze waren blijven gebruiken.

Het Hof van Cassatie is weliswaar van oordeel dat de omstandigheid dat het niet nakomen van de zorgvuldigheidsplicht die voor iedereen geldt en die eveneens een miskenning van een contractuele verplichting uitmaakt, niet uitsluit dat de schadeveroorzaker aansprakelijk kan worden gesteld ten aanzien van derden met wie hij niet heeft gecontracteerd (zie in die zin Cass., 11 juni 1981, *AC*, 1981, nr. 583).

Het tegenovergestelde is eveneens waar, namelijk dat een derde, in dit geval de (eiseres), los van de contractuele fout van de (verweerders) ten aanzien van de echtgenoten P.-C., die werd gestraft, de straf en het herstel van een aquiliaanse fout, die ipso facto, ten aanzien van haar zou zijn begaan, kan vorderen.

In die optiek zijn de beslissingen die reeds gewezen zijn tegen (de verweerders) naar aanleiding van hun geschil met de eigenaars echter niet relevant voor dit geschil.

Het komt er hier uitsluitend op aan na te gaan of de (verweerders), door op de litigieuze percelen te blijven gedurende de bewuste periode bovendien, een fout hebben begaan, namelijk een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die voor hen hebben gold, aangezien zij aangemaand waren om die percelen te ontruimen, en of die fout schade aan (de eiseres) heeft berokkend, zoals de eerste rechters hebben beslist.

Alvorens dieper in te gaan, indien nodig, op de eventuele schade die laatstgenoemde zou hebben geleden (verlies van exploitatiewinst) die verschilt van die waarvoor de echtgenoten P.-C. schadevergoeding hebben gekregen (pachtderving), gaat het dus in de eerste plaats wel degelijk om de fout, en om een fout die de (verweerders) ten aanzien van (de eiseres) hebben begaan.

Het is natuurlijk mogelijk, ja zelfs waarschijnlijk, zoals laatstgenoemde beweert, dat de litigieuze percelen haar vroeger verpacht hadden kunnen worden, aangezien het voornemen van twee van haar stichters om gebruik te maken van haar rechtspersoonlijkheid, meer bepaald met fiscale bedoelingen, al lang bestond.

Het is trouwens verbazend dat de exploitatieverliezen niet naar aanleiding van de vorige geschillen ter sprake kwamen.

De mogelijkheid bestond dat de (verweerders) in de wettige onwetendheid verkeerden

omtrent dat voornemen.

Zij hebben voorts geen enkele technische fout gemaakt in de wijze waarop zij de litigieuze percelen exploiteerden. Er wordt hoe dan ook geen naar recht afdoend bewijs van een dergelijke fout geleverd.

Het loutere feit dat zij geloofd hebben, in dit geval ten onrechte, dat zij zonder wettige titel op het gepachte goed konden blijven, kan hen in deze zaak niet worden verweten door een van hun eigenaars onderscheiden rechtspersoon.

Uit die overwegingen en vaststellingen, die elkaar wederzijds aanvullen en bevestigen, volgt dat het hof (van beroep) niet oordeelt dat de (verweerders), door te handelen zoals zij hebben gedaan, ten aanzien van (de eiseres) op enigerlei wijze een algemene zorgvuldigheidplicht niet zijn nagekomen".

Grieven

Het arrest gaat niet na of de verweerders, door zonder titel of recht op de percelen te blijven die door de eiseres geëxploiteerd hadden moeten kunnen worden, tekortgekomen zijn aan de algemene zorgvuldigheidplicht, die wordt beoordeeld naar de maatstaf van een normaal voorzichtig en bedachtzaam mens en is vastgelegd in de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Het arrest baseert zijn beslissing op de reden, die vier maal wordt verwoord, dat de verweerders zich ten aanzien van (de eiseres) niet schuldig hebben gemaakt aan enige tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidplicht.

Elke tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidplicht vormt echter een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek. Daartoe is het niet vereist dat de partij die het herstel van haar schade vordert beschermd werd door de miskende norm of, anders gezegd, dat die tekortkoming ten aanzien van die partij is begaan.

Daaruit volgt dat het arrest: 1° het wettelijk begrip buitencontractuele fout miskent door aan de definitie van een dergelijke fout, zonder enige wettelijke grond, een voorwaarde toe te voegen die de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek niet bevatten, namelijk dat de tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidplicht enkel tot schadevergoeding aanleiding kan geven indien zij begaan is ten aanzien van de partij die deze vergoeding vordert (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek);

2° door niet na te gaan of de verweerders, door ten onrechte op het goed te blijven, zijn tekortgekomen aan de algemene voorzichtigheidsplicht, niet de vermeldingen bevat die het Hof van Cassatie in staat moeten stellen zijn wettigheidstoetsing uit te oefenen en bijgevolg niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

In de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek houdt elke tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidplicht een fout in.

Het arrest dat oordeelt dat de verweerders geen fout hebben begaan die voortvloeit uit enige tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidplicht, op grond dat die fout niet is begaan "ten aanzien van de (eiseres)", voegt aan de definitie van de fout een voorwaarde toe die er geen verband mee houdt en schendt bijgevolg de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest behalve in zoverre dit het hoger beroep ontvanke-lijk 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 het hof van beroep te Luik.

4 november 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Batselé – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Foriers.

Nr. 655

1° KAMER - 4 november 2010

ERFENISSEN - MASSA - RECHTEN VAN BLOTE EIGENDOM - LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT - VRUCHTGEBRUIK - OMVANG - GEVOLG

Wanneer de nalatenschap rechten van blote eigendom bevat, ontstaat over die goederen waarop hij betrekking heeft, ten voordele van de langstlevende echtgenoot, binnen de perken van zijn erfrecht, een vruchtgebruik dat bij het overlijden van de huidige vruchtgebruiker uitwerking zal hebben, indien hij hem overleeft; de omstandigheid dat de blote eigendom van die goederen, ten gevolge van het overlijden, verworven wordt door hun huidige vruchtgebruiker, doet helemaal geen afbreuk aan het recht van vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot. (Artt. 915bis, §1, 920 en 922, BW)

(M. T. T.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.09.0630.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 25 juni 2009 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

- de artikelen 580, 617, 745bis, §1, tweede lid, 745quater, §2, eerste lid, 745sexies, §2, eerste lid, 915bis, §1, 920 en 922, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart het bezwaar niet-gegrond waarbij de eiseres de helft heeft opgeëist van een recht van vruchtgebruik dat sinds 23 oktober 2005 betrekking had op de goederen die in blote eigendom aanwezig waren in de nalatenschap van wijlen haar echtgenoot en

verwijst bijgevolg het dossier naar de met de verdeling belaste notarissen om de vereffeningstaat te vervolledigen op grond van die beslissing en om de verrichtingen voort te zetten. Het baseert die beslissing op de onderstaande redenen:

"De nalatenschap van G.T. werd ten belope van het volledige vruchtgebruik verkregen door zijn echtgenote E.F., en ten belope van de helft van de blote eigendom door elk van zijn zonen P. en J.-M.;

(De eiseres) is van oordeel dat zij, bij het overlijden van haar echtgenoot, J.-M.T., aanspraak kon maken op een half vruchtgebruik, dat overeenstemt met haar voorbehouden erfdeel, op de nalatenschap van haar echtgenoot, met inbegrip van de goederen die daar slechts in blote eigendom voorkwamen, met dien verstande dat, op laatstgenoemde goederen, het vruchtgebruik slechts 'eventueel' was aangezien het pas uitgeoefend kon worden bij het overlijden van de eerste vruchtgebruikster, namelijk E. F.;

Aldus vordert (de eiseres) sinds het overlijden van haar schoonmoeder, E.F., op 23 oktober 2005, een helft van vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap van G.T.;

Het standpunt van het eventuele vruchtgebruik werd door de notarissen in aanmerking genomen, maar ten onrechte;

Op dat punt heeft de vereffeningstaat geen juridische grondslag;

De adviezen van de notarissen op de bezwaarschriften bieden geen afdoende verklaring;

(De verweerder) voert terecht twee beginselen aan die het standpunt van het eventuele vruchtgebruik tegenspreken;

Artikel 617 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het vruchtgebruik eindigt door de dood van de vruchtgebruiker;

In dit geval is het vruchtgebruik van E.F. geëindigd bij haar overlijden op 23 oktober 2005. De volle eigendom van de nalatenschap van G.T. werd automatisch verkregen door (de verweerder), de enige nog levende erfgenaam;

De nalatenschap van J.-M.T. kan immers uitsluitend betrekking hebben op de goederen die aanwezig waren op de dag van zijn overlijden, 31 juli 1996;

Met toepassing van dat beginsel kunnen er aan een erfgenaam, door een gebeurtenis na het overlijden, geen omvangrijker rechten worden toegekend dan die welke de overledene zelf bezat;

De omvang van de rechten van de langstlevende echtgenoot wordt geconcretiseerd op de dag van het overlijden: er kunnen hem, zelfs niet op termijn, geen rechten van vruchtgebruik worden toegekend op goederen die slechts in blote eigendom bestaan;

In haar conclusie verwijst (de eiseres) naar rechtspraak en rechtsleer die het standpunt van het hof van beroep, dat het eventuele vruchtgebruik verwerpt, echter niet kunnen ontkrachten;

Kortom, (de eiseres) heeft geen recht op een vruchtgebruik op de nalatenschap van haar schoonvader G.T.;

De beslissing van de eerste rechter, die in dezelfde zin uitspraak had gedaan, moet op dat punt bevestigd worden;

Die verwerping van vruchtgebruik voor (de eiseres) heeft tot gevolg dat de bezwaren die zij uit met betrekking tot de nalatenschap van G.T. geen belang meer hebben en niet meer door het hof (van beroep) onderzocht hoeven te worden. De eerste rechter had dezelfde redenering gevolgd;

De vordering van (de eiseres) tot omzetting van het vruchtgebruik op een vierde van de goederen van de nalatenschap heeft niet langer een voorwerp".

Grieven

1. Krachtens artikel 580 van het Burgerlijk Wetboek kan vruchtgebruik worden gevestigd, of zuiver en eenvoudig, of voor een bepaalde tijd, of onder een voorwaarde.

Artikel 580 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing op het vruchtgebruik dat valt onder de regeling van artikel 745*bis*, §1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, volgens hetwelk de langstlevende echtgenoot van de overledene die andere erfgerechtigden achterlaat dan zijn afstammelingen, geadopteerde kinderen of afstammelingen van deze, het vruchtgebruik verkrijgt van het eigen vermogen van de overledene.

Volgens artikel 915*bis*, §1, van het Burgerlijk Wetboek verkrijgt de langstlevende echtgenoot, niettegenstaande elke andersluidende bepaling het vruchtgebruik van de helft van de goederen van de nalatenschap.

Op grond van artikel 920 van het Burgerlijk Wetboek kan de langstlevende echtgenoot dus vorderen dat beschikkingen ter zake des doods die het door zijn vruchtgebruik beschikbare gedeelte overschrijden, worden ingekort.

Volgens artikel 922, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek "vormt men" om de inkorting te bepalen "een massa uit alle goederen die bij het overlijden van de (...) erflater aanwezig waren. (...) Over al die goederen berekent men, na aftrek van de schulden, het gedeelte waarover hij heeft mogen beschikken, met inachtneming van de hoedanigheid van de door hem achtergelaten erfgenamen".

Uit die bepalingen volgt dat het voorbehouden erfdeel in vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot berekend moet worden over alle goederen van de overledene, zelfs over die waarvan hij slechts de blote eigendom heeft.

Voor het overige bepaalt artikel 617 van het Burgerlijk Wetboek dat het vruchtgebruik eindigt door de dood van de vruchtgebruiker.

Bijgevolg kan ten aanzien van de goederen die overledene slechts in blote eigendom bezat, het voorbehouden erfdeel in vruchtgebruik van de langstlevende echtgenote slechts worden uitgeoefend na het overlijden van degene die het vruchtgebruik genoot bij het openvallen van de nalatenschap van de overleden echtgenoot en die de schenkingen van die echtgenoot heeft ontvangen.

Zodra de langstlevende echtgenoot zijn vruchtgebruik is beginnen uit te oefenen, heeft hij het recht om, met toepassing van artikel 745*quater*, §2, van het Burgerlijk Wetboek, de omzetting ervan te eisen binnen vijf jaar na het openvallen van de nalatenschap, eventueel door een dergelijke vordering in te stellen bij de op grond van artikel 745*sexies*, §2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bevoegde rechtbank.

2. Het arrest stelt vast dat de eiseres de langstlevende echtgenote is van J.- M.T., die overleden is zonder afstammeling na te laten, en dat het niet wordt betwist dat diens nalatenschap ten belope van een helft in vruchtgebruik werd verkregen door de de eiseres en, na aftrek van een universeel legaat, ten belope van de helft van de blote eigendom en van de helft van de volle eigendom door E.F.

Het arrest stelt eveneens vast dat de helft van de blote eigendom van de nalatenschap van G.T. deel uitmaakt van de nagelaten erfrechtelijke activa bij het overlijden van de echtgenoot van de eiseres, en dat het vruchtgebruik van E. F. over die helft op 23 oktober 2005 geëindigd is.

Met toepassing van de verschillende hierboven weergegeven wetsbepalingen kunnen die omstandigheden de aanspraak van de eiseres op de helft van een recht van vruchtgebruik, vanaf 23 oktober 2005, over de goederen die voortkwamen uit de nalatenschap van G. T. rechtvaardigen en, bijgevolg ook haar recht om de omzetting van dat vruchtgebruik te eisen, alsook de inaanmerkingneming van haar aldus bepaalde rechten in verffeningssstaat die wordt opgesteld met het oog op de verdeling van de nalatenschap van

haar echtgenoot.

3. Het arrest dat beslist dat de eiseres een dergelijk vruchtgebruik niet kon genieten en dat de vordering tot omzetting van dat vruchtgebruik over een vierde van de goederen uit de nalatenschap van G.T. niet langer een voorwerp had, schendt alle in het middel aangegeven wetsbepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Luidens artikel 915*bis*, §1, van het Burgerlijk Wetboek verkrijgt de langstlevende echtgenoot, niettegenstaande elke andersluidende bepaling, het vruchtgebruik van de helft van de goederen van de nalatenschap.

Beschikkingen, hetzij onder de levenden, hetzij ter zake des doods, die dat voorbehouden erfdeel aantasten, kunnen, overeenkomstig artikel 920 van dat wetboek, na het openvallen van de erfenis tot het beschikbare gedeelte ingekort worden.

Krachtens artikel 922 van dat wetboek vormt men, om de inkorting te bepalen, een massa uit alle goederen die bij het overlijden van de schenker of erflater aanwezig waren en berekent men over al die goederen, na aftrek van de schulden, het gedeelte waarover hij heeft mogen beschikken, met inachtneming van de hoedanigheid van de door hem achtergelaten erfgenamen.

In die massa moeten de rechten van blote eigendom van de overledene worden meegerekend.

De blote eigendom is immers het eigendomsrecht zelf, dat tijdelijk wordt bezwaard met het recht van de vruchtgebruiker op datzelfde goed en, hoewel de blote eigenaar niets mag doen dat het genot van de vruchtgebruiker aantast, is het hem niet verboden, mits dat voorbehoud in acht genomen, de mogelijkheden die zijn recht biedt, uit te oefenen.

Wanneer de nalatenschap rechten van blote eigendom bevat, ontstaat over die goederen waarop hij betrekking heeft, ten voordele van de langstlevende echtgenoot, binnen de perken van zijn erfrecht, een vruchtgebruik dat uitwerking zal hebben, indien hij hem overleeft, bij het overlijden van de huidige vruchtgebruiker.

De omstandigheid dat de blote eigendom van die goederen, ten gevolge van het overlijden, verworven wordt door hun huidige vruchtgebruiker, doet geen enkele afbreuk aan het recht van vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot.

De vermenging die, luidens artikel 617, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, in een dergelijk geval ontstaat, heeft enkel tot gevolg dat, zolang de beide hoedanigheden van vruchtgebruiker en blote eigenaar in dezelfde persoon verenigd zijn, een einde wordt gemaakt aan de gevolgen van het vruchtgebruik van de persoon in wie die vereniging plaatsvindt.

Het arrest stelt vast dat de echtgenoot van de eiseres, J.-M.T., overleden is op 31 juli 1996 en dat zijn echtgenote en zijn moeder, E.F. zijn enige wettelijke en réservataire erfgenamen waren; dat, gelet op de bewoordingen van zijn testament, zijn nalatenschap door de eiseres is verkregen tot beloop van de helft van het vruchtgebruik en dat het saldo haar moeder toekwam; dat die nalatenschap de

helft in blote eigendom van de nalatenschap van haar vader omvatte, waarvan de verweerder, haar broer, de andere helft in blote eigendom had ontvangen, terwijl E.F. het vruchtgebruik over het geheel had, en zij overleden is op 23 oktober 2005.

Het arrest dat de eiseres het recht ontzegt om vanaf die datum haar erfdeel van vruchtgebruik op het deel dat haar man in blote eigendom heeft ontvangen in de nalatenschap van zijn vader op te eisen op grond dat de nalatenschap van J.-M. T. enkel "op de goederen die voorhanden waren op de dag van zijn overlijden, 31 juli 1996 betrekking" kon hebben, "met uitsluiting van de goederen die slechts in blote eigendom best(onden)", schendt de voornoemde wettelijke bepalingen.

Dictum

Het Hof,

zonder acht te slaan op het stuk dat op de griffie werd bezorgd door een derde in de rechtspleging.

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre dit het bezwaar afwijst waarbij de eiseres een vruchtgebruik heeft opgeëist dat sinds 23 oktober 2005 betrekking had op de helft van de goederen waarvan haar echtgenoot in de nalatenschap van zijn vader de blote eigendom had verkregen, in zo verre het beveelt dat ver-effeningsverrichtingen op grond van die beslissingen worden voortgezet en het uitspraak doet over de kosten.

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

4 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Grégoire en De Bruyn.

Nr. 656

1^o KAMER - 4 november 2010

1^o BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — BEWIJSLAST.

BEOORDELINGSVRIJHEID - VOETBALWEDSTRIJD - VEILIGHEID - FEITEN - ADMINISTRATIEVE SANCTIE - BEWIJS - WIJZE - VIDEO OP INTERNET - WETTIGHEID

2^o SPORT - VOETBALWEDSTRIJD - VEILIGHEID - FEITEN - ADMINISTRATIEVE SANCTIE - WIJZE - BEOORDELING DOOR DE RECHTER - VIDEO OP INTERNET - WETTIGHEID

1^o en 2^o *Aangezien de wet betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden met betrekking tot de feiten waarvoor een administratieve sanctie opgelegd kan worden, geen enkel bijzonder bewijsmiddel oplegt, kan het bewijs van die feiten geleverd worden door alle bewijsmiddelen waarover een tegensprekelijk debat is gevoerd en waarvan de rechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt; uit de omstandigheid dat de beelden van een video, die het bewijs kunnen opleveren van de gestrafte feiten, op een internet-site werden ontdekt, kan niet worden afgeleid dat het om een ongeoorloofd bewijsmiddel gaat, dat eerbied voor het privéleven of het recht van verdediging van de betrokken personen miskent.* (Art. 25, Wet 21 dec. 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden)

(BELGISCHE STAAT, minister van Binnenlandse Zaken T. V.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.10.0078.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 4 november 2008 in laatste aanleg gewezen door de politierechtbank te Bergen.

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955;

- artikel 14 van het internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981;

- artikel 149 van de Grondwet;

- de artikelen 23*bis*, 24 en 25 van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden;

- artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek;

- de artikelen 1315, 1341, 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek;

- algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis verklaart eerst alle meer uitgebreide of andersluidende conclusies niet-gegrond, verklaart het hoger beroep ontvankelijk dat de verweerder had ingesteld tegen de administratieve beslissing van 15 januari 2008 die hem veroordeeld had tot een administratieve geldboete van 850 euro en tot een administratief stadionverbod voor de duur van 24 maanden, op grond van de artikelen 23*bis* en 24 van de wet van 21 december 1998 en verklaart dan het hoger beroep gegrond en doet de beroepen beslissing teniet.

Het veroordeelt de eiser bovendien in de kosten van het geding die 400 euro bedragen.

Het baseert die beslissing op de onderstaande redenen:

"Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gelet op het appelverzoekschrift dat voor (de verweerder) op de griffie van de rechtbank is neergelegd op 14 februari 2008;

Gelet op het dossier met stukken dat op de griffie van de rechtbank is neergelegd voor de (eiser), algemene directie veiligheids- en preventiebeleid, op 29 februari 2008;

Gelet op de conclusies die op de griffie van de rechtbank zijn neergelegd binnen de termijnen die in de beschikking van 18 maart 2008 op grond van artikel 747, §1, van het Gerechtelijk Wetboek, voor (de verweerder) op 19 mei 2008, voor (de eiser) op 9 april 2008 (hoofdconclusie) en op 12 juni 2008 (samenvattende conclusie) vastgelegd zijn;

Gelet op het dossier met stukken dat op 12 augustus 2008 voor de (eiser) is neergelegd;;

Op de terechtzitting van 7 oktober 2008 werden de partijen bij monde van hun raadsman in hun middelen gehoord;

Gehoord het openbaar ministerie in zijn mondeling advies;

De vordering strekt tot de vernietiging van de beslissing van 15 januari 2008 die een administratieve sanctie oplegt en die op 22 januari 2008 ter kennis is gebracht en waarbij (aan de verweerder) een administratieve geldboete van 850 euro en een stadionverbod voor de duur van 24 maanden worden opgelegd;

(De verweerder) voert aan dat ingeval de gelaakte feiten bewezen zouden zijn, wat niet het geval is, uit niets kan worden opgemaakt dat hij ze zou hebben gepleegd;

Hoewel de sancties met betrekking tot de veiligheid bij voetbalwedstrijden, waarin de wet van 21 december 1998 voorziet, niet dezelfde zijn als die welke het Strafwetboek oplegt voor misdrijven, ontsnappen ze niet aan de controle van de rechter;

De vordering van de overheid die een sanctie oplegt, valt, wat de bewijsvoering betreft, onder dezelfde regels als die van de strafvordering;

Overeenkomstig artikel 25 van de wet van 21 december 1998 is de vordering slechts gegrond voor zover zij werd vastgesteld in een door een politieambtenaar naar behoren opgesteld proces-verbaal;

De rechtbank kan in deze zaak alleen maar vaststellen dat er geen nuttige vaststelling werd gedaan;

Het aannemen van de video (die blijkbaar op het internet was geplaatst, blijkbaar door een bevoegde agent werd geïnterpreteerd), betekent een breuk met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering ...;

De vordering is ontvankelijk en gegrond".

Grievens

1. Het bestreden vonnis beslist dat er geen enkele nuttige vaststelling is gedaan en baseert die beslissing hierop dat:

- de vordering van de overheid die een sanctie oplegt, wat de bewijsvoering betreft, onder dezelfde regels valt als die van de strafvordering;

- overeenkomstig artikel 25 van de wet van 21 december 1998 de vordering slechts gegrond is voor zover zij werd vastgesteld in een door een politieambtenaar naar behoren opgesteld proces-verbaal;

- het aannemen van de video (die blijkbaar op het internet was geplaatst, blijkbaar door een bevoegde (?) agent werd geïnterpreteerd), een breuk betekent met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering.

2.1. Luidens artikel 25 van de wet van 21 december 1998 worden de feiten waarvoor op grond van de artikelen 18 en 24 tot 24quater sancties kunnen worden opgelegd, bij proces-verbaal vastgesteld door een politieambtenaar en wordt het origineel van dat proces-verbaal gestuurd aan een ambtenaar bedoeld in artikel 26, §1, eerste lid, dit wil zeggen aan de ambtenaar die de door de Koning is aangewezen om de administratieve sanctie op te leggen.

Wanneer de door de Koning aangewezen ambtenaar beslist dat er een administratieve rechtsoverheid moet worden ingesteld, bezorgt hij, krachtens artikel 26 van de wet van 21 december 1998 via een ter post aangetekende brief een afschrift van het proces-verbaal aan de overtreder.

De feiten die op grond van artikel 24 van de wet van 21 december 1998 werden gestraft, waaronder het in artikel 23bis bedoelde feit dat aan de verweerder ten laste wordt gelegd, moeten aldus worden vastgesteld in een door een politieambtenaar opgesteld

proces-verbaal.

De wet van 21 december 1998 noch enige andere wettelijke bepaling leggen op dat de politieambtenaar die het proces-verbaal opstelt, de feiten persoonlijk heeft vastgesteld.

Overeenkomstig de beginselen met betrekking tot de wettelijke bewijswaarde van de door de politiediensten opgestelde processen-verbaal hebben de vaststellingen die opgenomen zijn in de op grond van de wet van 21 december 1998 opgestelde processen-verbaal, slechts de waarde van loutere inlichtingen, aangezien de wet van 21 december 1998 die processen-verbaal geen bijzondere bewijswaarde toekent.

2.2. De administratieve sancties waarin de wet van 21 december 1998 voorziet, kunnen worden aangemerkt als strafrechtelijke sancties in de zin van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

De wet van 21 december 1998 voorziet in geen enkel bijzonder bewijsmiddel ten aanzien van de feiten waarvoor een administratieve sanctie kan worden opgelegd, zodat ze bewezen kunnen worden door elk bewijsmiddel waarover een tegensprekelijk debat kan worden gevoerd.

Krachtens het algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken, dat volgens de politierechtbank in deze zaak toepasselijk is als de wet geen bewijsmiddel oplegt, beoordeelt de feitenrechter op onaantastbare wijze, in feite, de bewijswaarde van de feiten waarop hij zijn overtuiging baseert en waarover de partijen vrij tegenspraak hebben kunnen voeren.

Ook al zouden, in tegenstelling tot wat de politierechtbank beslist, de regels van het bewijs in burgerlijke zaken van toepassing zijn, toch volgt uit de artikelen 1315, 1341, 1349, 1353, van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek dat de feiten die met een administratieve sanctie gestraft kunnen worden eveneens door alle middelen rechtens, met inbegrip van vermoedens, bewezen kunnen worden. De rechter beoordeelt op onaantastbare wijze, in feite, de bewijswaarde van de feiten waarop hij zijn overtuiging baseert en waarover de partijen vrij tegenspraak hebben kunnen voeren.

Schendingen van de bepalingen van de wet van 21 december 1998 kunnen aldus worden aangetoond op grond van beelden van een op het internet gepubliceerde video, die werden geïnterpreteerd door de politieambtenaar in het op grond van artikel 25 van die wet opgestelde proces-verbaal, indien over die film en de interpretatie van de ambtenaar een tegensprekelijk debat is gevoerd. De politierechtbank zal de bewijswaarde van die bewijsbestanddelen op onaantastbare wijze beoordelen.

Geen enkele wettelijke bepaling zegt immers dat het bewijs dat is verkregen op grond van een op het internet gepubliceerde video onwettig, ongeoorloofd of nietig is.

2.3. De omstandigheid dat het bewijs geleverd door een op het internet gepubliceerde video op onwettige wijze is verkregen, betekent bovendien niet dat de rechter dat bewijs ipso facto moet weren.

Behoudens het geval van miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste, kan een dergelijk bewijs slechts worden geweerd wanneer de wijze waarop het is verkregen een gebrek vertoont waardoor de geloofwaardigheid ervan wordt aangetaast of het recht op een eerlijk proces wordt ondermijnd.

De rechter dient te beoordelen of een onwettig verkregen bewijs toelaatbaar is, in het licht van de artikelen 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en 14 van het internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Hij dient daarbij rekening te houden met de gegevens van de zaak in haar geheel, met inbegrip van de wijze waarop het bewijs is verkregen en de omstandigheden van de onwettigheid.

Bij die beoordeling kan de rechter met name de volgende omstandigheid of omstandig-

heden in hun geheel in aanmerking nemen: ofwel dat de overheid die belast is met het opsporingsonderzoek, het onderzoek en de vervolging van de overtredingen de ongeoorloofde handeling al dan niet met opzet heeft gepleegd, ofwel dat het misdrijf aanzienlijk zwaarder is dan de ongeoorloofde handeling, ofwel dat het op onwettige wijze verkregen bewijs slechts betrekking heeft op een materieel bestanddeel van het bestaan van het misdrijf.

Die regel betreffende de op onwettige of onregelmatige wijze verkregen bewijzen geldt zowel in strafzaken als in burgerlijke zaken, en is bijgevolg zonder enige twijfel van toepassing op het bewijs van de feiten die op grond van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden met een administratieve sanctie kunnen worden gestraft.

De rechter beoordeelt op onaantastbare wijze welke de omstandigheden zijn waarin het gebruik van een op onwettige wijze verkregen bewijs het recht op een eerlijk proces miskent, voor zover de omstandigheden waarop hij die beoordeling baseert zijn beslissing kunnen verantwoorden.

De rechter verantwoordt zijn beslissing om een op onwettige wijze verkregen bewijsmiddel te weren niet naar recht, wanneer uit de redenen van zijn beslissing niet blijkt dat hij in het licht van de voornoemde criteria of omstandigheden tot zijn overtuiging is gekomen.

3. De omstandigheid dat de politieambtenaar het proces-verbaal heeft opgesteld op grond van, onder andere, een op het internet gepubliceerde video, en dat hij in dat proces-verbaal de feiten van die video heeft geïnterpreteerd, impliceert niet dat genoemd proces-verbaal niet naar behoren door een politieambtenaar is opgesteld en niet strookt met het bepaalde in artikel 25 van de wet van 21 december 1998.

Het bestreden vonnis dat beslist dat er geen enkele nuttige vaststelling werd gedaan, omdat, overeenkomstig artikel 25 van de wet van 21 december 1998, de rechtsvordering slechts gegrond is voor zover zij is vastgesteld in een door een politieambtenaar naar behoren opgesteld proces-verbaal, schendt artikel 25 van de wet van 21 december 1998.

4. De rechtbank die beslist dat er geen enkele nuttige vaststelling werd gedaan omdat de rechtsvordering van de overheid die een sanctie oplegt, wat de bewijsvoering betreft, onder dezelfde regels valt als die van de strafvordering en dat het aannemen van een video (die blijkbaar op het internet was geplaatst, blijkbaar door een bevoegde (?) agent werd geïnterpreteerd) een breuk betekent met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering, heeft het bewijs dat werd verkregen door een op het internet gepubliceerde video geweerd, ook al zegt geen enkele wettelijke bepaling dat een dergelijk bewijs onregelmatig, onwettig of nietig is en mag blijven. Zowel krachtens het algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken, als krachtens de artikelen 1315, 1341, 1349, 1353, van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek, de ten laste van de verweerder gelegde feiten bewezen worden door elk middel rechtens waarover een tegensprekelijk debat is gevoerd, waarvan de rechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt.

Het bestreden vonnis, dat de administratieve beslissing van 15 januari 2008 tenietdoet, miskent bijgevolg het algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken en schendt de artikelen 1315, 1341, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel als nodig, de artikelen 23*bis* en 24 van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden.

Zelfs in de onderstelling dat het bewijs geleverd door de video op onwettige wijze is verkregen, quod non, diende de rechtbank te beoordelen of het bewijs toelaatbaar was in het licht van de artikelen 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd

bij de wet van 13 mei 1955, en 14 van het internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981, door rekening te houden met de gegevens van de zaak in haar geheel, met inbegrip van de wijze waarop het bewijs werd verkregen en van de omstandigheden waarin de onwettigheid zou zijn begaan.

In deze zaak heeft de politierechtbank alleen maar vastgesteld dat 'het aannemen van een op het internet gepubliceerde film, een breuk betekent met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering', zonder vast te stellen dat het door de video verkregen bewijs een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste miskent, dat de wijze waarop het is verkregen een gebrek vertoont waardoor de geloofwaardigheid ervan wordt aangetast of het recht op een eerlijk proces ondermijnt.

Het bestreden vonnis schendt bijgevolg de artikelen 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, en 14 van het internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981, en miskent het algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken en schendt tevens de artikelen 1315, 1341, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel als nodig, de artikelen 23*bis* en 24 van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden.

Ook al moet worden aangenomen, quod non, dat de rechtbank, door vast te stellen dat het aannemen van een op het internet gepubliceerde film, een breuk betekent met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering, beslist heeft dat het gebruik van het bewijs dat werd verkregen op grond van de video, het recht op een eerlijk proces miskent, dan heeft die rechtbank niet de gegevens verduidelijkt waarop zij haar beslissing baseert zodat het Hof onmogelijk de wettigheid van die beslissing kan toetsen. Het bestreden vonnis schendt bijgevolg artikel 149 van de Grondwet en, voor zoveel als nodig, de artikelen 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, en 14 van het internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981, miskent het algemeen rechtsbeginsel betreffende het bewijs in strafzaken en schendt tevens de artikelen 1315, 1341, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek, en de artikelen 23*bis* en 24 van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Krachtens artikel 25 van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden worden de feiten waarvoor op grond van de artikelen 18 en 24 tot 24quater sancties kunnen worden opgelegd, bij proces-verbaal vastgesteld door een politieambtenaar en wordt het origineel van dat proces-verbaal gestuurd aan een ambtenaar bedoeld in artikel 26, §1, eerste lid, dit wil zeggen aan de ambtenaar die de door de Koning is aangewezen om de administratieve sanctie op te leggen.

Aangezien de wet die processen-verbaal geen bijzondere bewijswaarde toekent, hebben de daarin vervatte vaststellingen slechts de waarde van loutere inlichtingen.

De wet van 21 december 1998 legt met betrekking tot de feiten waarvoor een

administratieve sanctie opgelegd kan worden, geen enkel bijzonder bewijsmiddel op, zodat het bewijs van die feiten geleverd kan worden door alle bewijsmiddelen waarover een tegensprekelijk debat is gevoerd en waarvan de rechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt.

Uit de omstandigheden dat de beelden van een video, die het bewijs kunnen opleveren van feiten die bestraft worden door de wet van 21 december 1998, op een internetsite werden ontdekt, kan niet worden afgeleid dat het om een ongeoorloofd bewijsmiddel gaat, dat de eerbiediging voor het privéleven met voeten treedt of het recht van verdediging van de betrokken personen miskent.

Louter op grond van de overweging "dat er in deze zaak (...) geen nuttige vaststelling werd gedaan" op grond dat "het aannemen van een op het internet gepubliceerde film (als bewijs), een breuk betekent met elke in een democratisch bestel aanvaardbare bewijsvoering", verantwoordt het bestreden vonnis niet naar recht zijn beslissing om dat bewijsmiddel te weren en de beroepen beslissing teniet te doen waarbij de verweerder een administratieve geldboete en een stadionverbod werden opgelegd.

In zoverre is het middel gegrond.

Overige grieven

De overige grieven hoeven niet te worden onderzocht, ze kunnen immers niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis 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 vonnis;

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

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik.

4 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Fettweis – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Geinger.

Nr. 657

1^o KAMER - 5 november 2010

1^o BESLAG — BEWAREND BESLAG - BESLAG INZAKE NAMAAK - BESCHRIJVING - AANWEZIGHEID VAN PARTIJEN - MACTIGING DOOR DE BESLAGRECHTER - VERTEGENWOORDIGER VAN EEN PARTIJ - AANDUIDING - WIJZE

2^o REDENEN VAN DE VONNISSEN EN ARRESTEN — ALLERLEI - BEWAREND

BESLAG - BESLAG INZAKE NAMAAK - BESCHRIJVING - AANWEZIGHEID VAN PARTIJEN - MACHTIGING
DOOR DE BESLAGRECHTER - VERTEGENWOORDIGER VAN EEN PARTIJ - AANDUIDING - WIJZE

1° en 2° De beslagrechter die de vertegenwoordiger aanduidt van een partij, aan wie hij machtiging geeft om aanwezig te zijn bij de beschrijving in het kader van beslag inzake namaak, vermog in het kader van de beoordeling van de afweging van enerzijds de belangen van de eiser die een beweerde inbreuk op zijn intellectueel eigendomsrecht moet kunnen bewijzen en anderzijds de belangen van de beweerde inbreukmaker die zijn bedrijfsgeheimen ter gelegenheid van de beschrijving moet kunnen beschermen, die vertegenwoordiger nominatim aan te duiden of minstens op een wijze die zijn identificatie mogelijk maakt¹ 2. (Art. 1484, Gerechtelijk Wetboek)

(ARISTOCRAT TECHNOLOGIES AUSTRALIA PTY Ltd., vennootschap naar buitenlands recht T. ATMO nv)

ARREST

(AR C.09.0398.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 17 november 2008 gewezen door het hof van beroep te Gent.

Raadsheer Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal 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

Eerste onderdeel

1. Het te dezen toepasselijke artikel 1481 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de houders van octrooien, de houders van een aanvullend beschermingscertificaat, de houders en aanvragers van kwekerscertificaten, hun recht-hebbenden, de houders van het auteursrecht en de houders van een naburig recht, daaronder begrepen het recht van de producenten van databanken, met toelating van de rechter, die zij op verzoekschrift verkregen hebben, door een of meer deskundigen, die deze magistraat aanwijst, kunnen doen overgaan tot de beschrijving van de toestellen, machines, werken, rassen, teeltmateriaal en alle voorwerpen en werkwijzen waarvan beweerd wordt dat zij nagemaakt zijn, evenals van de plans, documenten, berekeningen, geschriften, gewassen of delen van gewassen waaruit de beweerde namaak kan blijken en van de gereedschappen die rechtstreeks gediend hebben om de aangeklaagde vervaardiging te plegen.

Deze bepaling biedt, teneinde het bewijs van een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten te vergemakkelijken en de omvang ervan vast te stellen, aan de titularis van intellectuele eigendomsrechten de mogelijkheid om, met toelating

¹ Art. 1484 Ger.W. voor de opheffing ervan bij art. 33, 5° W. 10 mei 2007.

² Het O.M. concludeerde eveneens tot vernietiging, doch op het tweede onderdeel van het enig cassatiemiddel.

van de beslagrechter, over te gaan tot beschrijving door een of meer deskundigen van de nagemaakte voorwerpen en van de plans, documenten, berekeningen of geschriften die hiermee verband houden.

2. Het te dezen toepasselijke artikel 1484 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de partijen aanwezig of vertegenwoordigd mogen zijn bij de beschrijving indien zij daartoe bijzonder door de beslagrechter gemachtigd zijn.

De beslagrechter verleent deze bijzondere machtiging na een afweging van, enerzijds, de belangen van de eiser die een beweerde inbreuk op zijn intellectueel eigendomsrecht moet kunnen bewijzen en, anderzijds, de belangen van de beweerde inbreukmaker die zijn bedrijfsgeheimen ter gelegenheid van de beschrijving moet kunnen beschermen.

In het kader van die beoordeling vermag de rechter te beslissen de vertegenwoordiger van een partij, aan wie hij voormelde machtiging verleent, nominatim aan te duiden of minstens op een wijze die zijn identificatie mogelijk maakt.

3. Het arrest dat oordeelt dat de persoon aan wie overeenkomstig artikel 1484 van het Gerechtelijk Wetboek machtiging wordt verleend om aanwezig te zijn bij de beschrijving in de beschikking van de beslagrechter identificeerbaar moet zijn en, dat wanneer dit niet het geval is, de vaststellingen onregelmatig zijn en niet mogen gebruikt worden in het kader van de procedure ten gronde, schendt de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behoudens in zoverre het de vordering van de verweerster wegens tergend en roekeloos beroep afwijst.

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 Antwerpen.

5 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Deconinck – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist en De Gryse.

OF PRESTATIES - CONTRACTUELE, WETTELIJKE OF REGLEMENTAIRE VERPLICHTING - GEVOLG -
CRITERIUM

2° AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — HERSTELPLICHT —
ZAKEN - BEWAARDER VAN DE ZAAK - GEBREK VAN DE ZAAK - BENADEELDE - UITGAVEN OF
PRESTATIES - CONTRACTUELE, WETTELIJKE OF REGLEMENTAIRE VERPLICHTING - GEVOLG -
CRITERIUM

1° en 2° *Het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting sluit het bestaan niet uit van een schade in de zin van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover uit de inhoud of uit de draagwijdte van de overeenkomst, de wet of het reglement niet blijkt dat de uitgaven of prestaties die moeten worden gedaan, definitief ten laste moeten blijven van degenen die zich daartoe hebben verbonden of die daartoe door de wet of het reglement worden verplicht*¹. (Art. 1384, eerste lid, BW)

(VLAAMS GEWEST, Minister voor Mobiliteit en Openbare Werken T. STAD AALST)

Conclusie van Advocaat-generaal C. Vandewal :

Feitelijke gegevens en procedurevoorgaanden

Blijkens het feitenrelaas in het bestreden vonnis werd verweerster op 21 februari 2006 door de politie verwittigd van het feit dat op de rijbaan ..., een put was ontstaan. Er was reeds een automobilist in de put gereden, met schade aan zijn voertuig als gevolg.

Gezien het late uur en de aannemelijkheid dat bij eiser niemand bereikbaar was, is verweerster zelf onmiddellijk tot herstel overgegaan, gezien de duisternis.

Verweerster dagvaarde eiser voor het Vrederecht van het tweede kanton Aalst in terugbetaling van de herstellkosten van de put, weze 300 euro, meer de intresten en kosten.

Bij vonnis van 18 juni 2008 verklaarde de Vrederechter de vordering gegrond, oordelend dat de kosten door verweerster gemaakt een effectieve schade vormen in rechtstreeks oorzakelijk verband met het gebrek aan de weg waarvoor eiser aansprakelijk is.

Eiser tekende cassatieberoep aan tegen dit in eerste en laatste aanleg gewezen vonnis, welk cassatieberoep het voorwerp uitmaakt van de huidige procedure.

Het cassatiemiddel

Het enig cassatiemiddel verwijt het bestreden vonnis eiser als bewaarder van een gebrekkige zaak aansprakelijk te hebben gesteld voor de uitgaven die verweerster heeft verricht in het nakomen van haar veiligheidsverplichting voor de wegen op haar grondgebied.

Eiser voert aan dat krachtens artikel 135, §2, tweede lid, 1° van de Nieuwe Gemeentewet de gemeentelijke overheid enkel voldoende veilige wegen voor het verkeer mag openstellen. Deze veiligheidsverplichting geldt ook voor het deel van de gewestwegen dat loopt over het grondgebied van de betrokken gemeentelijke overheid.

Eiser stelt dan ook dat de gemeente de in uitvoering van haar veiligheidsplicht verrichte uitgaven slechts op een derde kan verhalen in zoverre het abnormaal gevaar door een fout van deze derde werd gecreëerd.

Net zomin als verweerster zich als gemeente, tegenover eiser kan beroepen op het door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene vermoeden van aansprakelijkheid, wanneer een ongeval werd veroorzaakt door de samenloop van een gebrek van de gewestweg, waarvoor eiser aansprakelijk is, en een tekortkoming van de gemeente aan haar veiligheidsverplichting, kan verweerster zich, wanneer zij uitgaven verrichtte om haar veiligheidsplicht na te komen, deze uitgaven op eiser, als wegbeheerder van de

¹ Zie de concl. van het O.M.

gewestweg, verhalen, zich steunend op het door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene vermoeden van aansprakelijkheid.

Door aan verweerster het in artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene voordeel van het vermoeden van aansprakelijkheid toe te kennen, en eiser te veroordelen tot de door verweerster gedane herstelkosten in uitvoering van haar eigen veiligheidsplicht, zonder dat eveneens blijkt dat eiser een fout heeft begaan in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek door in de gegeven omstandigheden het weerhouden gebrek niet te herstellen, miskent het vonnis volgens eiser de artikelen 1382, 1383 en 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en artikel 135, §2, tweede lid, 1° van de Nieuwe Gemeentewet zoals gecodificeerd bij Koninklijk Besluit van 24 juni 1988 en bekrachtigd bij artikel 1 van de wet van 26 mei 1989.

Bespreking van het middel

Artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat men aansprakelijk is niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft.

Dit artikel, dat o.m. de bewaarder van een zaak aansprakelijk stelt voor de schade die door het gebrek van de zaak wordt veroorzaakt, voert een vermoeden van aansprakelijkheid in. Uw Hof oordeelde reeds dat dit vermoeden van aansprakelijkheid ingesteld door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, alleen bestaat ten gunste van de personen die rechtstreeks schade hebben geleden, en alleen door hen kan worden aangevoerd².

De vraag in deze zaak is dan ook of verweerster, die een eigen veiligheidsverplichting had, kan beschouwd worden als een persoon die rechtstreeks schade heeft geleden.

Ik meen dat het bestreden vonnis deze vraag terecht bevestigend heeft beantwoord.

Sedert de zogenaamde “loondoorbetalingsarresten” van 19 en 20 februari 2001 oordeelde Uw Hof diverse malen dat het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting niet uitsluit dat schade in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat, tenzij wanneer volgens de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten³.

Zo werd o.m. daarin geoordeeld dat het enkel bestaan van een op de werkgever rustende verplichting het loon met inbegrip van de daarop verschuldigde bijdragen en belastingen te blijven betalen bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid, niet noodzakelijk verhindert dat die betalingen voor de werkgever een schade kunnen uitmaken. Dit geldt evenzeer voor de overheid, wanneer die statutair verplicht is een wedde te betalen aan de ambtenaren, vermits die omstandigheid vreemd is aan de vraag of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout begaan door een derde en de schade die voor de overheid voortvloeit uit de omstandigheid dat zij een wedde moet doorbetalen zonder hiervan een tegenprestatie te genieten.

Uw Hof erkende in deze arresten dat werkgevers bepaalde uitgaven kunnen verhalen op de derde die aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid van een personeelslid, maar niet alle schade. De feitenrechter moet immers nagaan of het niet de bedoeling was van de tussenkomst van de werkgever dat hij die kosten voor eigen rekening zou houden.

2 Cass. 4 juni 2007, AR C.06.0112.F, AC, 2007, nr. 291; Cass. 22 okt. 2007, AR C.06.0078.F, Pas., 2007, nr. 497, met concl. van procureur-generaal LECLERCO.

3 Cass. 19 feb. 2001, AR C.99.0014.N, AC, 2001, nr. 97; Cass. 19 feb. 2001, AR C.99.0183.N, AC, 2001, nr. 98; Cass. 19 feb. 2001, AR, C.99.0228.N, AC, 2001, nr. 99; Cass. 19 feb. 2001, AR C.00.0242.N, AC, 2001, nr. 100; Cass. 20 feb. 2001, AR P.98.1629.N, AC, 2001, nr. 101; zie ook Cass. 1 okt. 2007, AR C.06.0389.N, AC, 2007, nr.443.

Een recent arrest van 11 september 2009 bevestigde nogmaals de regel dat het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting het bestaan niet uitsluit van schade in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover uit de inhoud of de draagwijdte van de overeenkomst, de wet of het reglement niet blijkt dat de uitgaven of prestaties die moeten worden gedaan, definitief ten laste moeten blijven van degenen die zich daartoe hebben verbonden of daartoe door de wet of het reglement worden verplicht⁴.

Dit arrest betrof specifiek de veiligheidsverplichting van de ordediensten. Die hadden in casu een gekantelde vrachtwegen laten verwijderen om andere weggebruikers niet in gevaar te brengen en hadden daarvoor overeenkomstig artikel 42 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt een beroep gedaan op een particulier. De Belgische Staat, die de sleep- en stallingskosten moest betalen aan de betrokken particulier, vorderde deze terug van de BA-verzekeraar (in casu het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars) van de aansprakelijke eigenaar van de vrachtwagen. Uitgaande van de leer van de “loondoorbetalingsarresten” oordeelde het Hof dat de beslissing van de appelrechters dat “het niet aan (deze BA-verzekeraar) staat om in het kader van een dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid de kosten ten laste te nemen die door de eigenaar van het voertuig moeten worden gedragen” niet naar recht verantwoord was, nu het gegrond was op de vermeldingen dat “de omstandigheid dat (de Belgische Staat) veroordeeld werd om die sleep- en stallingskosten te betalen verband houdt met zijn specifieke rol en zijn eigen verplichtingen”, dat de sleepkosten “geen schade aan een derde” vormen maar een “indirect gevolg van de rijfout die geen invloed heeft op het vermogen van een derde” en anderzijds dat “echter” “het niet (de Belgische Staat) is die uiteindelijk de kosten dient te dragen” maar wel “de eigenaar van het voertuig die als definitieve schuldenaar kan worden beschouwd”. Het Hof vernietigde aldus het bestreden arrest in zoverre het de BA-verzekeraar ontsloeg van de tegen hem ten voordele van de Belgische Staat uitgesproken veroordelingen.

De verschillende loondoorbetalingsarresten en het voormelde arrest van 11 september 2009 betreffen allen vorderingen gesteund op de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek en dus op een fout van de aansprakelijke.

Het middel nodigt Uw Hof uit om de vraag te beantwoorden of ook vorderingen gebaseerd op artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, en met name op een gebrek van de zaak, dezelfde oplossing kunnen krijgen.

Ik meen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.

Als men, zoals duidelijk gesteld door de hogervermelde rechtspraak van het Hof, aanneemt dat degene die uitgaven doet op grond van een op hemzelf rustende wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting, zelf vergoedbare rechtstreekse schade kan lijden, meen ik dat er geen aannemelijke reden is om te stellen dat zijn vordering alleen zou kunnen slagen wanneer hij een fout van de aansprakelijke derde kan aantonen en niet wanneer hij kan aantonen dat een gebrek van de zaak aan de oorsprong ligt van de uitgaven die hij heeft moeten doen.

Nu de gemeente, die wegens haar veiligheidsverplichting zelf kosten heeft moeten maken, als een rechtstreekse benadeelde kan worden beschouwd, staat naar mijn oordeel niets eraan in de weg dat zij het vermoeden van aansprakelijkheid ingesteld door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek aanvoert tegen de bewaarder van de gebrekkige weg. De toepassing van de leer van de “loondoorbetalingsarresten” kan dus niet beperkt worden tot de gevallen waarin de aansprakelijke derde een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek heeft begaan (in casu een schuldige nalatigheid), doch dient integendeel uitgebreid te worden tot de gevallen waarin een gebrek van de zaak de oorzaak is van de schade, voor welk gebrek de bewaarder van de

4 Cass. 11 sept. 2009, AR C.08.0277.F, AC, 2009, nr.493..

zaak ingevolge het wettelijk vermoeden van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk is.

De regel van het arrest van 4 juni 2007⁵, waarnaar eiser verwijst, kan in deze geen toepassing vinden. In casu betrof dit een geval waarin de gemeente zelf aansprakelijk werd gesteld wegens een tekortkoming aan haar veiligheidsverplichting en in solidum met het Waals Gewest, als bewaker van de gebrekkige rijbaan, veroordeeld werd tot schadevergoeding. Het bestreden vonnis, dat het Gewest veroordeeld had om de gemeente te vrijwaren tot beloop van de helft van de aan de schadelijder verschuldigde sommen, werd door het Hof vernietigd wegens schending van art. 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek doordat het aan de gemeente het voordeel van het vermoeden van aansprakelijkheid toekende.

In de thans voorliggende zaak gaat het echter niet om een situatie waarbij de gemeente zelf aansprakelijk is op grond van een door haar begane fout, met name een tekortkoming aan een op haar rustende veiligheidsverplichting, maar juist om een geval waarin de gemeente haar veiligheidsverplichting had nageleefd door de gevaarlijke put te herstellen, en aldus zelf geen enkele fout had begaan.

Ik meen dan ook dat er geen redenen zijn om (de foutloze) verweerster in die omstandigheden het voordeel van het vermoeden van art. 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek te ontzeggen.

Het vonnis oordeelt enerzijds dat de kosten die de verweerster gemaakt heeft voor het herstel van de put een schade vormen die in oorzakelijk verband staat met voormeld gebrek aan de weg, waarvoor eiser verantwoordelijk is, zodat verweerster wel degelijk een rechtstreekse benadeelde is, en anderzijds, dat de omstandigheid dat op verweerster zelf een veiligheidsverplichting rust op grond van artikel 135, §2, van de Nieuwe Gemeentewet, niet uitsluit dat zij rechtstreekse schade kan lijden ingevolge gebreken waarvoor eiser verantwoordelijk is.

Ik meen dan ook dat het bestreden vonnis zijn beslissing naar recht heeft verantwoord en dat het middel niet aangenomen kan worden.

Conclusie: Verwerping.

ARREST

(AR C.09.0486.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 18 juni 2008 in laatste aanleg gewezen door de vrederechter van het tweede kanton Aalst.

Eerste voorzitter Ghislain Londers heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 1382, 1383 en 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 135, §2, tweede lid, 1^o, van de Nieuwe Gemeentewet zoals gecodificeerd bij koninklijk besluit van 24 juni 1988 en bekrachtigd bij artikel 1 van de wet van 26 mei 1989.

Bestreden beslissing

5 Cass. 4 juni 2007, AR C.06.0112.F, AC, 2007, nr.291.

Het bestreden vonnis verklaart de vordering van de verweerster ontvankelijk en gegrond en veroordeelt de eiser tot betaling aan de verweerster van 300,00 euro, meer de vergoedende interest aan de wettelijke rentevoet sedert 21 februari 2006, meer de gerechtelijke interest evenals tot de gedingkosten, en dit op volgende gronden:

"De vordering van (de verweerster) strekt ertoe (de eiser) te horen veroordelen om aan (de verweerster) te betalen de som van 300,00 euro, meer de vergoedende interest aan de wettelijke rentevoet sedert 21 februari 2006, meer de gerechtelijke interest en gedingkosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen; Bij uitvoerbaar vonnis;

(De eiser) betwist de vordering, stellende dat deze ongegrond is;

Overwegende dat uit de gegevens, door partijen verstrekt, blijkt:

- (de verweerster) stelt dat zij op 21 februari 2006, door de politie, werd verwittigd van het feit dat op de rijlaan een put was ontstaan (H. Hartlaan huisnummer 24); Gelet op het late uur was er niemand bij (de eiser) bereikbaar, zodat (de verweerster) zelf het nodige deed om deze put op te vullen omwille van de veiligheid der weggebruikers; De kostprijs bedroeg 300,00 euro; Het betrof een put van 80 cm op 40 cm en 10 cm diepte; (Zie PV van vaststelling van 21 februari 2006 om 21.00 uur door Politie Aalst);

- er was een automobilist in de put gereden, met schade aan zijn voertuig als gevolg (band stuk) (zie PV Politie);

- (de verweerster) legt een schadebestek voor in verband met de kostprijs der herstelling (stuk 2 (verweerster)).

Overwegende dat uit voorgaande elementen blijkt:

- er wordt niet betwist dat de 'Heilig Hartlaan' een gewestweg is, welke onder de bewaring van (de eiser) valt;

- de omvang der put wordt duidelijk beschreven door de politie (cfr. supra);

- dat deze put voldoende groot was om schade te berokkenen blijkt uit het feit dat een automobilist zijn wagen werd beschadigd (cfr. supra); De put was gelegen in de rijlijn der voertuigen (zie verklaring automobilist); bovendien was het duister (21 februari 2006 om 21 uur);

- gelet op het late uur (21 uur) is het aannemelijk dat er bij (de eiser) niemand bereikbaar was, zodat (de verweerster) onmiddellijk tot het herstel is overgegaan, gelet op de duisternis; (herstel tot 23 uur).

Samengevat kan gesteld worden dat;

- (de eiser) bewaarder is van de kwestieuze weg;

- de omvang der put voldoende bewezen is, alsook de ligging (In de rijlijn der voertuigen);

- de put een gebrek aan de zaak uitmaakte met voldoende abnormaal kenmerk, dermate dat in bepaalde omstandigheden (duisternis) er schade kon veroorzaakt worden (wat in casu is gebeurd);

- gelet op de duisternis is de put (in dezelfde asfaltkleur als de rest van het wegdek) effectief een niet zichtbaar obstakel, welke door een normaal en redelijk weggebruiker niet opgemerkt kan worden; Tevens dient een normaal weggebruiker er zich redelijkerwijze niet aan te verwachten dat er op die plaats zich een dergelijk obstakel voordoet.

Daar (de eiser) (gelet op het late uur) niet meer bereikbaar was, (zie stuk 3 (de verweerster)) heeft (de verweerster) noodgedwongen de noodzakelijke maatregelen dienen te nemen, ingevolge voormeld gebrek aan de zaak, waarvoor (de eiser) verantwoordelijk is; De kosten, welke (de verweerster) hiervoor heeft gemaakt, vormen dus wel degelijk een effectieve schade, welke in rechtstreeks oorzakelijk verband staat met voormeld gebrek,

waarvoor (de eiser) verantwoordelijk is; (De verweerster) is dus wel degelijk rechtstreeks benadeelde. Wat niet belet te stellen dat (de verweerster) effectief ook een verplichting heeft in verband met veiligheid ingevolge de voorschriften van artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet; doch het ene sluit het andere niet uit; Het is niet omdat (verweerster) zelf een veiligheidsverplichting heeft, overeenkomstig voormelde Gemeentewet, dat zij geen rechtstreekse schade kan lijden ingevolge gebreken waarvoor (de eiser) verantwoordelijk is; De theorie, dat de veiligheidsverplichting van de gemeente, op grond van artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet, niet ondergeschikt is aan de verplichtingen van de wegbeheerder, is niet in strijd met voormelde stelling" (vonnis pp. 2-3).

Grievens

1. Krachtens artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek is men niet alleen aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door "de daad" van zaken die men onder zijn bewaring heeft.

Hij die op grond van deze wetsbepaling vergoeding vordert van de door een zaak veroorzaakte schade, moet bewijzen dat de bewaarder een gebrekkige zaak onder zijn bewaring had, dat de eiser schade heeft geleden en dat er tussen het gebrek van de zaak en de schade een oorzakelijk verband bestaat.

De aansprakelijkheid van de bewaarder van een zaak is onderworpen aan het bewijs van een gebrek van de zaak, zijnde een abnormaal kenmerk van de zaak waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken. De aansprakelijkheid van de bewaarder kan dan ook weerhouden worden, ook al heeft hij geen enkele fout begaan in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Het door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek ingevoerd vermoeden van aansprakelijkheid, is evenwel ingegeven door de bekommernis om een efficiëntere bescherming te bieden aan de lijdens van schade die veroorzaakt wordt door zaken die men onder zijn bewaring heeft. Het bestaat dan ook slechts ten gunste van de personen die rechtstreeks schade lijden en kan slechts door hen worden aangevoerd.

2. Krachtens artikel 135, §2, tweede lid, 1^o, van de Nieuwe Gemeentewet, mag de gemeentelijke overheid enkel voldoende veilige wegen voor het verkeer openstellen.

Behoudens wanneer een vreemde oorzaak die haar niet kan worden aangerekend, haar belet de op haar rustende veiligheidsverplichting na te komen, moet zij ieder abnormaal gevaar dat de redelijke verwachting van de weggebruikers kan beschamen, ongeacht of het verborgen dan wel zichtbaar is, voorkomen door gepaste maatregelen. Door dit niet te doen begaat de gemeente een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Deze veiligheidsverplichting geldt ook voor het deel van de gewestwegen dat loopt over het grondgebied van de betrokken gemeentelijke overheid.

De gemeente kan de in uitvoering van haar veiligheidsplicht verrichte uitgaven slechts verhalen op een derde in zoverre het abnormaal gevaar door een fout van deze derde werd gecreëerd.

3. Uit de vaststellingen van het bestreden vonnis blijkt dat de verweerster aanvoerde schade te hebben geleden doordat zij een put in de rijbaan van een gewestweg herstelde, nadat zij door de politie werd verwittigd van het ontstaan van de put en de schade die deze aan een voertuig had veroorzaakt, en zij ingevolge het late uur niemand meer bij de eiser kon bereiken, waardoor zij zelf onmiddellijk tot herstel was overgegaan. De door verweerster gevorderde schadevergoeding betreft de herstelkost van het opvullen van de put.

Het bestreden vonnis weerhoudt een aansprakelijkheid van de eiser op grond van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek om reden dat de eiser bewaarder is van de

kwestieuze weg, dat de put in de weg een gebrek van de zaak uitmaakt met een voldoende abnormaal kenmerk, dermate dat in bepaalde omstandigheden, m.n. duisternis, er schade kon veroorzaakt worden, en dat de eiser derhalve verantwoordelijk is voor dit gebrek.

Op deze aansprakelijkheidsgrond weerhoudt het bestreden vonnis de verantwoordelijkheid van de eiser voor de kosten van het opvullen van de put door de verweerster, omdat deze kosten, volgens de vrederechter, een "effectieve schade" vormen die "in rechtstreeks oorzakelijk verband" staat met het weerhouden gebrek.

Het neemt hierbij in aanmerking dat de verweerster een "rechtstreeks benadeelde" is die "rechtstreekse schade" heeft geleden ingevolge het gebrek.

Het verwerpt aldus het verweer van de eiser in conclusie dat de verweerster, die in het kader van de veiligheidsverplichting die op haar rust op grond van artikel 135, §2, van de Nieuwe Gemeentewet, de put in een gewestweg heeft opgevuld, niet als een rechtstreeks slachtoffer kan worden beschouwd, zodat zij zich niet op de aansprakelijkheid van eiser als bewaarder van een gebrekkige zaak kan beroepen (syntheseconclusie eiser, neergelegd 30 april 2008, p. 3, sub 2).

4. Op grond van de vaststellingen die het bevat kon het bestreden vonnis niet wettig de verweerster als een "rechtstreeks benadeelde" beschouwen die "rechtstreekse schade" heeft geleden ingevolge het lastens de eiser weerhouden gebrek.

De enkele omstandigheid dat de verweerster, ingevolge het late uur waarop niemand meer bereikbaar was bij de eiser, "noodgedwongen de noodzakelijke maatregelen (diende) te nemen" door de put op te vullen "omwille van de veiligheid der weggebruikers", en de tussen partijen niet in betwisting zijnde omstandigheid dat de verweerster is opgetreden in uitvoering van haar, door artikel 135, §2, tweede lid, 1°, van de Nieuwe Gemeentewet, opgelegde veiligheidsplicht, laat niet toe aan te nemen dat aan de verweerster rechtstreekse schade werd toegebracht door het gebrek van de weg.

Net zomin als de verweerster zich, als gemeente, tegenover de eiser kan beroepen op het door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene vermoeden van aansprakelijkheid, wanneer een ongeval werd veroorzaakt door de samenloop van een gebrek van de gewestweg, waarvoor de eiser aansprakelijk is, en een tekortkoming van de gemeente aan haar veiligheidsverplichting, kan de verweerster zich, wanneer zij uitgaven verrichtte om haar veiligheidsplicht na te komen, deze uitgaven op de eiser, als wegbeheerder van de gewestweg, verhalen, zich steunend op het door artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene vermoeden van aansprakelijkheid.

Door derhalve aan de verweerster het in artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziene voordeel van het vermoeden van aansprakelijkheid toe te kennen, en de eiser te veroordelen tot de door de verweerster gedane herstellkosten in uitvoering van haar eigen veiligheidsplicht, zonder dat eveneens blijkt dat de eiser een fout heeft begaan, in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, door in de gegeven omstandigheden het weerhouden gebrek niet te herstellen, miskent het bestreden vonnis de artikelen 1382, 1383, 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en artikel 135, §2, tweede lid, 1°, van de Nieuwe Gemeentewet.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Krachtens artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, is de bewaarder van een zaak aansprakelijk voor de schade die door het gebrek van de zaak wordt veroorzaakt.

2. Het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting sluit het bestaan niet uit van een schade in de zin van artikel 1384 van het

Burgerlijk Wetboek, voor zover uit de inhoud of uit de draagwijdte van de overeenkomst, de wet of het reglement niet blijkt dat de uitgaven of prestaties die moeten worden gedaan, definitief ten laste moeten blijven van degenen die zich daartoe hebben verbonden of die daartoe door de wet of het reglement worden verplicht.

3. Het bestreden vonnis stelt vast:

- de verweerster werd op 21 februari 2006 door de politie verwittigd dat op de Heilig Hartlaan een put was ontstaan;

- deze put was voldoende groot om schade te berokkenen en maakte een gebrek van de zaak uit;

- de Heilig Hartlaan is een gewestweg, die onder de bewaring van de eiser valt;

- omdat, gelet op het late uur, niemand bij de eiser bereikbaar was, diende de verweerster onmiddellijk zelf de noodzakelijke maatregelen te nemen, ingevolge voormeld gebrek van de zaak.

Het vonnis oordeelt, enerzijds, dat de kosten die de verweerster gemaakt heeft voor het herstel van de put een schade vormen die in oorzakelijk verband staat met voormeld gebrek, waarvoor de eiser verantwoordelijk is, zodat de verweerster dus wel degelijk een rechtstreekse benadeelde is, en, anderzijds, dat de omstandigheid dat op de verweerster een veiligheidsverplichting rust op grond van artikel 135, §2, van de Nieuwe Gemeentewet, niet uitsluit dat zij rechtstreekse schade kan lijden ingevolge gebreken waarvoor de eiser verantwoordelijk is.

4. Door aldus te oordelen, verantwoordt het vonnis zijn beslissing dat de eiser ertoe gehouden is aan de verweerster de gevorderde herstellkosten te vergoeden, naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

5 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en De Gryse.

Nr. 659

1^o KAMER - 5 november 2010

**1^o GEMEENTE - PARKEERHEFFINGEN OP MOTORVOERTUIGEN - UITVOERING -
CONCESSIEOVEREENKOMST - BEWAKINGSONDERNEMING - BEWAKINGSAGENTEN - VASTSTELLINGEN
- AARD - IDENTIFICATIE VAN DE SCHULDENAARS - MEDEDELING**

2^o GEMEENTE-, PROVINCIE- EN PLAATSELIJKE BELASTINGEN —

ALLERLEI - PARKEERHEFFINGEN OP MOTORVOERTUIGEN - UITVOERING -
 CONCESSIEOVEREENKOMST - BEWAKINGSONDERNEMING - BEWAKINGSAGENTEN - VASTSTELLINGEN
 - AARD - GEMEENTE - IDENTIFICATIE VAN DE SCHULDENAARS - MEDEDELING

3^o PRIVELEVEN (BESCHERMING VAN) - GEMEENTE - PARKEERHEFFINGEN OP
 MOTORVOERTUIGEN - UITVOERING - CONCESSIEOVEREENKOMST - BEWAKINGSONDERNEMING -
 BEWAKINGSAGENTEN - VASTSTELLINGEN - AARD - IDENTIFICATIE VAN DE SCHULDENAARS -
 MEDEDELING

1^o, 2^o, 3^o *Een gemeente mag aan de hand van de informatie die door bewakingsagenten is ingezameld de schuldenaars van parkeerretributies identificeren en vervolgens de identiteit van de door haar geïdentificeerde schuldenaars meedelen aan een bewakingsonderneming die, in het raam van een concessieovereenkomst met de gemeente, instaat voor de invordering van niet-betaalde parkeerretributies; die handelwijze houdt niet in dat de aangestelden van de bewakingsonderneming een verboden onderzoeksdaad stellen¹.* (Artt. 1, §1, eerste lid, 6^o, en 8, §3bis, eerste en tweede lid, Wet 10 april 1990)

(VINCI PARK BELGIUM nv T. CASTEUR OPTICS & MEDICAL INSTRUMENTS bvba)

ARREST

(AR C.09.0567.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 22 mei 2009 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal 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. Krachtens artikel 1, §1, eerste lid, 6^o, van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid wordt als bewakingsonderneming beschouwd elke rechtspersoon of natuurlijke persoon die een activiteit uitoefent bestaande in de blijvende of tijdelijke levering aan derden van diensten van het verrichten van vaststellingen, die uitsluitend betrekking hebben op de onmiddellijk waarneembare toestand van goederen die zich bevinden op het openbaar domein, in opdracht van de bevoegde overheid of van de houder van een overheidsconcessie.

Krachtens artikel 8, §3bis, eerste lid, van deze wet kunnen de ondernemingen en diensten de activiteiten als bedoeld in artikel 1, §1, eerste lid, 6^o, slechts uitoefenen nadat zij hiertoe uitdrukkelijk aangesteld zijn in een openbaar gemaakte beschikking, uitgevaardigd door de opdrachtgevende overheid of de overheid waarmee de opdrachtgevende onderneming een concessieovereenkomst heeft afgesloten.

¹ Zie Cass., 29 mei 2009, AR C.08.0130.N, AC, 2009, nr. 363, met concl. van advocaat-generaal THUIS.

Krachtens het tweede lid van deze wetsbepaling is het de bewakingsagent bij het uitvoeren van de activiteit bedoeld in artikel 1, §1, eerste lid, 6°, verboden betrokken personen, getuigen of verantwoordelijken op te sporen, de identiteit te controleren, bijkomende inlichtingen in te winnen of personen te verhoren.

2. Hieruit volgt dat de taak van bewakingsagenten die voertuigen controleren die op het openbaar domein geparkeerd staan, beperkt is tot het doen van materiële vaststellingen die betrekking hebben op de onmiddellijk waarneembare toestand van die voertuigen.

Het is de bewakingsagenten niet toegelaten bijkomende onderzoeksdaaden te stellen door de betrokken personen, getuigen of verantwoordelijken op te sporen, hun identiteit te controleren, bijkomende inlichtingen in te winnen of personen te verhoren.

3. Die wetsbepalingen beletten niet dat een gemeente aan de hand van de informatie die door bewakingsagenten is ingezameld de schuldenaars van parkeerretributies identificeert en vervolgens de identiteit van de door haar geïdentificeerde schuldenaars aan een bewakingsonderneming meedeelt die, in het raam van een concessieovereenkomst met de gemeente, instaat voor de invordering van niet-betaalde parkeerretributies.

Die handelwijze houdt niet in dat de aangestelden van de bewakingsonderneming een onderzoeksdaad stellen in de zin van het voormelde artikel 8, §3bis, tweede lid.

4. De appelrechters oordelen dat:

- de opdracht tot invordering reeds "ingebakken zit" in de concessie-overeenkomst;

- de aangestelde van de stad Oostende bij de identificatie van de natuurlijke, dan wel de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de betrokken voertuigen handelt in opdracht en op uitdrukkelijk verzoek van de eiseres, die aan de betrokkene immers een lijst bezorgt van de te identificeren nummerplaten;

- het "voor geen enkele redelijke betwisting vatbaar is dat wanneer (de eiseres), via tussenkomst van de aangestelde van de concessiegever/stad Oostende de persoon/verantwoordelijke, houder van het betrokken voertuig tracht te achterhalen/identificeren, er sprake is van het 'opsporen van de betrokken personen' of minstens van het 'inwinnen van bijkomende inlichtingen' in de zin van artikel 8, §3bis, tweede lid."

5. Op grond van deze redenen konden de appelrechters niet wettig beslissen dat die handelwijze van de eiseres een schending inhoudt van artikel 8, §3bis, tweede lid, van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis, behoudens in zoverre het hoger beroep ontvankelijk wordt verklaard.

Beveelt dat van dit arrest melding zal gemaakt worden op de kant van het gedeeltelijk 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 Kortrijk, zitting houdende in hoger beroep.

5 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijklopende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Mahieu en Maes.

Nr. 660**1^o KAMER - 5 november 2010**

1^o GEMEENTE - PARKEERHEFFINGEN OP MOTORVOERTUIGEN - UITVOERING - PARKEERVERBOD - GEVOLG

2^o GEMEENTE-, PROVINCIE- EN PLAATSELIJKE BELASTINGEN —
ALGEMEEN - GEMEENTE - PARKEERHEFFINGEN OP MOTORVOERTUIGEN - UITVOERING -
PARKEERVERBOD - GEVOLG

3^o WEGVERKEER — ALLERLEI - GEMEENTE - PARKEERHEFFINGEN OP MOTORVOERTUIGEN
- UITVOERING - PARKEERVERBOD - GEVOLG

1^o, 2^o, 3^o *De gemeenten kunnen geen parkeerplaatsen ter beschikking stellen waar het op grond van de wetgeving en de reglementen op de politie van het wegverkeer verboden is te parkeren; zij kunnen dan ook geen aanspraak maken op een parkeerretributie voor voertuigen die op die plaatsen geparkeerd staan*¹. (Enig art., Wet 22 feb. 1965)

(A.G.B. GEMEENTELIJK AUTONOOM PARKEERBEDRIJF ANTWERPEN T. DAMICO bvba)

ARREST

(AR C.10.0028.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 14 mei 2009 in laatste aanleg gewezen door de vrederechter van het tweede kanton Antwerpen.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal 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 Art. 1 W. 22 feb. 1965 zoals gewijzigd bij art. 37 W. 7 feb. 2003.

Eerste onderdeel

1. Artikel 1 van de wet van 22 februari 1965 waarbij aan de gemeenten wordt toegestaan parkeergeld op motorrijtuigen in te voeren, zoals gewijzigd door artikel 37 van de wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid, bepaalt dat wanneer de gemeenteraden, overeenkomstig de wetgeving en de reglementen op de politie van het wegverkeer, reglementen inzake het parkeren vaststellen, die betrekking hebben op parkeren voor een beperkte tijd, het betalend parkeren en het parkeren dat voorbehouden is aan de bewoners, zij parkeerheffingen kunnen instellen die van toepassing zijn op motorvoertuigen.

2. Uit deze bepaling volgt dat de gemeenten alleen parkeerplaatsen kunnen ter beschikking stellen overeenkomstig de wetgeving en de reglementen op de politie van het wegverkeer.

De gemeenten kunnen geen plaatsen ter beschikking stellen waar het op grond van die wetgeving en reglementen verboden is te parkeren.

De gemeenten kunnen dan ook geen aanspraak maken op een parkeerretributie voor voertuigen die geparkeerd staan op plaatsen waar volgens het wegverkeersreglement het parkeren verboden is.

Het onderdeel, dat uitgaat van de tegenovergestelde rechtsopvatting, faalt naar recht.

Tweede onderdeel

3. Het onderdeel gaat ervan uit dat de vrederechter een bestraffend karakter toekent aan de parkeerretributie, dat geen samenloop toelaat met de strafrechtelijke geldboete en daardoor de aard van de parkeerheffing als retributie miskent.

4. Uit de door het onderdeel aangehaalde passage uit het bestreden vonnis: "men moeilijk kan stellen dat zelfs voor wagens die in overtreding staan, de betaling van een parkeerticket dient opgelegd te worden, aangezien de automobilist in dit geval, al heeft hij zijn parkeren betaald, het risico loopt om een tweede maal, doch deze keer door de politie, met een aanzienlijke boete opgesolferd te worden", blijkt dat de vrederechter het parkeerticket als een betaling voor het parkeren en dus als een retributie opvat.

Het onderdeel gaat uit van een verkeerde lezing van het bestreden vonnis en mist mitsdien feitelijke grondslag.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

5 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandewal, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Gryse en Wouters.

Nr. 661**1° KAMER - 5 november 2010**

- 1° BENELUX — PREJUDICIELE GESCHILLEN - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - REDENEN - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 2° PREJUDICIEEL GESCHIL - BENELUX - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - REDENEN - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 3° MERKEN — BENELUX-MERK - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - PREJUDICIEEL GESCHIL - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 4° BENELUX — PREJUDICIELE GESCHILLEN - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - KENNISGEVING - GEEN OPGAVE VAN REDENEN - GEEN BEZWAREN VAN DE DEPOSANT - HOGER BEROEP - MOGELIJKHEID - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 5° PREJUDICIEEL GESCHIL - BENELUX - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - GEEN BEZWAREN VAN DE DEPOSANT - KENNISGEVING - GEEN OPGAVE VAN REDENEN - HOGER BEROEP - MOGELIJKHEID - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 6° MERKEN — BENELUX-MERK - BENELUX-VERDRAG INTELLECTUELE EIGENDOM - MERK - DEPOT - BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM - VOORNEMEN TOT WEIGERING - GEEN BEZWAREN VAN DE DEPOSANT - KENNISGEVING - GEEN OPGAVE VAN REDENEN - HOGER BEROEP - MOGELIJKHEID - PREJUDICIEEL GESCHIL - VRAAG OM UITLEGGING - BENELUX-GERECHTSHOF - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING**
- 1°, 2°, 3° Wanneer een vraag om uitlegging voor het Hof van Cassatie rijst, waarvoor het Benelux-Gerechtshof als enige bevoegd is om ze te beantwoorden, zoals de vraag of het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom voldoet aan de in artikel 2.11.3 B.V.I.E. bepaalde verplichting om "onder opgave van redenen" kennis te geven aan de deposant van zijn voornemen de inschrijving van een merk geheel of gedeeltelijk te weigeren door het louter aanduiden van een of meer van de in artikel 2.11.1 B.V.I.E. vermelde absolute weigeringsgronden, stelt het Hof die vraag aan het Benelux-Gerechtshof¹. (Art. 6, Benelux-Gerechtshof-verdrag; Artt. 2.11.1 en 2.11.3, BVIE)*
- 4°, 5°, 6° Wanneer vragen om uitlegging voor het Hof van Cassatie rijzen, waarvoor het Benelux-Gerechtshof als enige bevoegd is om ze te beantwoorden, zoals de vraag of de*

1 Het O.M. was van oordeel dat uit de artikelen 2.11.1 en 2.11.3 B.V.I.E. volgt dat het Bureau, bij de voorlopige beslissing van weigering zich niet er mag toe beperken de gronden van weigering voorzien in artikel 2.11.1 aan te duiden maar ook de feitelijke elementen moet aangeven waarop de toepassing van de weigeringsgronden gesteund zijn. Het sloot hierbij aan bij de opvatting van F. GOTZEN (Handboek Merkenrecht, ed. Bruylant, 2008, p. 129) dat de in artikel 2.11.3 B.V.I.E. genoemde termijn bedoeld is om de deposant toe te laten te antwoorden op de bezwaren en eventueel zijn teken aan te passen. Het concludeerde dat de appelrechters, door in die zin te oordelen, hun beslissing naar recht hadden verantwoord, zodat ook dit derde onderdeel niet kon worden aangenomen.

deposant het recht verbeurt om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van weigering, doordat hij geen bezwaren formuleerde tegen het voornemen van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom de inschrijving van een merk geheel of gedeeltelijk te weigeren en, bij een positief antwoord op deze vraag, de vraag of de deposant dit recht ook verbeurt wanneer de kennisgeving van dat voornemen zonder opgave van redenen is gebeurd, stelt het Hof die vragen aan het Benelux-Gerechtshof. (Art. 6, Benelux-Gerechtshof-verdrag; Artt. 2.11.1 en 2.11.3, BVIE)

(DE BENELUX-ORGANISATIE VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM T. V.)

ARREST

(AR C.09.0634.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 8 september 2009 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guy Dubrulle heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 2.11.1, b en c, en 2.11.3 van het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom, goedgekeurd bij wet van 22 maart 2006 (Belgische Staatsblad, 26 april 2006, p. 21866);
- het beschikkingsbeginsel - autonomie van de procespartijen (algemeen rechtsbeginsel);
- rechten van de verdediging (algemeen rechtsbeginsel).

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest:

- ontvangt de vordering en verklaart ze gegrond;
- vernietigt de bestreden beslissing waarbij de inschrijving in het Benelux-merkenregister van het door de eiseres gedeponeerde merk wordt geweigerd;
- beveelt de BOIE om het merk dat gedeponeed werd onder het nummer 1147562 in te schrijven in het Benelux-merkenregister voor de in het depot opgegeven waren en diensten uit de klassen 16, 41 en 44;
- veroordeelt de BOIE tot betaling van de gedingkosten (begroot op 1.386 euro voor (de verweerster) en op nul euro voor (de eiseres)).

Het arrest (p. 10, 11, nrs. 27-31) verwerpt de door de eiseres ingeroepen exceptie van onontvankelijkheid van het beroep, op volgende gronden:

"27. Betreffende de exceptie als zou het beroep niet kunnen worden ontvangen nu (de verweerster) geen gebruik heeft gemaakt van de haar geboden mogelijkheid om op te komen tegen de voorlopige weigeringsbeslissing, dient het volgende te worden overwogen.

28. Het BBIE heeft in zijn voorlopige beslissing tot weigering twee absolute weigeringsgronden aangevoerd, met name het beschrijvend karakter van het gedeponeerde teken en 'bovendien' de ontstentenis van onderscheidend vermogen ervan. Er wordt toegevoegd dat de gekozen grafische weergave het gebrek aan onderscheidend vermogen niet opheft.

29. Uit de bepaling in artikel 2.11.3 BVIE moet beslist worden afgeleid dat de procedure in twee etappes waarbij eerst een voorlopige weigering wordt genotificeerd vooraleer een definitieve beslissing wordt genomen, beoogt om tijdens de gestelde termijn uitwisseling van argumenten te bewerkstellingen.

Zulks veronderstelt evenwel dat de 'opgave van redenen' vermeld in artikel 2.11.3 zich niet beperkt tot een verwijzing naar verdragsartikelen en het beknopt weergeven van hun inhoud, maar dat integendeel een gedachtegang wordt ontwikkeld die leidt tot de conclusie dat een van de weigeringsgronden voorhanden is.

Indien het BBIE stelt dat een teken beschrijvend is en/of onderscheidend vermogen mist, mag de deposant dus verwachten dat ook wordt meegedeeld op grond van welke feitelijke gegevens en omstandigheden die conclusie wordt bereikt. Eerst dan kunnen immers argumenten hierover worden gewisseld. Ook enkel daaruit kan overigens blijken dat de merkenautoriteit de haar opgedragen onderzoeksopdracht heeft uitgevoerd ten aanzien van elk van de weigeringsgronden die ze aanvoert.

De passus in artikel 2.11.3 waarbij gewag wordt gemaakt van 'opgave van redenen' kan dan ook enkel aldus worden begrepen dat de beslissing tot voorlopige weigering met reden(en) moet worden omkleed.

30. In het voorliggende geval heeft het BBIE een beslissing meegedeeld, maar de reden(en) die ze aangeeft laten geheel in het onzekere welke gegevens haar er toe hebben gebracht om te stellen dat het gedeponeerde teken beschrijvend is, dat het geen onderscheidend vermogen heeft en dat de grafische weergave ervan aan die conclusie niets verandert.

Zodoende kon (de verweerster) bij ontstentenis van redengeving ook geen argumenten aanbrengen om een gedachtegang te weerleggen.

31. Derhalve, zelfs indien (de eiseres) zou worden gevolgd in haar standpunt dat een beroep tegen een definitieve beslissing niet kan worden toegelaten indien de voorlopige beslissing niet werd bekritisiseerd, dan nog kan in het voorliggende geval alleen maar worden vastgesteld dat ontstentenis van redengeving (de verweerster) niet in de mogelijkheid werd gesteld om inhoudelijke kritiek te leveren.

De exceptie wordt verworpen".

Grieven

(...)

Derde onderdeel

Schending van de artikelen 2.11.1, b en c, en artikel 2.11.3 BVIE.

3.1. Krachtens artikel 2.11.1 BVIE :

"weigert het Bureau een merk in te schrijven indien naar zijn oordeel:

(a) (...)

(b) het merk elk onderscheidend vermogen mist;

(c) het merk uitsluitend bestaat uit tekens of benamingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, hoedanigheid, hoeveelheden, bestemming, waarde, plaats van herkomst of het tijdstip van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten.

d (...)

e (...)".

Het BVIE somt aldus de vijf redenen op die het Bureau ertoe brengen de inschrijving van een merk te weigeren.

3.2. Krachtens artikel 2.11.3 BVIE "geeft het Bureau van zijn voornemen de inschrijving (...) te weigeren, onder opgave van redenen, onverwijld kennis aan de deposant en stelt hem in de gelegenheid hierop binnen een bij uitvoeringsreglement gestelde termijn te antwoorden".

3.3. De "redenen" die aldus, overeenkomstig artikel 2.11.3 BVIE moeten opgegeven zijn in de voorlopige beslissing van weigering, zijn de gronden waarop de weigering gesteund is overeenkomstig artikel 2.11.1 BVIE.

3.4. In voorliggend geval wordt in de voorlopige beslissing tot weigering van 20 december 2007 duidelijk vermeld op welke specifieke redenen het Bureau de weigering steunt, te weten op de redenen vermeld in artikel 2.11.1, b en c, BVIE. Die redenen worden als volgt in de beslissing gepreciseerd:

"(1) Het teken bodystyling is beschrijvend. Het kan immers dienen tot aanduiding van de in de klassen 16, 41 en 44 genoemde waren en diensten.

(2) Het teken mist bovendien onderscheidend vermogen. Dit gebrek aan onderscheidend vermogen van het teken wordt niet opgeheven door de gekozen grafische weergave".

3.5. Door aldus de redenen van de weigering op te geven en te preciseren naar het concrete geval toe, heeft de (voorlopige) weigeringsbeslissing voldaan aan de verdragsrechtelijke voorwaarde van "opgave van redenen" (artikel 2.11.3 BVIE) waarop de deposante (de verweerster), indien zij het nuttig of wenselijk achtte, kon antwoorden. Wat betreft de tweede opgegeven reden - het gebrek aan onderscheidend vermogen - dient overigens te worden onderstreept dat die weigeringsgrond noodzakelijkerwijze volgt uit de eerste opgegeven en gepreciseerde reden nl. het beschrijvend karakter van het merk (Hof van Justitie, 12 februari 2004, zaak C-363/99, KPN/BMB, r.o. 67 en 85 en zaak C-265/00, Campina/BMB, r.o. 18; Cass. 22 oktober 2009, C.08.0411.N, BOIE/Janssen Pharmaceutica).

3.6. Door te eisen dat het BBIE in de voorlopige beslissing tot weigering nog meer (feitelijke) gegevens en omstandigheden dan de daarin vermelde (zie boven nr. 3.5) diende op te geven (arrest, p. 11, lid 3, en nr. 30, lid 1) en een verdere "gedachtengang" diende te ontwikkelen (arrest, p. 11, lid 2; nr. 30, lid 2), voegt het arrest ten onrechte een voorwaarde toe aan het verdragsrechtelijk begrip "opgave van redenen" zoals vereist door artikel 2.11.3 BVIE en schendt het aldus dit begrip en deze bepaling, evenals artikel 2.11.1, b en c, BVIE.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Middel

(...)

Derde onderdeel

9. Krachtens het voormeld artikel 2.11.3. van het Benelux-Verdrag intellectuele eigendom geeft het Bureau aan de deposant onverwijld schriftelijk kennis van zijn voornemen de inschrijving geheel of gedeeltelijk te weigeren, onder

opgave van redenen, en stelt het hem in de gelegenheid hierop binnen een bij uitvoeringsreglement gestelde termijn te antwoorden.

Krachtens artikel 2.11.1. van hetzelfde verdrag kan het Bureau weigeren een merk in te schrijven indien naar zijn oordeel een van de in deze bepalingen voorziene absolute gronden van weigering voorhanden is.

10. De appelrechters oordelen dat de "opgave van redenen" vermeld in artikel 2.11.3. van voormeld verdrag zich niet beperkt tot de verwijzing naar verdragsartikelen en het beknopt weergeven van hun inhoud, maar dat een gedachtengang moet ontwikkeld worden die leidt tot de conclusie dat een van de weigeringsgronden voorhanden is en dat de eiseres bij ontstentenis van redengeving geen argumenten kon aanbrengen om deze gedachtengang te weerleggen.

11. Het onderdeel voert aan dat de redenen die overeenkomstig artikel 2.11.3. van het Benelux-Verdrag intellectuele eigendom moeten opgegeven zijn in de voorlopige beslissing van weigering, de gronden zijn waarop de weigering gesteund is overeenkomstig artikel 2.11.1. en de appelrechters door te eisen dat het Bureau in de voorlopige beslissing tot weigering feitelijke gegevens en omstandigheden waarop de weigering is gesteund moet aangeven en een verdere gedachtengang moet ontwikkelen, een voorwaarde toevoegen aan artikel 2.11.3. van het verdrag.

12. Het antwoord op dit onderdeel vraagt om uitleg van artikel 2.11.3. van het Benelux-Verdrag intellectuele eigendom. Het Hof van Cassatie is verplicht om de vraag tot uitlegging aan het Benelux-Gerechtshof voor te leggen.

Dictum

Het Hof,

Houdt elke verdere uitspraak aan en vraagt aan het Benelux-Gerechtshof om zich, gelet op het bovengenoemd middel van de eiseres, uit te spreken over de volgende vragen om uitleg:

1. Voldoet het Bureau aan de in artikel 2.11.3 BVIE bepaalde verplichting om "onder opgave van redenen" kennis te geven aan de deposant van zijn voornemen de inschrijving geheel of gedeeltelijk te weigeren door het louter aanduiden van een of meer van de in artikel 2.11.1 BVIE vermelde absolute weigeringsgronden?

2. Verbeurt de deposant het recht om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van weigering doordat hij geen bezwaren formuleerde tegen het voornemen de inschrijving geheel of gedeeltelijk te weigeren?

3. Verbeurt de deposant, bij een positief antwoord op de tweede vraag, dit recht ook, wanneer de kennisgeving van het voornemen de inschrijving geheel of gedeeltelijk te weigeren zonder opgave van redenen is gebeurd?

5 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Londers, eerste voorzitter – *Verslaggever*: de h. Jocqué – *Gedeeltelijk andersluidende conclusie* van de h. Dubrulle, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Gryse en Lefèbvre.

Nr. 662**3° KAMER - 8 november 2010**

1° VORDERING IN RECHTE - COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN - OPTREDEN IN RECHTE - NIEUWE GEMEENTEWET - MACHTIGING VAN DE GEMEENTERAAD - TIJDSTIP - GEVOLG

2° VORDERING IN RECHTE - COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN - OPTREDEN IN RECHTE - NIEUWE GEMEENTEWET - MACHTIGING VAN DE GEMEENTERAAD - INWERKINGTREDING VAN HET GEMEENTEDECREET - GEVOLG

3° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN - OPTREDEN IN RECHTE - NIEUWE GEMEENTEWET - MACHTIGING VAN DE GEMEENTERAAD - INWERKINGTREDING VAN HET GEMEENTEDECREET - GEVOLG

1° De door artikel 270, tweede lid van de Nieuwe Gemeentewet voorziene machtiging van het college van burgemeester en schepenen door de gemeenteraad, kon onder de vigeur van die wet tot de sluiting van het debat worden gegeven, zodat het inleiden van een vordering op het enkel initiatief van het college van burgemeester en schepenen onder vigeur van die wet niet noodzakelijk leidde tot de onontvankelijkheid van de vordering, mits nadien machtiging werd verleend door de gemeenteraad en die machtiging voor het sluiten van het debat werd overgelegd¹. (Art. 270, tweede lid, Nieuwe Gemeentewet)

2° en 3° De onmiddellijke werking van artikel 193, eerste lid van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, houdt in dat het college van burgemeester en schepenen vanaf 1 januari 2006 en tot aan het sluiten van het debat kan overgaan tot de bekrachtiging van een eerder door de gemeente zonder machtiging van de gemeenteraad ingestelde vordering, zoals bepaald in artikel 270, tweede lid, van de Nieuwe Gemeentewet². (Art. 193, eerste lid, Gemeentedecreet 15 juli 2005)

(GOLF PRACTICE CLUB bvba T. VLAAMS GEWEST, Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke ordening e.a.)

Conclusie van advocaat-generaal R. Mortier :

1. In het eerste middel voert eiser aan dat het arrest tegenstrijdig is door enerzijds alvorens recht te spreken een deskundige aan te stellen om de uitgevoerde werken te beschrijven en de invloed ervan op het leefmilieu te onderzoeken en anderzijds vast te stellen dat er manifeste inbreuken op de leefmilieuwetgeving werden begaan, reden waarom de staking van het strijdig gebruik wordt bevolen.

Het is evenwel niet tegenstrijdig in die zin te beslissen nu het vaststellen van manifeste inbreuken die het leefmilieu aantasten en het staken van het strijdig gebruik verantwoord, niet belet dat een deskundige wordt aangesteld om te bepalen waaruit in concreto het herstel in de vorige toestand zou bestaan en om de te nemen herstelmaatregelen te beschrijven.

Het eerste middel dat zowel een motiveringsgebrek als een inbreuk op artikel 1138, Ger.W. aanvoert mist feitelijke grondslag.

2. Het tweede middel voert aan dat de appelrechter ten onrechte de vordering van de gemeente Overijse ontvankelijk verklaarde door artikel 193 van het Gemeentedecreet toepasselijk te achten, niettegenstaande deze bepaling pas in werking trad op 1 januari 2006, dit is na het inleiden van deze vordering.

2.1. Waar het krachtens artikel 123,8° van de Nieuwe Gemeentewet zo was dat het college van burgemeester en schepenen de rechtsgedingen voert waarbij de gemeente

¹ Zie de conclusies van het openbaar ministerie.

² *Ibid.*

hetzij als eiser, hetzij als verweerder betrokken is, maar de rechtsvorderingen waarvan sprake in artikel 270, tweede lid, slechts konden ingesteld worden door het college na machtiging door de gemeenteraad, werd door uw Hof aanvaard dat die noodzakelijke machtiging kon gegeven worden tot aan het sluiten van het debat.

In die zin werd geoordeeld bij arresten van 4 mei 2001³, 5 september 2003⁴ en 21 november 2008⁵.

Het inleiden van de vordering zonder machtiging van de gemeenteraad leidde dus op zich niet tot de onontvankelijkheid van die rechtsvordering indien deze onvolkomenheid tijdig, dit is voor het sluiten van het debat, werd gedekt door het overleggen van de noodzakelijke machtiging van de gemeenteraad.

2.2. Het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 hief deze bepalingen op en voerde met betrekking tot het optreden in rechte nieuwe regels in. Krachtens artikel 193 beslist het college van burgemeester en schepenen tot het optreden in rechte namens de gemeente. Deze bepaling trad in werking op 1 januari 2006.

Overeenkomstig de vaste rechtspraak van uw Hof houdt de regel betreffende de niet-retroactiviteit van de wet, zoals uitgedrukt in artikel 2 B.W. in dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is op rechtstoestanden die zich voordoen na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, evenals op de toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane rechtstoestand die zich voordoen of voortduren onder gelding van de nieuwe wet, voor zover daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

Artikel 193 van het Gemeentedecreet wordt dus onmiddellijk van toepassing op de gedingen die op het ogenblik van de inwerkingtreding ervan hangend zijn.

Vanaf dan is het niet meer aan de gemeenteraad om machtiging te verlenen om in rechte op te treden, of de eventueel onvolkomen ingeleide vorderingen alsnog te bekrachtigen door het a posteriori verlenen van de vereiste machtiging, maar komt het krachtens het decreet aan het college zelf toe, zonder machtiging van de gemeenteraad in rechte op te treden.

Niets belet dan ook dat het college van burgemeester en schepenen vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen en tot aan het sluiten van het debat de eerder ingestelde rechtsvordering, zonder de destijds vereiste machtiging, bekrachtigt.

Het tweede middel dat ervan uitgaat dat de nieuwe bepalingen geen onmiddellijke toepassing krijgen maar het integendeel de oude wet is die diende toegepast te worden faalt naar recht.

Conclusie: VERWERPING

ARREST

(AR C.09.0610.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 30 juli 2009 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

De zaak is bij beschikking van de eerste voorzitter van 20 oktober 2010 verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

3 Cass. 4 mei 2001, AR C.98.0199.N, AC, 2001, nr. 255.

4 Cass. 5 sept. 2003, AR C.02.0539.N, AC, 2003, nr. 417.

5 Cass. 21 nov. 2008, AR C.07.0448.N, AC, 2008, nr. 654.

Advocaat-generaal Ria Mortier 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

Eerste middel

(...)

Tweede middel

2. Krachtens artikel 123, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet, is het college van burgemeester en schepenen belast met het voeren van de rechtsgedingen waarbij de gemeente hetzij als eiser, hetzij als verweerder betrokken is.

Krachtens artikel 270, eerste lid, van die wet, treedt het college van burgemeester en schepenen, bij elke tegen de gemeente ingestelde rechtsvordering, op als verweerder. Het stelt de vorderingen in kort geding en de bezitsvorderingen in; het verricht alle handelingen tot bewaring van recht of stuiting van verjaring of van verval.

Krachtens artikel 270, tweede lid, van die wet, mogen alle andere rechtsvorderingen waarbij de gemeente als eiser optreedt door het college slechts worden ingesteld na machtiging van de gemeenteraad.

3. De aldus door de Nieuwe Gemeentewet voorziene machtiging van het college van burgemeester en schepenen door de gemeenteraad, kon onder de vigeur van die wet tot de sluiting van het debat worden gegeven.

Het inleiden van een vordering, zoals bepaald in artikel 270, tweede lid, van de Nieuwe Gemeentewet, op het enkel initiatief van het college van burgemeester en schepenen leidde onder de vigeur van die wet bijgevolg niet noodzakelijk tot de onontvankelijkheid van de vordering, mits nadien machtiging werd verleend door de gemeenteraad en die machtiging voor het sluiten van het debat werd overgelegd.

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

Krachtens artikel 313, §2, 3°, van dit decreet, treden de artikelen 190 tot en met 194 ervan in werking op 1 januari 2006.

5. Krachtens artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, beschikt de wet alleen voor het toekomstende.

Deze regel houdt in dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is op rechtstoestanden die zich voordoen na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, evenals op de toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane rechtstoestand, die zich voordoen of voortduren onder vigeur van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

6. De onmiddellijke werking van artikel 193, eerste lid, van het Gemeentede- creet van 15 juli 2005, houdt in dat het college van burgemeester en schepenen vanaf 1 januari 2006 en tot aan het sluiten van het debat kan overgaan tot de bekrachtiging van een eerder door de gemeente zonder machtiging van de gemeenteraad ingestelde vordering, zoals bepaald in artikel 270, tweede lid, van de Nieuwe Gemeentewet.

7. Het middel dat van een andere rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

8 november 2010 – 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Smetryns – *Gelijkluidende conclusie* van mevr. Mortier, advocaat- generaal – *Advocaten*: mrs. Maes en Geinger.

Nr. 663

2° KAMER - 9 november 2010

1° STRAF — GELDBOETE EN OPDECIEMEN - SOCIAAL RECHT - GELDBOETE ZOVEEL MAAL OPGELEGD ALS ER WERKNEMERS BIJ HET MISDRIJF BETROKKEN ZIJN - TOEPASSING

2° SOCIALE ZEKERHEID — ALLERLEI - FONDS VOOR BESTAANDEZEKERHEID - FONDS VOOR RIJN- EN BINNENSCHIEPVAART - TAAK - GRENZEN

3° SCHIP. SCHEEPVAART - FONDS VOOR RIJN- EN BINNENSCHIEPVAART - TAAK - GRENZEN

1° Uit artikel 19ter Wet Fondsen Bestaanszekerheid en artikel 57 C.A.O.-wet volgt dat het aantal personen voor wie aan een fonds voor bestaanszekerheid zoals het Fonds voor Rijn- en binnenscheepvaart geen bijdragen zijn gestort, een bepalend element uitmaakt van de in artikel 16, 1° Wet Fondsen Bestaanszekerheid en artikel 56, 1° C.A.O.-wet bepaalde inbreuken¹.

2° en 3° Het Fonds voor Rijn- en binnenscheepvaart, zijnde een fonds voor bestaanszekerheid opgericht in de schoot van het paritair comité voor de binnenscheepvaart in toepassing van de C.A.O.-wet en de Wet Fondsen Bestaanszekerheid is, in toepassing van artikel 6 Wet Fondsen voor Bestaanszekerheid belast met de inning en invordering van de bijdragen die de betrokken werkgevers op grond van algemeen verbindend verlaarde cao's verschuldigd zijn, onder meer ter financiering van sociale voordelen voor de werknemers; het voornoemd Fonds heeft geen hoedanigheid om de krachtens de R.S.Z.-wet verschuldigde socialezekerheidsbijdragen te innen en in te vorderen en kan aldus geen ontvankelijke burgerlijke rechtsvordering steunen op inbreuken op de R.S.Z.-wet en het Dimona-aangiftebesluit.

(FONDS VOOR RIJN- EN BINNENSCHIEPVAART T. D. e.a.)

¹ Zie Cass., 8 nov. 1978, AC, 1978-1979, nr. 291; Cass., 5 juni 1979, AC, 1978-1979, nr. 1159; Cass., 20 juni 1979, AC, 1978-1979, nr. 1264; Cass., 7 nov. 1979, AC, 1979-1980, nr. 155; Cass., 13 nov. 1979, AC, 1979-1980, nr. 170.

ARREST

(AR P.09.1562.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 24 september 2009.

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

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Tweede middel

8. Het middel voert schending aan van artikel 6.3.a EVRM, de artikelen 145, 182, 184 en 211 Wetboek van Strafvordering, artikel 4 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, evenals miskennis van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging: het arrest oordeelt niet wettig dat de strafvordering wat betreft de telastleggingen H en K, bij gebrek aan afdoende duidelijke omschrijving, onontvankelijk is.

9. De verweerders 1 en 2 zijn onder de telastleggingen H en K vervolgd wegens de overtreding van een algemeen verbindend verklaarde CAO die de werkgever de verplichting oplegt bijdragen te betalen aan het fonds voor bestaanszekerheid opgericht in de schoot van het paritair comité voor de binnenscheepvaart, strafbaar gesteld zowel krachtens artikel 16, 1°, van de wet van 7 januari 1958 betreffende de fondsen voor bestaanszekerheid (telastlegging H), (hierna: Wet Fondsen Bestaanszekerheid), als krachtens artikel 56, 1°, CAO-wet (telastlegging K).

10. Krachtens artikel 19ter Wet Fondsen Bestaanszekerheid wordt de geldboete voor de bij artikel 16, 1°, bepaalde misdrijven, zoveel maal toegepast als er personen zijn voor wie geen bijdragen werden gestort, zonder dat het bedrag van de geldboete hoger mag zijn dan 50.000 euro.

Krachtens artikel 57 CAO-wet wordt de geldboete voor de bij artikel 56, 1°, bepaalde inbreuken, zoveel maal opgelegd als er werknemers in strijd met de overeenkomst zijn tewerkgesteld, zonder dat het bedrag van de geldboete hoger mag zijn dan 50.000 euro.

11. Uit die bepalingen volgt dat het aantal personen voor wie aan de eiser geen bijdragen zijn gestort, een bepalend element uitmaakt van de tegen de verweerders 1 en 2 onder de feiten H en K uitgebrachte beschuldiging.

In zoverre het middel aanvoert dat de door artikel 6.3.a EVRM en artikel 182 Wetboek van Strafvordering vereiste voldoende duidelijke omschrijving van het voorwerp van de vervolging die de beklaagde toelaat zijn recht van verdediging uit te oefenen, niet vereist dat de verwijzingsbeschikking of de dagvaarding het aantal werknemers voor wie geen bijdragen zijn gestort, nader zou bepalen, faalt

het naar recht.

12. Voor het overige komt het middel op tegen de onaantastbare beoordeling van de feiten door de rechter of vraagt het een onderzoek van feiten waarvoor het Hof niet bevoegd is.

In zoverre is het middel niet ontvankelijk.

Derde middel

13. Het middel voert schending aan van artikel 149 Grondwet, artikel 3 RSZ-wet, artikel 4 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek en, voor zoveel als nodig, artikel 2, §4, Algemene Beginselenwet Sociale Zekerheid: het arrest oordeelt niet wettig dat de strafvordering wat betreft de telastleggingen E en J ongegrond is en beslist bijgevolg niet wettig dat het geen rechtsmacht bezit uitspraak te doen over eisers burgerlijke rechtsvordering.

14. De verweerders 1 en 2 zijn onder de telastleggingen E en J vervolgd wegens het niet-indienen bij de RSZ van Dimona-aangiften en kwartaalaangiften met verantwoording van de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen.

15. De eiser is een fonds voor bestaanszekerheid opgericht in de schoot van het paritair comité voor de binnenscheepvaart in toepassing van de CAO-wet en de Wet Fondsen Bestaanszekerheid.

In toepassing van artikel 6 Wet Fondsen voor Bestaanszekerheid is de eiser belast met de inning en invordering van de bijdragen die de betrokken werkgevers op grond van algemeen verbindend verklaarde cao's verschuldigd zijn, onder meer ter financiering van sociale voordelen voor de werknemers.

De eiser die geen hoedanigheid heeft om de krachtens de RSZ-wet verschuldigde socialezekerheidsbijdragen te innen en in te vorderen, kan aldus geen ontvankelijke burgerlijke rechtsvordering steunen op inbreuken op de RSZ-wet en het Dimona-aangiftebesluit.

Het middel is bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

9 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mestdagh – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en van Eeckhoutte.

- OP GELDIGE WIJZE AANHANDIG ZIJNDE RECHTSGEDINGEN - DRAAGWIJLTE

2^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WETTEN OP DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE, DE BEVOEGDHEID EN DE RECHTSPLEGING - WERKING IN DE TIJD - OP GELDIGE WIJZE AANHANDIG ZIJNDE RECHTSGEDINGEN - DRAAGWIJLTE

1^o en 2^o Het "op geldige wijze aanhangig zijn" van rechtsgedingen zoals bepaald in artikel 3 Gerechtelijk Wetboek betreft onder meer het voorbrengen van de zaak voor de bevoegde rechter, die aldus wettig zijn bevoegdheid vaststelt; de uitzonderingsbepaling met betrekking tot de rechtsgedingen die geldig vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn aanhangig gemaakt, beoogt de bevoegdheid van de eerste rechter, eenmaal wettig vastgesteld, definitief vast te leggen ongeacht de daaropvolgende bevoegdheidswijziging; dit hoeft niet wanneer de eerste rechter zijn onbevoegdheid vaststelt of onwettig oordeelt bevoegd te zijn; in dit geval komt het de appelrechter toe met toepassing van de nieuwe wet zijn bevoegdheid vast te stellen¹. (Art. 3, Gerechtelijk Wetboek)

(L. e.a. T. V. e.a.)

ARREST

(AR P.09.1915.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 18 november 2009, op verwijzing gewezen ingevolge arrest van het Hof van 6 januari 2009.

De eisers I, IV, VI en VII voeren elk in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

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

De eiser II verwijst in een memorie naar de middelen zoals uiteengezet door eiser I en V.

De eiseres III voert geen middel aan.

De eiser I doet zonder berusting afstand van zijn cassatieberoep in zoverre dit gericht is tegen de heromschrijving door de appelrechters van het feit onder de tenlastelegging F.17.

Afdelingsvoorzitter Etienne Goethals heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. FEITEN EN VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

De eisers I tot VI werden voor de correctionele rechtbank te Leuven vervolgd onder meer wegens de telastlegging F.17, die betrekking had op het misdrijf gekwalificeerd in artikel 314 Strafwetboek, met name de belemmering van de vrijheid van opbod. Zij werden daarenboven samen met de eiser VII vervolgd wegens met de telastlegging F.17 samenhangende misdrijven.

De eisers werden veroordeeld bij vonnis van de correctionele rechtbank van

¹ Zie Cass., 24 dec. 1973, AC, 1974, nr. 477; Cass., 14 maart 1980, AC, 1979-1980, nr. 447; Cass., 16 okt. 1985, AR 4380, AC, 1985-1986, nr. 100 en de noot 3.

Leuven van 25 juni 2007.

In hoger beroep heeft het hof van beroep te Brussel veroordelingen uitgesproken bij arrest van 30 juni 2008.

Het Hof heeft dit arrest vernietigd bij arrest van 6 januari 2009.

Het Hof heeft geoordeeld dat de telastlegging F.17, zoals omschreven, inhield dat een der frauduleuze middelen die gebruikt werd om de vrijheid van opbod of van inschrijving te belemmeren of te storen, eveneens een niet-gecorrectionaliseerde valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken uitmaakte, zodat de appelrechters zich onterecht bevoegd hadden verklaard.

De zaak werd verwezen naar het hof van beroep te Antwerpen.

Het thans bestreden arrest van het hof van beroep te Antwerpen oordeelt dat de feiten van de telastlegging F.17 ook kunnen worden omschreven als valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken.

Na aanneming van verzachtende omstandigheden met toepassing van het nieuwe artikel 3, derde lid, Wet Verzachtende Omstandigheden, in werking getreden op 26 juni 2008, hebben de appelrechters geoordeeld dat zij bevoegd te zijn om over deze feiten te oordelen. Zij verklaren het arrest uitvoerbaar bij voorraad en bevelen de heropening van het debat teneinde de zaak ten gronde te behandelen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Afstand van de eiser I

1. Uit het bestreden arrest blijkt dat de bevoegdheidsbetwisting volgt uit de heromschrijving door de appelrechters van het feit van de telastlegging F.17. Die heromschrijving is aldus een onderdeel van deze bevoegdheidsbetwisting. Krachtens artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering is het cassatieberoep vóór de eindbeslissing ontvankelijk, ook wat deze heromschrijving betreft, en is er geen aanleiding akte te verlenen van de afstand.

(...)

Middel van de eiser I

4. Het middel voert schending aan van artikel 3 Gerechtelijk Wetboek: de appelrechters oordelen onterecht dat zij bevoegd zijn krachtens het nieuwe artikel 3, derde lid, Wet Verzachtende Omstandigheden dat hen toelaat zelf een niet voordien gecorrectionaliseerde misdaad te correctionaliseren; nochtans had de eerste rechter een beslissing genomen waarbij de bevoegdheid werd vastgesteld; de appelrechters dienden derhalve hun bevoegdheid te beoordelen overeenkomstig de wetgeving van toepassing op het ogenblik van de beoordeling ervan door de eerste rechter; met hun oordeel dat de uitzondering op de onmiddellijke toepassing van de nieuwe bevoegdheidsregels op het hangende geschil ("correctiemechanisme") alleen geldt wanneer de eerste rechter zijn bevoegdheid "terecht" heeft vastgesteld, voegen de appelrechters aan artikel 3, in fine, Gerechtelijk Wetboek een voorwaarde toe die deze bepaling niet inhoudt.

5. Artikel 3 Gerechtelijk Wetboek bepaalt: "De wetten op de rechterlijke orga-

nisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging zijn van onmiddellijke toepassing op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn, en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald."

6. Het "op geldige wijze aanhangig zijn" betreft onder meer het voorbrengen van de zaak voor de bevoegde rechter, die aldus wettig zijn bevoegdheid vaststelt. De uitzonderingsbepaling met betrekking tot de rechtsgedingen die geldig vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn aanhangig gemaakt, beoogt de bevoegdheid van de eerste rechter, eenmaal wettig vastgesteld, definitief vast te leggen ongeacht de daaropvolgende bevoegdheidswijziging. Dit hoeft niet wanneer de eerste rechter zijn onbevoegdheid vaststelt of onwettig oordeelt bevoegd te zijn. In dit geval komt het de appelrechter toe met toepassing van de nieuwe wet zijn bevoegdheid vast te stellen.

Het middel faalt naar recht.

Middel van de eisers IV en VII

7. De middelen voeren schending aan van artikel 3 Gerechtelijk Wetboek en artikel 2 Strafwetboek: de appelrechters oordelen onterecht dat zij bevoegd zijn krachtens het nieuwe artikel 3, derde lid, Wet Verzachtende Omstandigheden dat hen toelaat zelf een niet voordien gecorrectionaliseerde misdaad te correctionaliseren; nochtans wordt de onmiddellijke toepassingskracht van de wetten op de bevoegdheid beperkt door het "correctiemechanisme", vervat in artikel 3 Gerechtelijk Wetboek en op grond waarvan de onmiddellijke toepasselijkheid slechts geldt in de mate dat er nog geen beslissing ten gronde is genomen waardoor de bevoegdheid werd vastgelegd; het begrip "hangend rechtsgeding" in artikel 3 Gerechtelijk Wetboek dient te worden gedefinieerd als een rechtsgeding dat nog moet worden beslecht op het ogenblik van de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen betreffende de bevoegdheid; nergens bepaalt artikel 3 Gerechtelijk Wetboek of artikel 2 Strafwetboek of enige andere wettelijke bepaling dat deze beslissing over de grond, waarbij impliciet of expliciet over de bevoegdheid uitspraak wordt gedaan, definitief zou moeten zijn en in kracht van gewijsde zou moeten zijn gegaan; uit artikel 3 Gerechtelijk Wetboek volgt inderdaad dat het begrip "hangend rechtsgeding" niet wijst op een definitieve en in kracht van gewijsde gegane beslissing over de bevoegdheid maar wel dient te worden beschouwd als een uitspraak door de rechter in een in die aanleg gewezen beslissing; het "hangend rechtsgeding" wordt gelijkgesteld met een aanleg; waar de eerste rechter reeds uitspraak had gedaan over de bevoegdheid vóór de verruiming van de bevoegdheid ingevolge het nieuwe derde lid van artikel 3 Wet Verzachtende Omstandigheden, vermochten de appelrechters niet wettig hun bevoegdheid overeenkomstig deze nieuwe wet te bepalen.

8. Zoals blijkt uit het antwoord op het middel van de eiser I, beoogt de uitzonderingsbepaling met betrekking tot de zaken die geldig vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn aanhangig gemaakt, de bevoegdheid van de eerste rechter, eenmaal wettig vastgesteld, definitief vast te leggen ongeacht de daaropvolgende bevoegdheidswijziging. Dit hoeft alleen wanneer de eerste rechter krachtens de toen toepasselijke regeling wettig zijn bevoegdheid vaststelde,

zonder dat nochtans vereist is dat zijn beslissing kracht van gewijsde heeft.

9. In zoverre het middel ervan uitgaat dat de appelrechters met een "wettige" bevoegdheidsbeslissing van de eerste rechter bedoelen dat deze beslissing volgens hen ook kracht van gewijsde moet hebben, berust het op een verkeerde lezing van het arrest en mist het feitelijke grondslag.

10. In zoverre het middel ervan uitgaat dat de wettelijke bevoegheidsregeling voor de eerste rechter blijft gelden voor de appelrechters, met uitsluiting van de intussen in werking getreden nieuwe bevoegdheidsregeling, zodra de eerste rechter, zelfs onwettig, over zijn bevoegdheid heeft beslist, faalt het naar recht.

Middel van de eiser VI

(...)

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

17. 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 de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

9 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Goethals, afdelingsvoorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. H. Van Bavel, Brussel, M. Hermans, Mechelen, Verbist, B. Martens, Brussel, F. Deruyck, Antwerpen.

Nr. 665

2° KAMER - 9 november 2010

HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN)
— GEVOLGEN. BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER - BEPERKT HOGER BEROEP
VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - BEVOEGDHEID VAN DE APPELRECHTER - GRENZEN

Wanneer een beklaagde vervolgd wordt wegens twee verschillende feiten en, hetzij tot afzonderlijke straffen is veroordeeld, hetzij voor een feit werd vrijgesproken en voor een ander tot straf werd veroordeeld, draagt het tot de beslissing over één van die telastleggingen beperkt hoger beroep van het openbaar ministerie alleen de kennisneming van die beslissing aan de appelrechters op¹. (Artt. 202, 203 en 203bis, Wetboek van Strafvordering)

(B. T. BMW FINANCIAL SERVICES BELGIUM)

ARREST

(AR P.10.0635.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 3 maart 2010.

De eiser voert geen middel aan.

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ambtshalve middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 202, 203 en 203*bis* Wetboek van Strafvordering.

1. Wanneer een beklaagde vervolgd wordt wegens twee verschillende feiten en, hetzij tot afzonderlijke straffen is veroordeeld, hetzij voor een feit werd vrijgesproken en voor een ander tot straf werd veroordeeld, draagt het tot de beslissing over één van die telastleggingen beperkt hoger beroep van het openbaar ministerie alleen de kennisneming van die beslissing aan de appelrechters op.

2. De eiser werd gedagvaard voor de correctionele rechtbank te Leuven wegens poging tot afpersing (zaak I). Vervolgens werd hij voor dezelfde rechtbank gedagvaard wegens misbruik van vertrouwen (zaak II).

3. Bij vonnis van 9 juli 2008 werden beide zaken samengevoegd en werd een maatschappelijke enquête bevolen.

4. Bij vonnis van de correctionele rechtbank te Leuven van 7 januari 2009 werd de eiser vrijgesproken in de zaak II en werd hij tot straf veroordeeld in de zaak I. De rechtbank verklaarde zich onbevoegd uitspraak te doen over de vordering van BMW Financial Services Belgium gelet op de vrijspraak van de eiser in de zaak II. Hij werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding en een rechtsplegingsvergoeding aan de bvba Electro Formule Poorten, burgerlijke partij in de zaak I.

5. BMW Financial Services Belgium, burgerlijke partij in de zaak II en thans verweerster, tekende hoger beroep aan tegen dit vonnis op 9 januari 2009. Het openbaar ministerie volgde dit hoger beroep op 22 januari 2009 met vermelding dat het hoger beroep beperkt was tot de vrijspraak in zaak II.

6. Het thans bestreden arrest oordeelt dat het hoger beroep van het openbaar ministerie onterecht beperkt werd tot de zaak II, "nu deze zaak reeds bij tussenvonnis van 9 juli 2008 gevoegd werd bij zaak I (...), zonder dat tegen dit tussenvonnis enig rechtsmiddel werd aangewend". Vervolgens doet het het beroepen vonnis teniet, verklaart het de eiser schuldig in beide zaken en veroordeelt het hem met eenparige stemmen tot een zwaardere straf.

7. De appelrechters waren evenwel niet bevoegd in hoger beroep ook kennis te nemen van de beslissing over de zaak I, waartegen geen hoger beroep was ingesteld en konden aldus de eiser niet veroordelen tot één straf wegens de vermengde feiten van de zaken I en II.

De onwettigheid van de straf tast de wettigheid van de schuldigverklaring voor

de zaak II niet aan.

8. Wat de schuldigverklaring voor de zaak II betreft, zijn de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht genomen en is de beslissing overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het opnieuw uitspraak doet over de zaak I en in zoverre het de eiser wegens de vermengde feiten van de zaken I en II tot één straf veroordeelt en hem veroordeelt tot betaling van een bijdrage aan het bijzonder fonds voor de hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden.

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 drie vierden van de kosten van zijn cassatieberoep en laat een vierde van de kosten ten laste van de Staat.

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

Zegt dat er geen grond is tot verwijzing van de zaak I.

9 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal.

Nr. 666

2° KAMER - 10 november 2010

WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ARTIKEL
33 — ARTIKEL 33.1 - VLUCHTMISDRIJF - MOREEL BESTANDDEEL - TIJDSTIP

*Het morele bestanddeel van het vluchtmisdrijf moet op het ogenblik van de vlucht aanwezig zijn*¹. (Art. 33, §1, Wegverkeerswet)

(B.)

¹ Het bestreden vonnis had de redenen van het beroepen vonnis overgenomen dat, om de overtreding vluchtmisdrijf bewezen te verklaren, vermeldde dat de eiser was onderschept door de politieagenten die hem, toen ze ter plaatse aankwamen, lopend op ongeveer tweehonderd meter van het ongeval waren gekruist, dat zij hem hadden teruggeleid naar de plaats van het ongeval en dat de eiser eerst had ontkend de eigenaar te zijn van het geaccidenteerde voertuig en ook dat hij van de weg was afgeraakt. Met eigen redenen vermeldde dat vonnis bovendien dat ofschoon het aannemelijk was dat de eiser had kunnen beslissen om de plaats van het ongeval te verlaten, rekening houdend met de plaatsgesteldheid, het uur waarop het ongeval is gebeurd en het gebrek aan openbaar vervoer, evenwel blijft dat de eiser, door aanvankelijk tegen de politieagenten die hem hebben onderschept te verklaren dat het geaccidenteerde voertuig niet het zijne was en dat niet hij niet van de weg was afgeraakt, ongetwijfeld gepoogd had aan de nodige vaststellingen te ontkomen die de politiediensten voor het ongeval waarvoor hij aansprakelijk was, dienden te verrichten. Het openbaar ministerie dat oordeelt dat het bestreden vonnis op die gronden geenszins het materiële bestanddeel loskoppelde van het morele bestanddeel, heeft besloten dat het middel niet kon worden aangenomen.

ARREST (*vertaling*)

(AR P.09.1069.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctie-rechtbank te Verviers van 11 juni 2009.

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

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

De eiser voert aan dat hij niet kon veroordeeld worden wegens smaad tegen een agent van de openbare macht (telastlegging G), aangezien de strafvordering verjaard is voor dit wanbedrijf dat, na aanneming van verzachtende omstandigheden, in een overtreding is omgezet.

Krachtens artikel 21, vierde lid, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering verjaart de strafvordering na één jaar ingeval een wanbedrijf wordt omgezet in een overtreding.

De verjaring van de strafvordering die is ingesteld wegens het tenlastegelegde misdrijf van 5 augustus 2007, werd regelmatig gestuit door de akte van hoger beroep van de procureur des Konings van 25 juni 2008. Het misdrijf was bijgevolg op het ogenblik van het vonnis van 11 juni 2009 niet verjaard.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Tweede middel

Artikel 33, §1, Wegverkeerswet stelt de bestuurder van een voertuig strafbaar die, wetend dat dit voertuig oorzaak van, dan wel aanleiding tot een ongeval op een openbare plaats is geweest, de vlucht neemt om zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken, zelfs wanneer het ongeval niet aan zijn schuld te wijten is.

Het morele bestanddeel van het misdrijf moet op het ogenblik van de vlucht aanwezig zijn.

Het vonnis oordeelt dat de bedoeling om zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken kan worden afgeleid uit de verklaring van de eiser die, toen hij door de politie naar de plaats van het ongeval werd teruggevoerd na zich eerst vandaar te hebben verwijderd, ontkende dat hij de bestuurder van het verongelukte voertuig was.

Het vonnis wijst er echter eveneens op dat de eiser kan hebben beslist de plaats van het ongeval te verlaten, wegens de plaatsgesteldheid, het tijdstip en het ontbreken van communicatiemiddelen.

De correctionele rechtbank heeft dus niet vastgesteld dat de bedoeling om zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken aanwezig was op het ogenblik dat de eiser besloot de plaats van het ongeval te verlaten, en evenmin heeft ze vast-

gesteld dat de vlucht gebeurde vanaf de plaats waar de bevoegde agenten de veroorzaker van het ongeval konden aantreffen.

De appelrechters die aldus het materiële van het morele bestanddeel van het misdrijf scheidten, verantwoordden hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

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

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het uitspraak doet over de strafvordering die tegen de eiser is ingesteld wegens vluchtmisdrijf (telastlegging D) en over de bijdrage aan het Bijzonder Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, die met die veroordeling samengaat.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

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

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

10 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Cornelis – *Andersluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J. Bailly, Verviers.

Nr. 667

2° KAMER - 10 november 2010

**1° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WETTIGHEID
VAN BESLUITEN EN VERORDENINGEN - STRAFZAKEN - STRAFBAARSTELLING BIJ WET
- BESLUIT TOT OPHEFFING - ONWETTIGHEID - GEVOLG**

**2° GRONDWETTELIJK HOF - PREJUDICIËLE VRAAG - HOF VAN CASSATIE - VERPLICHTING
OM DE VRAAG TE STELLEN - GRENZEN**

1° De bepalingen die de gedraging strafbaar stellen en die een straf opleggen, worden niet opgeheven door een algemeen, provinciaal of plaatselijk besluit of verordening, dat onwettig is en dus niet kan worden toegepast.

2° Wanneer voor het Hof van Cassatie wordt aangevoerd dat een wet een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd door een bepaling uit titel II van de Grondwet, alsook door een bepaling van Europees of internationaal recht, is er geen grond om het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van de voormelde wet met de bepaling uit titel II van de Grondwet, wanneer het Hof van Cassatie oordeelt dat die grondwettelijke bepaling niet kennelijk geschonden is. (Art. 26, §4, tweede lid, 2°, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof)

(P. en P.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0791.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, correctionele kamer, van 31 maart 2010.

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

Raadsheer Alain Simon heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

De bepalingen die een gedraging strafbaar stellen en die een straf opleggen, worden niet opgeheven door een algemeen, provinciaal of plaatselijk besluit of verordening, waarvan de toepassing verboden is wegens de onwettigheid ervan.

Het middel dat de opheffing van een opheffingsbepaling, die de opgeheven bepaling niet opnieuw kan invoeren, verwacht met de onwettigheid van eerstgenoemde bepaling, die de uitwerking ervan ontnemt, faalt naar recht.

Tweede middel

Het arrest schendt artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof niet, door niet in te gaan op het verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag over de uitvoeringsbesluiten van de wet van 11 juli 1969 betreffende de grondstoffen voor de landbouw, tuinbouw, bosbouw en veeteelt. Over de reglementaire normen waarop de eiser kritiek uitoefent, kan immers geen prejudiciële vraag worden gesteld, aangezien zij geen wet, decreet of een regel zijn als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet.

Artikel 2 van de wet van 11 juli 1969 preciseert welke bevoegdheden aan de Koning zijn toegekend en met welk doel die hem zijn overgedragen. Artikel 8 beschrijft de strafbaar gestelde gedragingen en artikel 9 straft de overtredingen van de krachtens het voormelde artikel 2 genomen besluiten. De wet stelt ook het minimum en het maximum vast van de door haar bepaalde straffen.

In strijd met wat de eiser aanvoert, blijkt niet dat de wetgever aldus aan de uitvoerende macht volledig heeft overgelaten de gedragingen te omschrijven die als overtredingen op de bepalingen van de voormelde wet kunnen worden aangemerkt.

Het arrest schendt bijgevolg geen van de in het middel aangevoerde bepalingen, vermits het de weigering de prejudiciële vraag te stellen motiveert door het klaarblijkelijke gebrek aan schending, zoals bepaald in artikel 26, §2, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Het voor het Hof gedane verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag

Het legaliteitsbeginsel van de misdrijven en de straffen is een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd door de in het middel bedoelde bepalingen uit titel II van de Grondwet, alsook door artikel 7.1 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en door artikel 15.1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

Aangezien de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet klaarblijkelijk niet worden geschonden door de artikelen 2, 8 en 9 van de wet van 11 juli 1969, is er, overeenkomstig artikel 26, §4, tweede lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, geen grond tot het stellen van de prejudiciële vraag van de eiser.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

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 van hun cassatieberoep.

10 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Simon – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. H. Deckers, Luik.

Nr. 668

2° KAMER - 10 november 2010

VEROORDELING MET UITSTEL EN OPSCHORTING VAN DE VEROORDELING — PROBATIEUITSTEL - PROBATIEVOORWAARDEN - VERGOEDING VAN DE BENADEELDE PARTIJEN - WETTIGHEID

*De rechter kan als probatievoorwaarde de verplichting opleggen om het slachtoffer te vergoeden*¹. (Art. 8, §2, Probatiewet)

(R.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.1548.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, correctionele kamer, van 22 juni 2010.

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

Raadsheer Benoît Dejemeppe heeft verslag uitgebracht.

1 R.. CHARLES, "Suspension, sursis et probation", *R.P.D.B.*, aanvulling dl. IV, nr. 242.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

Het middel voert aan dat het arrest, door als voorwaarde voor de uitgesproken probatiemaatregel de volledige schadevergoeding van de benadeelde partijen op te leggen, al was het maar door met hen en onder toezicht van de justitieassistent een uitstel van betaling overeen te komen, artikel 8, §2, Probatiewet schendt. Volgens de eiser staat dergelijke voorwaarde onrechtstreeks gelijk aan lijfsdwang.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet blijkt dat de rechter als probatievoorwaarde de verplichting kan opleggen om het slachtoffer te vergoeden.

Bovendien kan de probatiecommissie, krachtens artikel 12, §1, Probatiewet, de bij de rechterlijke beslissing gestelde voorwaarden geheel of ten dele opschorten, ze nader omschrijven of aanpassen aan de omstandigheden.

Daaruit volgt dat de appelrechters, door het probatieuitstel aan de door hen gepreciseerde voorwaarde te koppelen, terwijl zij niet hebben beslist de eiser een vrijheidsberovende straf op te leggen ingeval hij in gebreke zou blijven om de slachtoffers te vergoeden, de aangevoerde bepaling niet schenden.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

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.

10 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dejemeppe – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. R. Swennen, Luik.

Nr. 669

1° KAMER - 12 november 2010

1° RECHTERLIJK GEWIJSDE — GEZAG VAN GEWIJSDE — STRAFZAKEN -
OMVANG

2° RECHTERLIJK GEWIJSDE — GEZAG VAN GEWIJSDE — STRAFZAKEN -
DRAAGWIJDTE - TEN AANZIEN VAN DE BURGERLIJKE RECHTER

3° RECHTSBEGINSELEN (ALGEMENE) - "NON BIS IN IDEM" - STRAFZAKEN -
VOORWAARDE

4^o STRAF — ALGEMEEN. STRAF EN MAATREGEL. WETTIGHEID - WETTIGHEID
- ALGEMEEN RECHTSBEGINSEL "NON BIS IN IDEM" - VOORWAARDE

5^o BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - SANCTIES - ADMINISTRATIEVE
SANCTIES - STRAFSANCTIES - SAMENLOOP - ALGEMEEN RECHTSBEGINSEL "NON BIS IN IDEM" -
VOORWAARDE

1^o *Het gezag van gewijsde in strafzaken geldt alleen voor hetgeen zeker en noodzakelijk door de strafrechter is beslist, met betrekking tot het bestaan van de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten, en rekening houdend met de motieven die de noodzakelijke grondslag van de beslissing in strafzaken uitmaken¹.*

2^o *Het gezag van strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter strekt zich enkel uit tot de vaststellingen inzake de omvang van de schade of die omvang, in zoverre de schade of de fiscale schuld een bestanddeel uitmaakt van het misdrijf waarover de strafrechter diende te oordelen en de kwalificatie en de straf kon veranderen naargelang van de omvang van het nadeel².*

3^o, 4^o, 5^o *Om de regel "non bis in idem" toe te passen is niet alleen vereist dat de nieuwe vervolging dezelfde feiten tot voorwerp heeft als de vorige definitief beslechte zaak, maar bovendien dat de eerste definitief beslechte vervolging en de tweede vervolging dezelfde persoon betreffen³. (Algemeen rechtsbeginsel "non bis in idem")*

(GILSON nv T. BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën)

Conclusie van advocaat-generaal D. Thijs:

(...)

II. De voorziening in cassatie.

2.- Eiseres voert twee middelen aan.

Het eerste middel spitst zich toe op de draagwijdte van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijk rechter, het is samengesteld uit vier onderdelen, en voert de schending aan van volgende wetsbepalingen:

- het algemeen beginsel van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter;

- artikel 4 van de Wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering;

- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 59, §1, van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde.

Het tweede middel huldigt het standpunt dat het algemeen rechtsbeginsel non bis in idem en artikel 14.7 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, goedgekeurd door de Wet van 15 mei 1981 (BS 6 juli 1983) zich ertegen verzetten dat een cumulatie wordt toegestaan tussen een strafsancie en een fiscale administratieve sancie die een strafrechtelijk karakter heeft in de zin van het verdrag.

3.1.- Alvorens de verschillende onderdelen van het eerste middel te bespreken, komt het nuttig voor enkele principes in verband met het door eiseres ingeroepen gezag van het strafrechtelijk gewijsde in herinnering te brengen.

De beslissing van de strafrechter over de strafvordering raakt de openbare orde. Hieruit werd afgeleid dat deze beslissing gezag van gewijsde erga omnes heeft⁴.

1 Zie de conclusie van het O.M.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, Manuel de procédure pénale, Brussel, Larcier, 2009, p.

Het principe dat het strafrechtelijk gewijsde de burgerlijke rechter bindt wordt evenwel als dusdanig niet op expliciete wijze in enige wetsbepaling geformuleerd. De openbare orde zou worden geschonden indien een burgerlijke rechter zou oordelen dat een strafrechtelijke beslissing onjuist is, terwijl de burgerlijke belangen waarover hij dient te oordelen minder belangrijk zijn dan de belangen die het voorwerp uitmaken van de strafvordering.

Men kan niettemin aannemen dat het principe voortvloeit uit de regel vervat in artikel 4, Voorafgaande Titel Sv., waarin bepaald wordt dat de burgerlijke vordering geschorst wordt zolang niet definitief beslist is over de strafvordering. De bedoeling bestaat er ongetwijfeld in tegenstrijdige beslissingen op burgerlijk en op strafrechtelijk vlak te voorkomen⁵.

Algemeen wordt voortaan aanvaard dat het gezag erga omnes een algemeen rechtsbeginsel is⁶.

Beslissingen op de strafvordering mogen bijgevolg niet opnieuw ter sprake worden gebracht ter gelegenheid van een burgerlijk proces. Daarentegen hebben de beslissingen van de strafrechter op de burgerlijke rechtsvordering, die met toepassing van artikel 4 van de Wet van 17 april 1878 terzelfder tijd als de strafvordering voor hem werd vervolgd, slechts gezag van gewijsde binnen de perken van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek⁷.

Door het fiscaal bestuur ingestelde vorderingen strekkende tot de betaling van btw en administratieve geldboeten zijn echter niet te beschouwen als burgerlijke rechtsvorderingen in de zin van artikel 4 V.T.Sv⁸. Volgens de rechtsleer kan deze rechtspraak, die betrekking heeft op geschillen inzake btw, ook worden doorgetrokken naar andere fiscale betwistingen die met een strafrechtelijke procedure samenlopen⁹.

De rechter die uitspraak moet doen over het fiscaal geschil, is aldus niet verplicht de behandeling van de zaak op te schorten, maar mag die behandeling opschorten, ook al is hij ingevolge het gezag van het strafrechtelijk gewijsde door de beslissing van de strafrechter gebonden¹⁰.

1001; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspiegeling*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2834 p. 1222; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, nr. 2209 p. 1042.

5 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2009, p. 1001; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 337; J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, nr. 215 p. 165-166.

6 Zie o.a.: Cass. AR 9264, 19 november 1985, Arr.Cass. 1985-86, 386, *Bull.* 1986, 332, *Pas.* 1986, I, 332.

7 Cass. AR 4591, 10 mei 1985, Arr.Cass. 1984-85, 1245, *Bull.* 1985, 1131, *T.Verz.* 1987, 709, *Pas.* 1985, I, 1131.

8 Cass. (1e K.) AR F.06.0111.N, 12 december 2008, *Fisc.Koer.* 2009 (weergave W. DEFOOR), afl. 9, 483, noot W. DEFOOR, 'Moet de fiscale rechter zijn beslissing uitstellen totdat de strafrechter zich heeft uitgesproken over het gerechtelijk onderzoek dat in de zaak rond de beweerde fiscale valsheid in geschrifte wordt gevoerd?', *FJF* 2009, afl. 6, 615, *TBP* 2009 (weergave F. MEERSCHAUT), afl. 8, 497, *TFR* 2009 (samenvatting), afl. 370, 910.

9 W. DEFOOR, 'Moet de fiscale rechter zijn beslissing uitstellen totdat de strafrechter zich heeft uitgesproken over het gerechtelijk onderzoek dat in de zaak rond de beweerde fiscale valsheid in geschrifte wordt gevoerd?', (noot onder Cass. (1e K.) AR F.06.0111.N, 12 december 2008), *Fisc.Koer.* 2009, afl. 9, 486.

10 Cass. (1e K.) AR F.06.0111.N, 12 december 2008, *Fisc.Koer.* 2009 (weergave W. DEFOOR), afl. 9, 483, noot W. DEFOOR, 'Moet de fiscale rechter zijn beslissing uitstellen totdat de strafrechter zich heeft uitgesproken over het gerechtelijk onderzoek dat in de zaak rond de beweerde fiscale valsheid in geschrifte wordt gevoerd?', *FJF* 2009, afl. 6, 615, *TBP* 2009 (weergave F. MEERSCHAUT), afl. 8, 497, *TFR* 2009 (samenvatting), afl. 370, 910.

Ten overstaan van de fiscale rechter zal derhalve ook het beginsel gelden dat het gezag van het rechterlijk gewijsde beperkt is tot wat de rechter heeft beslist over een punt dat in betwisting was en tot wat, om reden van het geschil dat voor de rechter was gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, de noodzakelijke grondslag, al weze het impliciet, van de beslissing uitmaakt (artikel 23 Ger. W.)¹¹. Het gezag van gewijsde in strafzaken geldt m.a.w. alleen voor hetgeen zeker en noodzakelijk door de strafrechter is beslist, met betrekking tot het al dan niet bestaan van de aan beklagde ten laste gelegde feiten en rekening houdend met de motieven die de noodzakelijke grondslag van de beslissing in strafzaken uitmaken¹².

Het gezag van het strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter c.q. de fiscale rechter zal zich bijgevolg enkel kunnen uitstrekken tot de vaststellingen inzake de omvang van de schade c.q. de omvang van de fiscale schuld in zoverre de schade c.q. de fiscale schuld een bestanddeel uitmaakte van het misdrijf waarover de strafrechter diende te oordelen en de kwalificatie en de straf konden veranderen naar gelang van de omvang van het nadeel¹³.

Het beginsel van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde erga omnes werd tenslotte in de rechtspraak van het Hof vanaf het arrest van 15 februari 1991¹⁴ in aanzienlijke mate ingeperkt ingevolge de rechtstreekse werking van artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

Artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ? hierna te noemen het Verdrag ? geeft, inderdaad, een ieder het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen. Zulks houdt onder meer in dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aangedragen bewijzen te weerleggen. Anderzijds, volgt uit het internrechtelijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde onder meer dat de feiten waarvan de strafrechter, in het kader van zijn beslissing op de strafvordering, ten aanzien van de beklagde het bestaan zeker en noodzakelijk heeft aangenomen, door derden in een later civiel geding in beginsel niet meer zouden kunnen worden betwist. Thans wordt aldus aangenomen dat, indien die toepassing van het bedoelde algemeen

11 Cass. (3e K.) AR C.04.0600.F, 29 januari 2007, *Pas.* 2007, afl. 2, 195; Cass. (1e K.) AR C.99.0405, 13 juni 2002, *Arr.Cass.* 2002, afl. 6-8, 1498, *Pas.* 2002, afl. 5-6, 1349, *RABG* 2003, afl. 7, 343, *RW* 2005-06, afl. 10, 384, *Verkeersrecht* 2002, afl. 9, 369.

12 Cass. (1e K.) AR C.03.0451.F, 23 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 9, 1461, *Juristenkrant* 2004 (weergave E. BREWAEYS), afl. 98, 11, *Pas.* 2004, afl. 9-10, 1396, *RCJB* 2005, afl. 4, 647, noot A. JACOBS, 'Que reste-t-il de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil?', (*RCJB* 2005, 654-679), *VAV* 2005, 245; zie ook: R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2838 p. 1224, nr. 2846-2847 p. 1227-1228.

13 Vgl.: Cass. AR 9417, 12 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1192, *Bull.* 1992, 1148, conclusie advocaat-generaal J.F. LECLERCQ, *JTT* 1992, 477, *Pas.* 1992, I, 1148, conclusie advocaat-generaal J.F. LECLERCQ, *RRD* 1993 (verkort), 51, *RW* 1992-93, 957, *Rev.dr.pén.* 1993, 222, *TSR* 1992, 371.

14 Cass. AR 6764, 15 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 641, conclusie advocaat-generaal G. D'HOORE, *Bull.* 1991, 572, *T.Verz.* 1991, 473, noot J.R., [Het gezag van strafrechtelijk gewijsde], (*T.Verz.* 1991, 477), *JLMB* 1991, 1159, noot F. PIEDBOEUF, 'Quelle est encore l'étendue de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le procès civil ultérieur', (*JLMB* 1991, 1163-1164), *JLMB* 1991, 1159, noot G. SCHAMPS, 'Unité des fautes civile et pénale: une brèche', (*JLMB* 1991, 1165-1167), *JT* 1991, 741, noot R. DALCO, [L'autorité de la chose jugée après l'arrêt STAPPERS], (*JT* 1991, 741-742), *Pas.* 1991, I, 572, *RCJB* 1992, 5, noot F. RIGAUX, 'L'érosion de l'autorité 'erga omnes' de la chose jugée au pénal par la primauté du droit au procès équitable', (*RCJB* 1992, 10-17), *RGAR* 1991, nr. 11.878, noot P. DELVAUX, 'La fin de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil', (*RGAR* 1991, nr. 11.878), *RW* 1991-92, 15, conclusie advocaat-generaal G. D'HOORE, *Rev.trim.DH* 1992 (verkort), 227, noot M. FRANCHIMONT, *Autorité de la chose jugée au pénal et procès civil équitable*, (*Rev.trim.DH* 1992, 230-236), *Verkeersrecht* 1991, 144, conclusie advocaat-generaal G. D'HOORE.

rechtsbeginsel in strijd komt met de toepassing van artikel 6.1 van het Verdrag, het voorschrift van het Verdrag, dat rechtstreekse werking bezit, voorrang heeft¹⁵.

Er dient hierbij wel te worden vermeld dat artikel 6 EVRM niet als een regel van openbare orde wordt beschouwd en dat de rechter bijgevolg een schending hiervan niet ambtshalve mag opwerpen, bij gebrek aan inroeping ervan door de betrokken partij. Deze partij zal bovendien het bewijs moeten leveren dat de burgerlijke rechter zich niet kan aansluiten bij hetgeen door de strafrechter werd beslist¹⁶.

Samengevat kan voortaan worden gesteld dat het gezag van gewijsde in strafzaken er niet aan in de weg staat dat een partij, in een later burgerlijk proces, de mogelijkheid krijgt om elementen te betwisten, in zoverre zij niet bij het strafgeding was betrokken of er niet vrij haar belagen heeft kunnen doen gelden¹⁷.

Voortgaande op de voormelde beschreven beginselen kan worden besloten dat het arrest van de correctionele kamer van het Hof van beroep te Gent van 26 juni 1997 met betrekking tot de boordeling van de fiscale schuld van eiseres geen gezag van strafrechtelijke gewijsde had ten aanzien van verweerder en de fiscale rechter, die er naderhand over diende te oordelen, en wel om verschillende redenen:

- vooreerst was verweerder geen partij in het strafgeding en heeft hij er zijn belangen met betrekking tot de begroting van de fiscale vordering niet kunnen doen gelden;
- verweerder dient bijgevolg in de gelegenheid te worden gesteld te bewijzen dat de beoordeling van de omvang van de fiscale schuld door de strafrechter niet dient te worden gevolgd door de burgerlijke rechter;
- door te oordelen dat de uitspraak over de te betalen BTW aan de fiscale rechter werd overgelaten en door vast te stellen dat de ambtenaren op een grondige wijze een analyse hebben gemaakt van de agenda's die in beslag werden genomen en die de omzet van de diverse verkooppunten weergeven, en door vast te stellen dat de berekening van de ontdoken BTW in het proces-verbaal van 4 februari 1992 het bewijs oplevert tot bewijs van het tegendeel, dat door eiseres niet wordt geleverd, hebben de appelrechters hun beslissing met betrekking tot de begroting van de omvang van de fiscale schuld naar recht verantwoord;
- de omvang van de fiscale schuld was geen bestanddeel van het ten laste van de heer J. G. gelegd misdrijf, dat enige invloed kon hebben op de kwalificatie van dit misdrijf en/of de op te leggen straf;
- de correctionele kamer van het Hof van beroep te Gent heeft in het arrest van 26 juni 1997 noch zeker, noch hoofdzakelijk noch noodzakelijk geoordeeld dat de verschuldigde

15 H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Charte, 2008, p. 338-339.

16 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2009, p. 1008-1009.

17 Cass. (1e k.) AR C.04.0488.F, 14 september 2006, conclusie advocaat-generaal A. HENKES, *JLMB* 2007, afl. 30, 1248, noot O. MICHIELS, 'Le désistement d'une partie civile et ses incidences sur l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil', (*JLMB* 2007, afl. 30, 1251-1255), *Pas.* 2006, afl. 9-10, 1741, conclusie advocaat-generaal A. HENKES, T.Strafr. 2007, afl. 3, 184, VAV 2007, afl. 4, 291, conclusie advocaat-generaal A. HENKES; Cass. (2e k.) AR P.06.0073.F, 14 juni 2006, conclusie advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH, *Pas.* 2006, afl. 7-8, 1403, conclusie advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH, *RGCF* 2008, afl. 3, 210; Cass. (1e k.) AR C.00.0046.F, 2 november 2001, Arr.Cass. 2001, afl. 9, 1840, *JLMB* 2002, afl. 16, 683, noot B. CEULEMANS, 'Vers la suppression du caractère absolu de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le procès civil ultérieur?', (*JLMB* 2002, afl. 16, 685-689), *Pas.* 2001, afl. 11, 1774, *Verkeersrecht* 2002, afl. 6, 225; Cass. (1e k.) (voltallige zitting) AR C.94.0030.N, 2 oktober 1997, Arr.Cass. 1997, 889, conclusie advocaat-generaal G. DUBRULLE, *Bull.* 1997, 936, *T.Verz.* 1998, 212, noot J. MUYLDERMANS, P&B 1998, 152, *Pas.* 1997, I, 936, *RW* 1997-98, 814, conclusie advocaat-generaal G. DUBRULLE, noot, T.A.V.W. 1997, 263;

bedragen niet konden worden bepaald aan de hand van de stukken waarop het proces-verbaal van 4 februari 1992 zich baseert om het bedrag van de ontdoken BTW te berekenen.

3.2.1.- In het eerste onderdeel van het eerste middel voert eiseres dat zij tot betaling van het volledige bedrag van de door de administratie opgevorderde BTW veroordeeld werd op grond van bewijsmateriaal dat door de strafrechter reeds als onvoldoende bewijskrachtig werd bestempeld. De appelrechters hebben hierdoor hun beslissing niet naar recht verantwoord en het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter en artikel 4 van de Wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering geschonden.

Volgens eiseres zou de strafrechter immers noodzakelijk en ondubbelzinnig hebben beslist dat het bedrag van de ontdoken BTW niet bepaalbaar is op grond van de bewijs-elementen die aan de strafrechter werden voorgelegd.

Zoals reeds onderstreept maakt de omvang van de belastingontduiking evenwel geen bestanddeel uit van het misdrijf dat ter beoordeling van de strafrechter voorlag en had de omvang van de belastingontduiking geen invloed op de kwalificatie van het misdrijf en de beoordeling van de straf.

De burgerlijke rechter is bijgevolg niet gebonden door de heromschrijving van het misdrijf als een belastingontduiking voor "een niet nader te bepalen bedrag" en vermocht dan ook te oordelen dat de motieven van de beslissing van de strafrechter in dat opzicht geen gezag van gewijsde hebben. Deze motieven waren noch hoofdzakelijk noch noodzakelijk vereist voor de beoordeling van de ten laste gelegde feiten door de strafrechter.

Gezien verweerder bovendien geen partij is geweest in de procedure voor de strafrechter, stond het de appelrechters bovendien vrij om, op grond van exact dezelfde bewijselementen als deze die aan de strafrechter waren voorgelegd, eiseres te veroordelen tot betaling van het volledig bedrag van de door verweerder gevorderde BTW, zelfs ook al was dit bedrag oorspronkelijk opgenomen in de tenlasteleggingen A.I en B.

Het eerste onderdeel kan dan ook niet worden aangenomen.

(...)

3.3.- In het tweede middel wordt het bestreden arrest verweten het algemeen rechtsbeginsel "non bis in idem" en artikel 14.7 IVBPR te hebben miskend nu de appelrechters eiseres hebben veroordeeld tot een fiscale administratieve geldboete van 250.000,00 EUR, terwijl de heer J. G., afgevaardigd bestuurder van eiseres, op strafrechtelijk gebied, bij definitief geworden arrest van 26 juni 1997, tot een strafsancie is veroordeeld wegens dezelfde feiten.

Artikel 14.7 van het Internationaal Verdrag van 19/12/1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, goedgekeurd bij Wet van 15 mei 1981 (*BS*, 6 juli 1983), bepaalt dat niemand voor een tweede keer mag worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land bij einduitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken.

Om de regel "non bis in idem" toe te passen is het evenwel niet alleen vereist dat de nieuwe vervolging dezelfde feiten tot voorwerp heeft als de vorige definitief beslechte zaak, maar bovendien dat de eerste definitief beslechte vervolging en de tweede vervolging dezelfde persoon betreffen¹⁸.

In casu werd de heer J. G., afgevaardigd bestuurder van eiseres, tot een strafsancie veroordeeld, terwijl de administratieve geldboete aan eiseres werd opgelegd, die weliswaar op grond van artikel 73sexies, tweede lid, W.BTW en artikel 458, tweede lid,

18 Cass. (2e k.) AR P.02.0494.N, 4 februari 2003, Arr.Cass. 2003, afl. 2, 319, *Pas.* 2003, afl. 2, 265;

WIB '92 burgerrechtelijk aansprakelijk werd verklaard voor de geldboeten waartoe de heer J. G. werd veroordeeld.

Uit het voorgaande dient te worden besloten dat eiseres zelf nog niet voor de kwestieuze inbreuken werd veroordeeld. Bij gebrek aan identiteit van vervolgte persoon, kan niet worden besloten tot de schending van de door eiseres ter staving van het tweede middel aangevoerde wetsbepalingen.

Het tweede middel kan dienvolgens niet worden aangenomen.

Besluit: VERWERPING.

ARREST

(AR F.09.0067.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 23 december 2008 gewezen door het hof van beroep te Gent.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs 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

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. Het gezag van gewijsde in strafzaken geldt alleen voor hetgeen zeker en noodzakelijk door de strafrechter is beslist, met betrekking tot het bestaan van de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten, en rekening houdend met de motieven die de noodzakelijke grondslag van de beslissing in strafzaken uitmaken.

Het gezag van strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter strekt zich bijgevolg enkel uit tot de vaststellingen inzake de omvang van de schade of die omvang, in zoverre de schade of de fiscale schuld een bestanddeel uitmaakt van het misdrijf waarover de strafrechter diende te oordelen en de kwalificatie en de straf kon veranderen naargelang van de omvang van het nadeel.

2. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de strafrechter oordeelt dat:

- de telastleggingen, zoals omschreven in de dagvaarding, in hoofde van de beklaagde bewezen zijn met dien verstande dat de specifiek opgesomde bedragen zowel in de telastlegging A.I als in de tenlastelegging B. dienen vervangen en omschreven als 'op een niet nader te bepalen bedrag';

- de aangiften in de inkomstenbelastingen ervan getuigen dat een zeer belangrijk gedeelte van de inkomsten niet werd aangegeven met de kennelijke bedoe-

ling de belasting te ontduiken, daar een belangrijk deel van de omzet niet werd aangegeven terwijl geschriften minutieus werden bijgehouden waaruit een grondige kennis en opvolging blijkt van de dagelijkse gang van zaken;

- het de fiscale rechter behoort de juiste bedragen vast te stellen.

Door aldus te oordelen heeft de strafrechter noodzakelijk geoordeeld dat de omvang van het bedrag van ontdoken btw niet behoort tot het voorwerp van de strafvordering.

3. De appelrechters oordelen derhalve naar recht dat aan de motieven en de beslissing over de bedragen van ontdoken btw geen strafrechtelijk gezag van gewijsde kleeft.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

(...)

Tweede middel

10. Om de regel "non bis in idem" toe te passen is niet alleen vereist dat de nieuwe vervolging dezelfde feiten tot voorwerp heeft als de vorige definitief beslechte zaak, maar bovendien dat de eerste definitief beslechte vervolging en de tweede vervolging dezelfde persoon betreffen.

11. De eiseres verzet zich tegen een samenloop van een strafsancie en een administratieve sanctie hoewel niet zij, maar haar afgevaardigd bestuurder strafrechtelijk werd veroordeeld.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

12 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijklopende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist en De Bruyn.

Nr. 670

1^o KAMER - 12 november 2010

1^o ERFENISSEN - ONBEHEERDE NALATENSCHAP - CURATOR - RECHTSHANDELINGEN -
VERBINDENDE KRACHT - ERFGENAMEN DIE NADIEN OPDUIKEN - GEVOLG

2^o SUCCESSIERECHTEN - VLAAMS GEWEST - BETALING RECHTEN, INTEREST EN BOETE -
AANSPRAKELIJKHEID ERFNAMEN - DRAAGWIJDTE

1^o *De rechtshandelingen door de curator verricht ter zake van de onbeheerde nalatenschap, verbinden de erfgenamen die nadien opduiken.* (Artt. 811 en 813, BW)

2° Overeenkomstig artikel 74 Wetboek Successierechten zijn allen die tot opdracht hebben of de last op zich genomen hebben de aangifte in te leveren, tegenover de Staat aansprakelijk voor de rechten van successie of van overgang bij overlijden, voor de interest en de boeten, voor zoveel het van hen heeft afgehangen in de nakoming van de wet te voorzien; deze bepaling neemt niet weg dat de erfgenamen, legatarissen en begiftigden tegenover de Staat verder aansprakelijk blijven voor de rechten van successie en voor de interest verschuldigd op hetgeen ieder van hen in de nalatenschap verkreeg. (Artt. 70, eerste lid, en 74, Wetboek Successierechten)

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. V. e.a.)

ARREST

(AR F.09.0101.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 5 februari 2009 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 70 en 74 van het Wetboek van Successierechten, ingevoegd bij KB nr. 308 van 31 maart 1936, bekrachtigd bij wet van 4 mei 1936 (W.Succ.);
- de artikelen 803, 811, 813, 1382, 1383, 1984, 1991, 1992 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 1228, eerste lid, en 1230 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

Het bestreden arrest verklaart de vordering van verweerders, op incidenteel beroep, ontvankelijk en als volgt gegrond:

"Beveelt (de eiser) om over te gaan tot een berekening van de sedert 3 januari 1996 tot 21 november 1996 gelopen interest, overeenkomstig de regels W. Succ., alsook om het bedrag van de aldus berekende intresten, vermeerderd met de gerechtelijke intresten sedert de neerlegging van de besluiten van verweerders waarin het incidenteel beroep werd ingesteld (dit wil zeggen sedert 11 maart 2004) terug te betalen".

Deze beslissing werd op de hiernavolgende motieven geschraagd:

"Artikel 74 W.Succ. bepaalt dat de vertegenwoordiger der erfgenamen, de curators van onbeheerde nalatenschappen (...) tegenover de Staat aansprakelijk zijn voor de successierechten, interesten en boeten, voor zoveel het van hen heeft afgehangen in de nakoming van de wet te voorzien.

In geval van een onbeheerde nalatenschap, waarvoor een voorlopig beheerder werd aangesteld door de rechtbank, begint voor deze voorlopige beheerder de termijn voor indiening van de aangifte pas te lopen vanaf zijn aanstelling. Daarentegen kan het onbeheerd verklaren van de nalatenschap niet worden gelijkgesteld met een verandering in de devolutie, zodat het zonder invloed blijft op de datum waarop de rechten wettelijk opeisbaar geworden zijn, nl. 7 maanden na het overlijden.

In deze werd de aangifte van nalatenschap ingediend op 21 november 1996, daar waar het overlijden van wijlen Mevrouw V. G. dateerde van 20 september 1994 en de aanstel-

ling van de curator van 2 augustus 1995.

Dit betekent dat de rechten verschuldigd waren 7 maanden na 20 september 1994, d.w.z. vanaf 20 april 1995. Op dat ogenblik was de curator evenwel nog niet aangesteld. Deze aanstelling gebeurde pas op 2 augustus 1995. Bovendien moet de curator logischerwijze over de wettelijke termijn van 5 maanden beschikken voor het indienen van de aangifte (zie art. 40 W.Succ.), d.w.z. tot 2 januari 1996.

De omstandigheid dat de erfgenamen geen volmacht hebben gegeven aan de curator, doet niets ter zake, nu de curator in rechte werd aangesteld.

Nu de aangifte pas op 21 november 1996 werd ingediend, dient de curator krachtens artikel 74 W.Succ. tegenover de Staat aansprakelijk te worden geacht voor de sedert 3 januari 1996 tot 21 november 1996 gelopen interest. De boete daarentegen werd reeds na 5 maanden na het overlijden opgelopen, maar toen was de curator nog niet aangesteld.

Derhalve dient dit onderdeel van het incidenteel beroep gedeeltelijk te worden ingewiligd en beveelt (eiser) om over te gaan tot een berekening van de sedert 3 januari 1996 tot 21 november 1996 gelopen interesten, overeenkomstig de regels van het W.Succ., alsook om het bedrag van de aldus berekende interest, vermeerderd met de gerechtelijke interest sedert de neerlegging van de besluiten van (verweerders) waarin het incidenteel beroep werd ingesteld (d.w.z. sedert 11 maart 2004) terug te betalen" (arrest, bl. 11 en 12, C.2.).

Grieven

1. Wanneer na het verstrijken van de termijnen van boedelbeschrijving en van beraad zich niemand aanmeldt om een nalatenschap op te vorderen, geen erfgenamen bekend [zijn] of de bekende erfgenamen de nalatenschap hebben verworpen, wordt deze nalatenschap, luidens artikel 811 BW, als onbeheerd beschouwd.

In dat geval wijst de rechtbank van eerste aanleg, op verzoek van een der belanghebbenden of op vordering van de procureur des Konings, overeenkomstig artikel 1228, eerste lid, Ger.W., een curator aan.

2. De curator beheert en vereffent de onbeheerde nalatenschap als wettelijke mandataris van de schuldeisers, legatarissen en van de eventueel later opduikende erfgenamen.

De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de tegeldemaking van het actief en het passief door de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaardende erfgenaam en de vormen die ten aanzien van die erfgenaam zijn voorgeschreven, zijn van toepassing op de wijze van beheer en op de rekening en verantwoording van de curator van een onbeheerde nalatenschap (de artikelen 803, 813 BW en 1230 Ger.W.).

3. Op grond van artikel 74 W.Succ. zijn de vertegenwoordiger der erfgenamen, legatarissen en begiftigden, de curators van onbeheerde nalatenschappen, de sequesters, de testamentuitvoerders en alle anderen die tot opdracht hebben of de last op zich hebben genomen de aangifte in te leveren, tegenover de Staat aansprakelijk voor de rechten van successie of van overgang bij overlijden, voor de interest en de boeten, voor zoveel het van hen heeft afgehangen in de nakoming van de wet te voorzien.

Tegenover de Staat blijven de erfgenamen, legatarissen en begiftigden, op grond van artikel 70 W.Succ., evenwel steeds persoonlijk aansprakelijk voor de betaling van de rechten van successie of van overgang bij overlijden en voor de interest, ieder voor het door hem verkregene.

4. Ingeval van een onbeheerde nalatenschap, zijn de erfgenamen die later opduiken, bijgevolg rechtstreeks op grond van artikel 70 W.Succ. gehouden tot betaling van de rechten van successie die op de nalatenschap zijn verschuldigd.

Ook de interest die verschuldigd is als gevolg van een laattijdige betaling van de successierechten door de curator van de toen onbeheerde nalatenschap kunnen op de

erfgenamen worden verhaald.

De curator trad hierbij immers op als de wettelijke mandataris van die erfgenamen voor wiens rekening hij heeft gehandeld.

Het loutere feit dat de curator ook op grond van artikel 74 W.Succ. aansprakelijk is voor de betaling van deze intrest, neemt niet weg dat de erfgenamen persoonlijk aansprakelijk blijven voor de betaling van deze intresten.

5. De aangifte van de nalatenschap werd door de curator in deze zaak pas ingediend op 21 november 1996, terwijl de rechten verschuldigd waren op 20 april 1995, d.w.z. 7 maanden na het overlijden van Mevrouw G. V. G. op 20 september 1994. Waar de curator pas op 2 augustus 1995 was aangesteld, oordeelde het bestreden arrest dat de curator de aangifte ten laatste op 2 januari 1996 had moeten indienen, zijnde binnen de 5 maanden na zijn aanstelling. De interest was volgens het bestreden arrest derhalve door de curator verschuldigd voor de periode van 3 januari 1996 tot 21 november 1996.

6. Hieruit volgt dat het bestreden arrest, eerste onderdeel, eiser niet wettig, zonder schending van de artikelen 70 en 74 W.Succ., heeft kunnen veroordelen tot terugbetaling aan verweerders van de interest, verschuldigd wegens de laattijdige betaling van de successierechten, die liepen van 3 januari 1996 tot 21 november 1996, op grond dat de curator krachtens artikel 74 W.Succ. tegenover eiser aansprakelijk moet worden geacht voor deze interest (schending van de artikelen 70 en 74 W.Succ., 803, 811, 813, 1382, 1383, 1984, 1991, 1992 en 1998 BW, 1228, eerste lid, en 1230 Ger.W.).

7. Waar de curator in zijn hoedanigheid van wettelijke mandataris geacht wordt de nalatenschap mede in naam en voor rekening van de later opgedoken erfgenamen te hebben beheerd en vereffend, is hij aansprakelijk ten overstaan van deze erfgenamen voor de nalatigheden in de uitvoering van zijn mandaat (de artikelen 1382, 1383, 1991 en 1992 BW).

De eiser zelf blijft echter volledig vreemd aan deze verhouding tussen curator en erfgenamen en kan bijgevolg niet worden verweten dat hij de intresten, die verschuldigd zijn wegens de laattijdige betaling van de rechten als gevolg van de laattijdige indiening van de nalatenschap door de curator, niet heeft aangerekend aan de curator bij toepassing van artikel 74 W.Succ., maar rechtstreeks aan de erfgenamen op grond van artikel 70 W.Succ.

Gelet op artikel 70 W.Succ., kunnen de erfgenamen zich tegenover eiser niet bevrijden van de betaling van die intresten door de fout in te roepen van hun mandataris waarvoor zij moeten instaan (de artikelen 811, 1998 BW en 1228 Ger.W.).

8. Hieruit volgt dat het bestreden arrest, tweede onderdeel, eiser niet wettig heeft kunnen veroordelen tot terugbetaling aan verweerders van de intresten, voor de periode van 3 januari 1996 tot 21 november 1996, die verschuldigd waren door de nalatigheid van de curator, op grond dat verweerders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor deze nalatigheid van hun wettelijke mandataris (schending van de artikelen 70 en 74 W.Succ., 803, 811, 813, 1382, 1383, 1984, 1991, 1992 en 1998 BW, 1228, eerste lid, en artikel 1230 Ger.W.).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Luidens artikel 811 Burgerlijk Wetboek wordt wanneer, na het verstrijken van de termijnen van boedelbeschrijving en van beraad, zich niemand aanmeldt om een nalatenschap op te vorderen, geen erfgenaam bekend is of de bekende erfgenamen de nalatenschap hebben verworpen, deze als onbeheerd beschouwd.

Artikel 813 van hetzelfde wetboek bepaalt dat de door de rechtbank van eerste

aanleg aangewezen curator is gehouden de staat van nalatenschap door een boedelbeschrijving te doen vaststellen en de nalatenschap te beheren. De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de tegeldemaking van het actief en de betaling van het passief door de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaardende erfgenaam, zijn hierop van toepassing.

2. De rechtshandelingen door de curator verricht ter zake van de onbeheerde nalatenschap, verbinden de erfgeachtigden die nadien opduiken.

3. Krachtens artikel 70, eerste lid, Wetboek Successierechten zijn de erfgenamen, legatarissen en begiftigden tegenover de Staat aansprakelijk voor de rechten van successie of van overgang bij overlijden en voor de interest, ieder voor het door hem verkregene.

4. Luidens artikel 74 Wetboek Successierechten zijn de vertegenwoordigers der erfgenamen, legatarissen en begiftigden, de curators van onbeheerde nalatenschappen, de sekwesters, de testamentuitvoerders en alle anderen die tot opdracht hebben of de last op zich genomen hebben de aangifte in te leveren, tegenover de Staat aansprakelijk voor de rechten van successie of van overgang bij overlijden, voor de interest en de boeten, voor zoveel het van hen heeft afgehangen in de nakoming van de wet te voorzien.

Deze bepaling neemt niet weg dat de erfgenamen, legatarissen en begiftigden tegenover de Staat verder aansprakelijk blijven voor de rechten van successie en voor de interest verschuldigd op hetgeen ieder van hen in de nalatenschap verkreeg.

5. De appelrechters stellen vast dat:

- G. V. G. overleden is op 20 september 1994;
- op 2 augustus 1995 mr. Van Damme - Valvekens als curator werd aangesteld van de onbeheerde nalatenschap van G. V. G.;
- op 21 november 1996 de curator een aangifte van nalatenschap voor een netto-actief van 29.283.920 frank indiende waarop een bedrag van 21.752.136 frank als successierechten werden geheven;
- deze aangifte laattijdig was aangezien zij diende te gebeuren vóór 20 april 1995;
- na genealogisch onderzoek, de wettelijke erfgenamen, de verweerders, werden opgespoord waarop de curator op 29 januari en 11 mei 1999 bijvoeglijke aangiften heeft gedaan alsmede op 3 juni 1999 een aanvraag tot teruggave heeft ingediend;
- op 31 januari 2000 een bedrag van 9.733.706 frank aan successierechten en interest werd terugbetaald;
- de verweerders onder meer aanspraak maken op de terugbetaling van de interest wegens de laattijdige betaling van de successierechten.

6. De appelrechters oordelen dat aangezien de aangifte laattijdig werd ingediend, de curator tegenover de Staat aansprakelijk is voor de sedert 3 januari 1996 tot 21 november 1996 verschuldigde interest en de verweerders gerechtigd zijn hiervan de terugbetaling te vorderen van de eiser.

7. Door aldus te oordelen verantwoordten zij hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

8. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de van 3 januari 1996 tot 21 november 1996 verschuldigde interest.

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 Gent.

12 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verlaggever*: de h. Dirix – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. De Bruyn.

Nr. 671

1^o KAMER - 12 november 2010

1^o BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - WERKINGSSFEER - DIENSTEN
- TELECOMMUNICATIEDIENSTEN - TUSSENKOMST - HOEDANIGHEID VAN COMMISSIONAIR

2^o BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - WERKINGSSFEER - DIENSTEN
- PLAATS VAN DE DIENST - TELECOMMUNICATIEDIENSTEN - ONBEKEND EINDGEBRUIKER -
LOCALISATIECRITERIUM

1^o *De belastingplichtige die telecommunicatieproducten, zoals prepaidkaarten, in eigen naam koopt van een Belgisch telecommunicatiebedrijf om deze in eigen naam aan een Luxemburgse vennootschap door te verkopen, handelt als commissionair. (Impliciet).* (Artt. 13, §2, en 20, §1, Btw-wetboek)

2^o *Het feit dat de eindgebruiker van telecommunicatieproducten, zoals prepaidkaarten, onbekend was op het ogenblik van de verkoop van de kaarten aan een in Luxemburg gevestigde vennootschap neemt niet weg dat deze laatste dient beschouwd te worden als ontvanger van diensten zoals bedoeld in artikel 21, §3, 7^o, i, B.T.W.-wetboek.* (Art. 21, §3, 7^o, i, Btw-wetboek)

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. CADSY nv)

ARREST

(AR F.09.0126.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 16 december 2008 gewezen

door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Geert Jocu e heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert in zijn verzoekschrift twee middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 13, §2, 18, §1, tweede lid, 3^o, 20, §1, 21, §1, §2 en §3, 7^o, i., van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde (Btw-Wetboek, WBTW), artikel 18, zowel v or als na zijn wijziging bij wet van 22 april 2003, artikel 21, zowel v or als na zijn wijziging bij wet van 22 april 2003, doch v or zijn wijziging bij wet van 5 december 2004;

- de artikelen 1984, 1991 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest bevestigt het eindvonnis van de eerste rechter die de vordering van de verweerster gegrond heeft verklaard, het dwangbevel, ten laste van de verweerster uitgevaardigd door de rekenplichtige ontvanger van het eerste btw-ontvangkantoor te Antwerpen op 15 december 2003, onwettig heeft verklaard en de uitvoering ervan heeft verboden, waarbij de eiser werd veroordeeld tot teruggave van elke op dit dwangbevel ingehouden of rechtstreeks betaalde som, meer de moratoriumintresten.

Het bestreden arrest oordeelt dat geen Belgische btw was verschuldigd op de verkoop door verweerster van de telefoonkaarten aan de Luxemburgse vennootschap in zoverre de dienst in Luxemburg moet worden gelokaliseerd.

Het bestreden arrest schraagt deze beslissing op de volgende overwegingen:

"2.4. Uit het debat is gebleken dat de litigieuze prepaidtelefoonkaarten enkel konden dienen om mee te bellen.

In casu is er derhalve duidelijk sprake van een telecommunicatiedienst (artikel 18, §1, lid 2, 14^o in fine, WBTW; btw-aanschrijving nr. 97/006 van 5 juni 1997, *www.fisconet.fgov.be*), waaromtrent partijen geen betwisting voeren (de (verweerster) gaat hiermee ook akkoord voor zover besloten wordt tot een 'dienst' i.p.v. een levering, quod in casu, zie hoger).

2.5. (De verweerster) kan niet beschouwd worden als lasthebber van de eindgebruiker, vermits lastgeving een intuitu personae karakter heeft en men dus geen lasthebber kan zijn van een onbekende.

(De verweerster) kan evenmin beschouwd worden als lasthebber van Proximus, vermits (de verweerster) facturen kreeg op eigen naam, deze betaalde (met Belgische btw) en dan in eigen naam doorfactureerde. (De verweerster) is dus wel degelijk in eigen naam opgetreden (de situatie zou anders zijn als Proximus rechtstreeks zou gefactureerd hebben aan de afnemer van (de verweerster), waarbij (de verweerster) namens Proximus optrad louter als tussenpersoon op commissie).

(De verweerster) heeft daarentegen gehandeld als commissionair zoals bepaald in de artikelen 13, §2, en 20, §1, WBTW.

Dit werd overigens uitdrukkelijk gesteld door de Administratieve Circulaire AOIF 41/2004 (E.T. 103.375) dd. 20 december 2004 onder randnr. 35:

'In het nieuwe btw-stelsel dat van toepassing is vanaf 1 januari 2005 komen de groot-handelaars, kleinhandelaars en andere tussenpersonen betrokken bij de verkoop van de

voorafbetaalde telefoonkaarten tussen als 'transparante' tussenpersonen en niet meer in de hoedanigheid van afnemer en verstrekker van telecommunicatiediensten of in de hoedanigheid van commissionair in de zin van de artikelen 13, §2 en 20, §1, van het Btw-wetboek'.

Artikel 13, §2, WBTW luidt als volgt:

'Als commissionair wordt aangemerkt niet alleen hij die op eigen naam of onder firma voor rekening van een lastgever handelt, maar ook de tussenpersoon bij inkoop of de tussenpersoon bij verkoop, die in enigerlei hoedanigheid een op zijn naam gestelde factuur, debetnota of ander daarmee gelijkstaand stuk respectievelijk van de verkoper ontvangt of aan de koper uittrekt'.

Artikel 20, §1, WBTW luidt als volgt:

'Onder voorbehoud van de toepassing van §2 hierna (dit voorbehoud - voor reisbureaus en tussenpersonen in reizen - is in casu niet relevant) wordt een commissionair of een ander tussenpersoon als bedoeld in artikel 13, §2, die tussenkomst verleent bij diensten, geacht die diensten zelf te hebben ontvangen en zelf te hebben verstrekt (...)'. .

Uit de voorgaande bepalingen blijkt dat (de verweerster) dient beschouwd te worden als ontvanger van de diensten van Proximus en van verstrekker van de diensten aan haar afnemer.

2.6. Artikel 21, §3, 7°, WBTW (overeenkomstig artikel 9, lid 2, e) Zesde Richtlijn) voorziet in een specifiek lokalisatiecriterium wat betreft de telecommunicatiediensten.

Met name dient als plaats van de dienst te worden aangemerkt:

7° de plaats waar de ontvanger van de dienst de zetel van zijn economische activiteit of een vaste inrichting heeft gevestigd waarvoor de dienst is verricht of bij gebreke, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats, wanneer de dienst wordt verleend aan een ontvanger die buiten de Gemeenschap is gevestigd of aan een belastingplichtige die in de Gemeenschap doch buiten het land van de dienstverrichter is gevestigd en handelt voor de doeleinden van zijn economische activiteit, en voor zover de dienst tot voorwerp heeft:

'(...)

' i) telecommunicatiediensten;

(...)'

2.7. (De verweerster) verrichte een telecommunicatiedienst waarbij de ontvanger van de dienst in Luxemburg is gevestigd.

De plaats van de telecommunicatiedienst is de plaats waar de ontvanger van de dienst de zetel van zijn economische activiteit of een vaste inrichting heeft gevestigd. Dit is slechts zo op voorwaarde [dat] de ontvanger van de dienst in de Gemeenschap is gevestigd, doch buiten het land waar de dienstverrichter is gevestigd en de ontvanger van de dienst handelt voor doeleinden van zijn economische activiteit.

Het wordt niet betwist dat de SA Tele Audio Gruppe handelde voor haar economische activiteit.

Evenmin wordt betwist dat zij buiten het land van de dienstverrichter (de verweerster) is gevestigd doch binnen de Gemeenschap.

Bij toepassing van artikel 21, §3, 7°, WBTW moet de dienst bijgevolg in Luxemburg worden gelokaliseerd.

Zodoende diende (de verweerster) geen Belgische btw aan te rekenen". (arrest, p. 9-12, 2.4 - 2.8).

Grieven

1. Luidens artikel 18, §1, tweede lid, 3°, WBTW, wordt voor de toepassing van de btw-

reglementering onder meer als een dienst beschouwd de uitvoering van een contract dat tot voorwerp heeft de lastgeving.

Lastgeving is een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen (artikel 1984 BW). De lasthebber is gehouden de lastgeving te volbrengen, zolang hij daarvan niet is ontheven (artikel 1991 BW), de lastgever is gehouden de verbintenissen na te komen, die de lasthebber overeenkomstig de hem verleende macht heeft aangegaan (artikel 1998 BW)

2. Luidens artikel 13, §2, WBTW wordt als commissionair aangemerkt, niet alleen hij die op eigen naam of onder firma voor rekening van een lastgever handelt, maar ook de tussenpersoon bij inkoop of de tussenpersoon bij verkoop, die in enigerlei hoedanigheid een op zijn naam gestelde factuur, debetnota of ander daarmee gelijkstaand stuk respectievelijk van de verkoper ontvangt of aan de koper uitreikt.

3. De tussenkomst van de verweerster bij de verkoop van zogenaamde prepaid, herlaadbare (Pay&Go) telefoonkaarten bestaat erin dat zij in opdracht van de provider (Proximus) telefoonkaarten met een welbepaald belkrediet aan de man brengt.

De uiteindelijke begunstigde van die telefoonkaarten is de koper, met Proximus-telefoonnummer, die als eindgebruiker optreedt en gebruik maakt van de telecommunicatiedienst door middel van het hem verstrekte belkrediet.

Door de tussenkomst van de verweerster verbindt de provider, Proximus, zich aldus jegens de eindgebruiker om een telecommunicatiedienst te leveren.

Waar de koper van de telefoonkaarten aldus de enige contractant is van de provider, Proximus, maakt de tussenkomst van de verweerster bij de verkoop van die telefoonkaarten een dienst van lastgeving uit, zoals bedoeld in artikel 18, §1, tweede lid, 3°, WBTW., en komt de verweerster bijgevolg niet de hoedanigheid toe van commissionair in de zin van artikel 13, §2, WBTW.

Op grond van artikel 20, §1, WBTW, luidend dat een commissionair of een andere tussenpersoon als bedoeld in artikel 13, §2, die tussenkomst verleent bij diensten, geacht wordt die diensten zelf te hebben ontvangen en zelf te hebben verstrekt, kan verweerster bijgevolg niet worden beschouwd als verstrekker en ontvanger van de diensten van Proximus.

4. Krachtens artikel 21, §1, WBTW, vindt een dienst plaats in België als de overeenkomstig de §§2 tot 4 aangemerkte plaats zich in België bevindt.

Als algemene regel stelt artikel 21, §2, dat als plaats van een dienst moet worden aangemerkt de plaats waar de dienstverrichter de zetel van zijn economische activiteit of een vaste inrichting heeft gevestigd van waaruit hij de dienst verricht of bij gebrek aan een dergelijke zetel of vaste inrichting, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats.

5. In afwijking op deze regel voorziet artikel 21, §3, 7°, i., WBTW, in een specifiek lokalisatiecriterium wat betreft de telecommunicatiediensten, waarbij als plaats van de dienst wordt aangemerkt:

"de plaats waar de ontvanger van de dienst de zetel van zijn economische activiteit of een vaste inrichting heeft gevestigd waarvoor de dienst is verricht, of bij gebreke, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats, wanneer de dienst wordt verleend aan een ontvanger die buiten de Gemeenschap is gevestigd of aan een belastingplichtige die in de Gemeenschap doch buiten het land van de dienstverrichter is gevestigd en handelt voor de doeleinden van zijn economische activiteit".

Waar de Luxemburgse vennootschap de telefoonkaarten zelf doorverkoopt, "veelal met Luxemburgse btw" (vb. verkopen aan particulieren in Luxemburg)" (arrest, p.4, laatste alinea), kan deze vennootschap desbetreffend niet zelf beschouwd worden als de

ontvanger van deze diensten.

Op het ogenblik dat verweerster de telefoonkaarten verkoopt aan de Luxemburgse vennootschap is de uiteindelijke ontvanger/eindgebruiker/contractant van de dienst dus nog niet gekend.

Voormelde afwijkingsbepaling voor telecommunicatiediensten kan derhalve geen toepassing vinden aangezien bij de verkoop van de telefoonkaarten door verweerster aan de Luxemburgse vennootschap de plaats waar de ontvanger/eindgebruiker/contractant de zetel van zijn economische activiteit, of bij gebreke, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats, heeft, niet kan worden gelokaliseerd en niet kan worden uitgesloten dat de ontvanger/eindgebruiker/contractant binnen het land van de dienstverrichter is gevestigd.

De algemene regel inzake plaatsbepaling van de levering van een dienst is derhalve van toepassing zodat de verkoop van de prepaid, herlaadbare (Pay&Go) telefoonkaarten plaats vindt in België, waar de dienstverrichter-provider (Proximus) de zetel van zijn economische activiteit of vaste inrichting heeft gevestigd van waaruit hij de telecommunicatiediensten verricht.

6. Hieruit volgt dat het bestreden arrest niet wettig heeft kunnen oordelen dat de verweerster voor de verkoop van de telefoonkaarten niet kan worden beschouwd als lasthebber van Proximus, maar de hoedanigheid heeft van commissionair in de zin van artikel 13, §2, WBTW, die overeenkomstig artikel 20, §1, WBTW een telecommunicatiedienst verricht waarbij de ontvanger van de dienst in Luxemburg is gevestigd, met als gevolg dat de plaats van die dienst op grond van artikel 21, §3, 7°, i., WBTW in Luxemburg moet worden gelokaliseerd zodat verweerster niet gehouden was om btw aan te rekenen (schending van de artikelen 13, §2, 18, §1, tweede lid, 3°, 20, §1, 21, §1, §2 en §3, 7°, i., WBTW, en de artikelen 1984, 1991 en 1998 BW).

7. Zelfs indien de verweerster als commissionair kan worden beschouwd in de zin van artikel 13, §2, WBTW, ook dan kon het bestreden arrest niet wettig oordelen dat de plaats van de telecommunicatiedienst op grond van artikel 21, §3, WBTW in Luxemburg moet worden gelokaliseerd.

Waar de Luxemburgse vennootschap, zoals hoger gesteld, de telefoonkaarten doorverkoopt, is deze vennootschap niet zelf de ontvanger van deze diensten, maar is het de koper, met Proximus-telefoonnummer, die als eindgebruiker optreedt en gebruik maakt van de telecommunicatiedienst door middel van het hem verstrekte belkrediet, die als ontvanger in de zin van artikel 21, §3, 7°, i., WBTW, moet worden beschouwd.

Waar deze op het ogenblik dat de verweerster de telefoonkaarten verkoopt aan de Luxemburgse vennootschap nog niet is gekend en pas kan worden gelokaliseerd op het ogenblik van de activering van het belkrediet op de telefoonkaart heeft het bestreden arrest niet wettig met toepassing van artikel 21, §3, 7°, I, WBTW, de plaats van de telecommunicatiedienst in Luxemburg gelokaliseerd (schending van de artikelen 18, §1, tweede lid, 3°, 20, §1, 21, §1, §2 en §3, 7°, I, WBTW).

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Krachtens artikel 13, §2, Btw-wetboek worden als commissionair aangemerkt niet alleen hij die op eigen naam of onder firma voor rekening van een lastgever handelt, maar ook de tussenpersoon bij inkoop of de tussenpersoon bij verkoop, die in enigerlei hoedanigheid een op zijn naam gestelde factuur, debetnota of ander daarmee gelijkstaand stuk respectievelijk van de verkoper ontvangt

of aan de koper uitreikt.

Krachtens artikel 20, §1, Btw-wetboek wordt, onder voorbehoud van het ten deze niet toepasselijke §2, een commissionair of een ander tussenpersoon bedoeld bij voormeld artikel 13, §2, van hetzelfde wetboek, die tussenkomst verleent bij diensten, geacht die diensten zelf te hebben ontvangen en zelf te hebben verstrekt.

Krachtens het toepasselijke artikel 21, §3, 7°, Btw-wetboek wordt ten aanzien van telecommunicatiediensten als plaats van zijn dienst aangemerkt de plaats waar de ontvanger van de dienst de zetel van zijn economische activiteit of vaste inrichting heeft gevestigd waarvoor de dienst verricht is of, bij gebreke, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats, wanneer de dienst wordt verleend aan een ontvanger die buiten de Gemeenschap is gevestigd of aan een belastingplichtige die in de Gemeenschap doch buiten het land van de dienstverrichter is gevestigd en handelt voor de doeleinden van zijn economische activiteit.

2. De appelrechters stellen vast dat de activiteiten van de verweerster onder meer bestonden in de aan- en verkoop van Proximus-producten, met name prepaidkaarten of "Pay&Go-kaarten", die de verweerster in eigen naam kocht van Proximus en in eigen naam verkocht aan de Luxemburgse vennootschap sa Tele Audio Gruppe.

Zij oordelen dat de verweerster niet kan beschouwd worden als lasthebber van de eindgebruiker aangezien die onbekend is, noch van Proximus daar zij "facturen kreeg op eigen naam, deze betaalde (met Belgische btw) en dan in eigen naam doorfactureerde".

3. Op grond van deze vaststellingen hebben de appelrechters wettig kunnen beslissen dat de verweerster niet heeft gehandeld als lasthebber maar wel als commissionair zoals bedoeld in de artikelen 13, §2, en 20, §1, Btw-wetboek.

Het middel kan in zoverre niet worden aangenomen.

4. Anders dan waarvan het middel uitgaat, staat het feit dat de eindgebruiker van de "Pay&Go-kaarten" onbekend was op het ogenblik van de verkoop van de kaarten door de verweerster aan de SA Tele Audio Gruppe niet eraan in de weg dat deze laatste dient beschouwd te worden als ontvanger van diensten zoals bedoeld in artikel 21, §3, 7°, i, Btw-wetboek.

5. De appelrechters stellen vast dat de SA Tele Audio Gruppe gevestigd is in Luxemburg en heeft gehandeld voor haar economische activiteit.

Zij hebben aldus wettig kunnen oordelen dat de dienst die de verweerster heeft verleend, in Luxemburg moet worden gelokaliseerd.

Het middel kan in zoverre niet worden aangenomen.

Tweede middel

6. De eiser heeft voor het hof van beroep het verweer gevoerd dat in het middel is weergegeven.

7. Het arrest beantwoordt dit verweer niet.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de kosten van de dagvaarding op verzet.

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 Brussel.

12 november 2010 – 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Jocqué – *Gelijklopende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Bruyn en Van Ommeslaghe.

Nr. 672

1° KAMER - 12 november 2010

**REGISTRATIE (RECHT VAN) - CONTROLESCHATTING - VREDERECHTER - VERZOEKSCHRIFT
- TOEPASSELIJKE VORMVOORSCHRIFTEN**

De vormvoorschriften van het aan de vrederechter gericht verzoekschrift tot controleschatting worden geregeld door artikel 192 W. Reg. zodat de regels van het Ger. W. betreffende het eenzijdig verzoekschrift ter zake niet toepasselijk zijn. (Art. 192, Wetboek Registratierechten; Art. 2, Gerechtelijk Wetboek)

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. DERIMMOCO nv)

ARREST

(AR F.09.0143.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis in hoger beroep van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren, van 28 mei 2009.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs 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. Krachtens artikel 2 Gerechtelijk Wetboek zijn de in dat wetboek gestelde regels van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbegin-

selen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.

Krachtens artikel 192 Wetboek Registratierechten richt de ontvanger bij gemis van het onder artikel 191 van dat wetboek voorzien akkoord, aan de vrederechter in wiens ambtsgebied de onroerende goederen gelegen zijn, een verzoekschrift waarin de feiten worden uiteengezet en dat de vordering tot schatting inhoudt.

Het verzoekschrift wordt aan de partij betekend.

De rechter beslist binnen vijftien dagen na het verzoek; hij beveelt de schatting en stelt, volgens de omstandigheden, één of drie deskundigen aan.

Hieruit volgt dat artikel 192 Wetboek Registratierechten de vormvoorschriften van het verzoekschrift tot controleschatting regelt en niet de regels van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het eenzijdig verzoekschrift.

2. Door te oordelen dat het verzoekschrift tot controleschatting overeenkomstig artikel 1027 van het Gerechtelijk Wetboek in tweevoud diende neergelegd te worden, schendt de appelrechter de voormelde wetsbepalingen.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis.

Beveelt dat van het 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 Hasselt, rechtszitting houdend in hoger beroep.

12 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Jocqué – *Gelijklopende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. De Bruyn.

Nr. 673

1^o KAMER - 12 november 2010

1^o BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - ADMINISTRATIEVE SANCTIES
MET REPRESSIEF KARAKTER - WETTELIJKHEID VAN DE SANCTIE - EVENREDIGHEID MET DE INBREUK -
TOETSINGSRECHT VAN DE RECHTER - DOELEINDEN

2^o BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - ADMINISTRATIEVE SANCTIES
MET REPRESSIEF KARAKTER - WETTELIJKHEID VAN DE SANCTIE - EVENREDIGHEID MET DE INBREUK -
TOETSINGSRECHT VAN DE RECHTER - BEOORDELINGSCRITERIA - PERTINENTE ELEMENTEN

1^o *Het toetsingsrecht van de rechter aan wie gevraagd wordt een B.T.W.-boete te toetsen die een repressief karakter heeft, moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de administratieve geldboete niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de*

rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete met zodanige omvang¹. (Artt. 70, §1, en 84, Btw-wetboek; Art. 1, laatste lid, KB nr. 41 van 30 jan. 1987 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten op het stuk van de B.T.W.)

2° De rechter die vaststelt dat "wanneer de boete van 200 % wordt opgelegd in geval van inbreuken die betrekking hebben op een groot bedrag aan BTW (...) dit leidt tot een enorme administratieve geldboete (...) die zelfs voor een groot bedrijf een buitensporige last uitmaakt", en dat "een dergelijke aanslag op de financiële toestand van het bedrijf tot gevolg heeft dat dit het verder bestaan van de meeste bedrijven in het gedrang kan brengen", en vervolgens oordeelt dat de opgelegde geldboete dient te worden verminderd tot 100%, oefent zijn evenredigheidstoetsing uit op grond van ter zake pertinente elementen². (Artt. 70, §1, en 84, Btw-wetboek; Art. 1, laatste lid, KB nr. 41 van 30 jan. 1987 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten op het stuk van de B.T.W.)

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. GARAGE DOUBLET bvba)

ARREST

(AR F.09.0146.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 23 september 2008 gewezen door het hof van beroep te Gent.

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs 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. Krachtens artikel 70, §1, Btw-wetboek, wordt voor iedere overtreding van de verplichting de belasting te voldoen, een geldboete opgelegd gelijk aan het dubbele van de ontdoken of niet-tijdig betaalde belasting.

Krachtens artikel 70, §1bis, Btw-wetboek verbeurt ieder die onrechtmatig aftrek van belasting heeft genoten, een geldboete gelijk aan het dubbel van die belasting in zover die overtreding niet wordt bestraft bij toepassing van §1, eerste lid.

Krachtens artikel 84, derde lid, Btw-wetboek, wordt binnen de door de wet gestelde grenzen, het bedrag van de proportionele fiscale boeten bepaald volgens een schaal waarvan de trappen door de Koning worden vastgesteld.

¹ Het O.M. concludeerde in andersluidende zin, stellende dat het bestreden arrest er zonder meer van uitgaat dat, wanneer de inbreuken betrekking hebben op een groot bedrag aan BTW, de boeten van 200% "het verder bestaan van de meeste bedrijven in het gedrang kan brengen", zonder evenwel in concreto te onderzoeken of het bedrijf van verweerster al dan niet over de financiële mogelijkheid beschikte om de opgelegde boete van 200% te dragen; zie Cass., 11 maart 2010, AR C.09.0096.N, www.cass.be, met conclusie van het O.M.; Cass., 15 okt. 2010, AR F.09.OO81.N, www.cass.be.

² *Ibid.*

Luidens artikel 1, laatste lid, van het koninklijk besluit nr. 41 van 30 januari 1987 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten op het stuk van de belasting over de toegevoegde waarde, zijn de schalen voor vermindering van de proportionele fiscale geldboeten niet van toepassing ten aanzien van de overtredingen begaan met het oogmerk de belasting te ontduiken of de ontduiking ervan mogelijk te maken.

2. De rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van artikel 6 EVRM, mag de wettigheid van die sanctie onderzoeken en mag in het bijzonder nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen.

Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang.

De rechter mag hierbij in het bijzonder acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie.

Dit toetsingsrecht houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen.

3. De appelrechter oordeelt dat:

- de verweerster duidelijk wetens en willens meewerkte aan een btw-carrousel-fraude en haar medewerking verleende bij tal van onregelmatigheden op het vlak van de btw;

- de verweerster enerzijds factureerde voor voertuigen die zij nooit zag en de btw hierop aftrok, en anderzijds voertuigen verkocht aan D. en V., maar de factuur opstelde op naam van een buitenlandse firma;

- het te dezen ontegensprekelijk overtredingen betreft begaan met het oogmerk de belasting te ontduiken of de ontduiking ervan mogelijk te maken zodat de verminderingen van de proportionele geldboeten bepaald in de tabellen A tot J van het voornoemd KB nr. 41 van 30 januari 1987 niet van toepassing zijn;

- dit tot gevolg heeft dat de administratie louter binnen het raam van de toepassing van de Belgische wetgeving geen enkele appreciatievrijheid had en verplicht was een boete gelijk aan 200 pct. van de belasting op te leggen;

- "er niet kan aan voorbij gegaan worden dat wanneer de boete van 200 procent wordt opgelegd in geval van inbreuken die betrekking hebben op een groot bedrag aan btw, zoals hier het geval, dit leidt tot een enorme administratieve geldboete, in die mate dat dergelijke boete zelfs voor een groot bedrijf een buitensporige last uitmaakt";

- "een dergelijke aanslag op de financiële toestand van het bedrijf tot gevolg heeft dat dit het verder bestaan van de meeste bedrijven in het gedrang kan brengen";

- "een dergelijke boete dan niet meer evenredig is met de inbreuk en met het doel van een dergelijke administratieve boete."

4. Uit die gegevens kon de appelrechter wettig afleiden dat de opgelegde boete onevenredig was en moest verminderd worden tot 100 pct. van de ontdoken rechten.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

12 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Tegenstrijdige conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. De Bruyn.

Nr. 674

3^o KAMER - 15 november 2010

1^o DESKUNDIGENONDERZOEK - BURGERLIJKE ZAKEN - INSTALLATIEVERGADERING - VERMELDING - NOCH SUBSTANTIEEL NOCH OP STRAFFE VAN NIETIGHEID VOORGESCHREVEN VORMVEREISTE

2^o RECHTSBEGINSELEN (ALGEMENE) - ALGEMEEN BEGINSEL VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING - RECHTSPLEGINGSVERGOEDING - VERGOEDING VOOR ADVOCATENKOSTEN - NIEUWE WET - TOEPASSING OP DE LOPENDE ZAKEN - SLUITING VAN HET DEBAT VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE NIEUWE WET - UITSpraak VAN DE BESLISSING NA DE INWERKINGTREDING - GEVOLG

1^o *In het deskundigenonderzoek is de vermelding van de datum van de installatievergadering, tenzij de rechter ervan afziet met instemming van de partijen, geen vormvereiste dat substantieel of op straffe van nietigheid voorgeschreven is.* (Art. 972, §1, Gerechtelijk Wetboek; vóór de wijziging ervan bij, Wet 30 dec. 2009)

2^o *De rechter die de wettelijke bepalingen betreffende de verhaalbaarheid van de advocatenkosten en het advocatenhonorarium op het geschil toepast om de vergoeding voor de rechtspleging in hoger beroep vast te stellen, zonder de partijen de gelegenheid te bieden hierover een debat te voeren, miskent het algemeen beginsel van het recht van verdediging.*

(HERACLITE ET PARMENIDE nv T. TRIKATEL bvba)

ARREST (vertaling)

(AR C.08.0586.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 9 januari 2008 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van koophandel te Bergen.

De zaak is bij beschikking van 29 oktober 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Afdelingsvoorzitter Paul Mathieu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert vier middelen aan in het cassatieverzoekschrift, waarvan een eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

(...)

Derde middel

Artikel 972, §1, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en vóór de wijziging ervan bij de wet van 30 december 2009, bepaalt dat de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, de vermelding van de datum van de installatievergadering bevat, tenzij de rechter ervan afziet met instemming van de partijen. Dat vormvereiste is noch substantieel noch op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Het verzuim van die vermelding is geen grond tot vernietiging van de bestreden beslissing.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Vierde middel

Eerste onderdeel

De verweerster vroeg in haar voor de appelrechters neergelegde samenvattende conclusie om de eiseres te veroordelen in de kosten en erelonen die zij voor haar verdediging aan haar advocaat had moeten betalen alsook tot de rechtsplegingsvergoeding, die zij vaststelde op 366,40 euro. Zij sloot evenwel de toepassing uit van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, omdat "die wet nog steeds niet van kracht (was)". In haar appelconclusie verzette de eiseres zich tegen die vordering zonder uitleg te verschaffen over de toepasselijkheid van de nieuwe wet.

Uit de vermeldingen van het bestreden vonnis blijkt dat de appelrechters het debat hebben gesloten op de terechtzitting van 5 december 2007 en dat zij hun beslissing gewezen hebben op 9 januari 2008.

Het bestreden vonnis vermeldt dat de vraag "betreffende de vergoeding voor de advocatenkosten thans geregeld is door de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat en door het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 ter uitvoering van die wet, die op 1 januari 2008 in werking is getreden", en stelt de vergoeding voor de rechtspleging in hoger beroep vast op 1.500 euro.

De appelrechters, die deze wettelijke bepalingen op het geschil toepassen om de vergoeding voor de rechtspleging in hoger beroep vast te stellen zonder de partijen de gelegenheid te bieden hierover een debat te voeren, miskennen het

algemeen beginsel van het recht van verdediging.

Het onderdeel is gegrond.

De andere grieven

Het tweede onderdeel van het vierde middel, dat niet kan leiden tot ruimere vernietiging, behoeft geen antwoord.

Dictum

Het Hof

Vernietigt het bestreden vonnis, in zoverre het de eiseres veroordeelt om aan de verweerster een vergoeding van 1.500 euro voor de rechtspleging in hoger beroep te betalen.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

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

Veroordeelt de eiseres in twee derde van de kosten.

15 november 2010 – 3° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Oosterbosch en Geinger.

Nr. 675

3° KAMER - 15 november 2010

1° VERJARING — ALLERLEI - WEGEN - BUURTWEG - ONVERJAARBAARHEID - OPENBAAR GEBRUIK - BEGRIP

2° WEGEN - BUURTWEG - VERJARING - ONVERJAARBAARHEID - OPENBAAR GEBRUIK - BEGRIP

1° en 2° De in artikel 12 van de wet van 10 april 1841 bedoelde buurtwegen kunnen niet door verjaring verkregen worden zolang zij tot het openbaar gebruik dienen; de rechter beperkt op onwettige wijze het begrip openbaar gebruik in de zin van dat artikel 12 wanneer hij oordeelt dat, onder openbaar gebruik van een weg, moet worden verstaan de gebruikelijke doorgang van het publiek en niet een toevallig en schaars gebruik. (Art. 10 en 12, Wet 10 april 1841; Art. 2226, BW)

(GEMEENTE FRASNES-LEZ-ANVAING T. D. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR C.10.0165.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 10 november 2009 in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Doornik.

De zaak is bij beschikking van 29 oktober 2010 van de eerste voorzitter verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Sylviane Velu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 10 en 12 van de wet van 10 april 1841 op de buurtwegen;
- artikel 2226 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis wijzigt het beroepen vonnis en "zegt dat er geen openbare weg, buurtpad of gemeentelijk pad meer bestaat naast het perceel (van de eerste verweerder), dat gelegen is langs de ... te Wattripont (Frasnes-lez-Anvaing) en dat ingeschreven is in het kadaster van de plaats met de naam 'Village', sectie A nr. 296/H, voor een totale oppervlakte van 16 are en 77 centiare", zegt dat dit vonnis aan de tweede en derde verweerders kan worden tegengeworpen, laat de eiseres in haar eigen kosten voor de twee instanties en veroordeelt haar in de kosten die de eerste verweerder in beide instanties heeft gemaakt.

Het motiveert die beslissingen als volgt:

De eiseres levert het bewijs niet "van het bestaan van het litigieuze pad nr. 6, dat overeenkomstig de bepalingen van de wet van 10 april 1841 op de buurtwegen is vastgelegd door zijn inschrijving in de gemeentelijke Atlas van de buurtwegen en volgens het in die atlas opgenomen tracé. De enige plannen die zij voorlegt en waarop het pad voorkomt, zijn niet gedateerd en duiden hun herkomst niet aan.

Het verslag van de wegedienst van de provincie Henegouwen van 5 februari 2002 heeft bovendien geen enkele dwingende kracht, daar het met name geen rekening houdt met de mogelijke verjaring van het gedeelte van het pad dat langs de hoeve loopt (die momenteel (aan de tweede en derde verweerders) toebehoort) en dat volgens dat verslag nog bestaat.

Wat dat betreft zijn de enige twee argumenten die de (eiseres) aanvoert, enerzijds de brieven (van de tweede en de derde verweerder), die zich op het bestaan van een gemeentepad beroepen om daaruit een argument te putten voor een burengeschil tussen hen (en de eerste verweerder), en anderzijds de petitie die door tal van personen uit heel België is ondertekend en met name door (de tweede en de derde verweerder), waarin gevraagd wordt om "het gemeentepad nr. 6, gelegen te Arc-Wattripont (...), vrij toegankelijk te houden". Daarin verwijzen zij naar de beslissing van het schepencollege om (de eerste verweerder) te verplichten een draaideur of een deur te plaatsen.

Uit die stukken alleen blijkt niet dat het pad nog werd gebruikt of onlangs nog werd gebruikt (met uitzondering van (de tweede en de derde verweerders), om privéredenen). Die stukken weerleggen dus niet het bewijs dat (de eerste verweerder) geleverd heeft door middel van de hierboven opgesomde bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens van het feit dat het litigieuze pad nr. 6 sinds 1896 is verdwenen.

Bij gebrek aan voldoende geloofwaardige aanwijzingen dat het litigieuze gedeelte van het pad nr. 6 door het publiek is gebruikt, volstaan de voorgaande overwegingen om het oude tracé van het litigieuze pad nr. 6 als verjaard te kunnen beschouwen, zonder dat hiernaar onderzoeken hoeven te worden gevoerd".

Grieven

Luidens artikel 2226 van het Burgerlijk Wetboek kan men door verjaring de eigendom niet verkrijgen van zaken die buiten de handel zijn.

Het besluit van de bestendige deputatie waarbij de gemeentelijke plannen definitief vastgesteld worden, zal een rechtstitel zijn voor de verjaring van 10 en 20 jaar (artikel 10 van de wet van 10 april 1841).

De buurtwegen kunnen niet door verjaring verkregen worden zolang zij dienen tot het openbaar gebruik (artikel 12 van de wet van 10 april 1841).

Eerste onderdeel

Het bestreden vonnis grondt de beslissing dat het oude tracé van het litigieuze pad nr. 6 door verjaring vervallen is, hierop dat uit de door de eiseres overgelegde stukken "niet blijkt dat het pad nog werd gebruikt of onlangs nog werd gebruikt (met uitzondering van (de tweede en de derde verweerders), om privéredenen) ...".

Welnu, het arrest is tegenstrijdig in zoverre het beslist dat het pad niet meer gebruikt werd maar tegelijkertijd vaststelt dat het wel degelijk nog gebruikt wordt door de tweede en derde verweerder, al was het maar om privéredenen.

Het bestreden vonnis is wegens die tegenstrijdigheid noch regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet) noch naar recht verantwoord (schending van de artikelen 2226 van het Burgerlijk Wetboek en 12 van de wet van 10 april 1841).

Tweede onderdeel

De buurtwegen kunnen niet door verjaring verkregen worden zolang zij dienen tot het openbaar gebruik (artikel 12 van de wet van 10 april 1841).

Een toevallig en schaars gebruik, zelfs om privéredenen, kan een dergelijk openbaar gebruik opleveren.

Het bestreden vonnis, dat geen rekening houdt met het gebruik dat de tweede en de derde verweerder om privéredenen van het pad hebben gemaakt, en dat, op die grond, beslist dat het oude tracé van het litigieuze pad door verjaring vervallen is, beperkt op onwettige wijze het begrip openbaar gebruik, zoals bedoeld in artikel 12 van de wet van 10 april 1841 (schending van dat artikel 12) en is bijgevolg niet naar recht verantwoord (schending van alle in het middel bedoelde bepalingen, inzonderheid voormeld artikel 12, en met uitzondering van artikel 149 van de Grondwet).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Tweede onderdeel

Krachtens artikel 12 van de wet van 10 april 1841 op de buurtwegen, kunnen de buurtwegen, zoals zij worden erkend en gehandhaafd ingevolge de algemene rooi- en afpalingsplannen, niet door verjaring verkregen worden zolang zij dienen tot het openbaar gebruik, behoudens de vóór onderhavige wet verkregen rechten.

Een toevallig en schaars gebruik kan een openbaar gebruik in de zin van die bepaling opleveren.

Het bestreden vonnis beslist dat uit de door de eiseres overgelegde stukken "niet blijkt dat het pad nog werd gebruikt of onlangs nog werd gebruikt (met uitzondering van [de tweede en de derde verweerders], om privéredenen".

Het bestreden vonnis, dat geen rekening houdt met het gebruik van het pad door die verweerders, alleen op grond dat dit was ingegeven door privéredenen, verantwoordt niet naar recht zijn beslissing dat "het oude tracé van het litigieuze pad nr. 6 door verjaring vervallen is".

Het onderdeel is gegrond.

De andere grieven

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

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis, behalve in zoverre dat vonnis het hoger beroep ontvankelijk verklaart.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk 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 Bergen, zitting houdende in hoger beroep.

15 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Velu – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Foriers.

Nr. 676

3^o KAMER - 15 november 2010

SOCIALE ZEKERHEID — ALLERLEI - HOOFDAANNEMER - ONDERAANNEMER -

INFORMATIEPLICHT - MISKENNING - STRAF - FEITEN GEPLEEGD ONDER VIGEUR VAN DE OPGEHEVEN WET - NIEUWE WET - TOEPASSING VAN DE MINST ZWARE WET - VOORWAARDEN

Een nieuwe wet die de oude wet wel opheft maar nog steeds hetzelfde doel nastreeft of een feit onder dezelfde voorwaarden als de oude wet strafbaar stelt, kan worden toegepast op de feiten die onder vigeur van de oude wet zijn gepleegd; indien de nieuwe wet nog steeds hetzelfde doel als de opgeheven wet nastreeft maar het feit onder andere voorwaarden dan die wet strafbaar stelt, kan zij evenwel slechts worden toegepast op de feiten die onder vigeur van de oude wet zijn gepleegd, als dat onder de voor de rechtszoekende meest gunstige voorwaarden geschiedt. (Art. 30bis, KB 26 dec. 1998)

(RSZ T. TRABAT bvba)

ARREST (vertaling)

(AR S.09.0106.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 11 juni 2009 gewezen door het arbeidshof te Bergen.

Raadsheer Alain Simon heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 30ter, §4, 5 en 6, B, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders;
- artikel 43 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels;
- artikel 30bis, §7, eerste lid, en 8, van de voormelde wet van 27 juni 1969, zoals dat artikel werd herzien bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 26 december 1998 houdende maatregelen met het oog op de aanpassing van de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling voor de sociale en fiscale schulden met toepassing van artikel 43 van de wet van 26 juli 1996 houdende de modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels;
- artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek;
- algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de minst strenge nieuwe wet wordt toegepast;
- de artikelen 702, 3°, en 1138, 2° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek;
- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart de rechtsvordering ongegrond die de eiser heeft ingesteld krachtens artikel 30, §6, van de wet van 27 juni 1969 en die strekt tot betaling van een bedrag van 3.031.650 frank, vermeerderd met de compensatoire interest te rekenen van 2 augustus 1994 en de gerechtelijke interest, om de volgende redenen:

"Artikel 30ter van de wet van 27 juni 1969, vóór de opheffing ervan op 1 januari 1999 door artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 december 1998, dat werd bekrachtigd door artikel 2, 4°, van de wet van 23 maart 1999, bepaalde dat elke hoofdaannemer de volgende verplichtingen moest nakomen:

- artikel 30ter, §4 : op elke bouwplaats dagelijks een lijst van alle werknemers bijhouden die er tewerkgesteld zijn; paragraaf 6, A, bestraft de aannemer die deze verplichting niet nakomt of een onjuiste of onvolledige lijst bijhoudt, met een geldboete gelijk aan het drievoud van de ontdoken bijdragen en die zelf vermenigvuldigd wordt met het aantal betrokken werknemers of vermeldingen;

- artikel 30ter, §5 : vóór het opstarten van een bouwplaats, aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid alle inlichtingen verstrekken die nodig zijn om de belangrijkheid van de werf te bepalen en in voorkomend geval de onderaannemers ervan te identificeren; paragraaf 6, B, bestraft de niet-nakoming van die verplichting met een geldboete die gelijk is aan minstens 5 pct. van het totaal bedrag van de niet gemelde werkzaamheden (minimale geldboete) en ten hoogste 5 pct. van het totaal bedrag van de werkzaamheden die hem op de betrokken bouwplaats zijn toevertrouwd (maximale geldboete).

(...) Artikel 22 van de programmawet van 6 juli 1989 heeft in artikel 30ter de verplichtingen opgenomen die betrekking hebben op het houden van de sociale documenten, de inlichtingen die de onderaannemer aan de hoofdaannemer moet verstrekken en de inlichtingen die aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid verstrekt moeten worden. Volgens dat artikel is de aannemer die niet voldoet aan de in paragraaf 5 vermelde verplichtingen, een bedrag verschuldigd gelijk aan 5 pct. van het totaal bedrag van de werkzaamheden die hem op de betrokken bouwplaats zijn toevertrouwd;

(...) Om te bepalen wat de gevolgen zijn van de opheffing van artikel 30ter, §6, van de wet van 27 juni 1969, moet eerst vastgesteld worden wat de aard is van het bedrag dat door (de eiser) gevorderd wordt;

(De eiser) beroept zich op een arrest van het Hof van Cassatie van 3 mei 1999 (*AC*, 1999, nr. 256), volgens hetwelk dat bedrag geen straf is maar een forfaitaire herstelvergoeding waarop de bepalingen van artikel 2 van het Strafwetboek niet van toepassing zijn;

Het Grondwettelijk Hof heeft zich nadien over die omschrijving moeten uitspreken naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het arbeidshof te Antwerpen (twee arresten van 14 september 2001), die gegrond was op een uitlegging van artikel 30ter, volgens welke het daarin opgelegde bedrag een forfaitaire vergoeding van burgerrechtelijke aard zou zijn;

In zijn arrest van 6 november 2002 (rolnummer 157/2002), wijst het Grondwettelijk Hof erop dat de maatregel die het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag in een geheel van maatregelen past die bestemd zijn om praktijken te bestrijden die zowel sociale als fiscale fraude inhouden en die, voornamelijk in de bouwsector, de concurrentie ernstig verstoren;

Het Grondwettelijk Hof leidt hieruit af dat een dergelijke sanctie, die een overwegend repressief karakter heeft, niet als een burgerlijke sanctie kan worden beschouwd en beslist dat artikel 30ter, §6, in die uitlegging, die het mogelijk maakt aan de in het geding zijnde maatregel een omschrijving toe te kennen die verenigbaar is met het begrip strafrechtelijke sanctie zoals dat afgeleid wordt uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt, in samenhang gelezen met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens;

Het Hof van Cassatie heeft (vervolgens) beslist dat [...] de straf bepaald in (artikel 154 van het koninklijk besluit van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering) weliswaar geen straf is in de zin van artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek, maar dat die bepaling, evenals de artikelen 7, §1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en 15, §1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het algemeen rechtsbeginsel van de toepassing van de minst strenge wet vastleggen. Het Hof van Cassatie leidt hieruit af dat dit beginsel, dat afwijkt van de niet-terugwerkende kracht van de wet, volstaat om de beslissing waarbij het koninklijk besluit van 29 juni 2000 toegepast wordt, naar recht te verantwoorden (*Cass.*, 14 maart 2005, *AC*, 2005, nr. 156);

Aangezien artikel 30ter van de wet van 27 juni 1969 op 1 januari 1999 is opgeheven door artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 december 1998, bestaat er, krachtens artikel 2 van het Strafwetboek, zo niet krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de toepassing van de minst strenge nieuwe wet, bijgevolg geen grond tot veroordeling van de (verweerster)".

Grieven

Artikel 30ter van de wet van 27 juni 1969 werd weliswaar opgeheven door het koninklijk besluit van 26 december 1998, maar de verplichting om aan de eiser, alvorens de werkzaamheden aan te vatten, alle juiste inlichtingen te verstrekken die nodig zijn om de aard en de belangrijkheid ervan te beoordelen, en de sanctie, die bestaat in een geldboete van 5 pct. van het totaal bedrag van de werkzaamheden in geval van niet-nakoming van die verplichtingen, werden vermeld in artikel 30ter, §5 (de verplichting) en 6, B (de sanctie), en zij worden nog steeds vermeld in artikel 30bis, §7 en 8, van de wet van 27 juni 1969, zoals herzien bij het koninklijk besluit van 26 december 1998, dat voornoemd artikel 30ter heeft opgeheven:

"§7. Alvorens de werken aan te vatten, moet de aannemer, op wie de opdrachtgever beroep heeft gedaan, volgens de door de Koning bepaalde modaliteiten, aan (de) Rijksdienst (voor Sociale Zekerheid) alle juiste inlichtingen verstrekken die nodig zijn om de aard en de belangrijkheid van de werken te ramen en er de opdrachtgever en, in voorko-

mend geval, in welk stadium ook, de onderaannemers van te identificeren.

§8. De aannemer of diegene die met hem wordt gelijkgesteld, die zich niet schikt naar de verplichtingen van §7, eerste lid, is aan (de) Rijksdienst (voor Sociale Zekerheid) een som verschuldigd gelijk aan 5 pct. van het totaal bedrag van de werken, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, die niet aan de Rijksdienst werden gemeld".

Het arrest moest die bepalingen dus toepassen, ook al was artikel 30ter opgeheven door het koninklijk besluit van 26 december 1998.

Luidens het verslag aan de Koning dat aan dat koninklijk besluit voorafging, werd artikel 30ter opgeheven "gelet op de integratie van de artikelen 30*bis* en 30ter in één enkele bepaling" (artikel 2).

Het verslag preciseert in dat verband dat "artikel 1 (van het koninklijk besluit van 26 december 1998) artikel 30*bis* van voormelde wet van 27 juni 1969 herziet en een aantal herwerkte beginselen van artikel 30ter integreert". Zo "hernemen de paragrafen 7 tot en met 11 (van het herwerkte artikel 30*bis*) grotendeels bepalingen die reeds waren opgenomen in de artikelen 30*bis* en 30ter".

Wanneer een nieuwe strafwet dezelfde aangelegenheid regelt als de wet die zij opheft en hetzelfde feit bestraft als de opgeheven wet, is de rechter gehouden de nieuwe wet toe te passen op de feiten die gepleegd zijn onder vigeur van de oude wet, met als enige uitzondering dat hij geen zwaardere straf mag opleggen.

Het arrest stelt niet vast dat het feit, dat aan de basis ligt van de rechtsvordering van de eiser, met name, en in hoofdzaak, het feit dat de verweerder, alvorens de werkzaamheden aan te vatten, niet de inlichtingen heeft verstrekt die nodig waren om de belangrijkheid ervan te beoordelen, niet langer strafbaar zou zijn en stelt evenmin vast dat artikel 30*bis*, in geval van niet-nakoming van de daarin opgelegde verplichtingen, een zwaardere straf zou opleggen dan het opgeheven artikel 30ter. Het arrest preciseert alleen dat, wegens het strafrechtelijk karakter van de bij artikel 30ter opgelegde sanctie, de opheffing van dat artikel terugwerkende kracht heeft overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek.

Daarentegen kan niet met goed gevolg worden ingebracht dat de rechtsvordering van de eiser gegrond was op "de toepassing van artikel 30ter, §6, van de wet van 27 juni 1969".

Aangezien de inhoud van artikel 30ter grotendeels in artikel 30*bis* werd geïntegreerd door het koninklijk besluit van 26 december 1998 dat artikel 30ter opheft, was het arbeidshof niet gehouden om, zoals hierboven is gezegd, artikel 30*bis* toe te passen, des te meer daar de rechter, krachtens de artikelen 702, 3°, en 1138, 2° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, de rechtsnorm dient te bepalen en toe te passen die de voor hem gebrachte vordering regelt.

Evenmin kan met goed gevolg worden tegengeworpen dat de verplichting om dagelijks een lijst van alle op de bouwplaats tewerkgestelde werknemers bij te houden, niet is opgenomen in artikel 30*bis*.

De rechtsvordering van de eiser tegen de verweester berustte, zoals het arrest vaststelt, op twee gronden:

1. het feit dat de verweester geen dagelijkse lijst van alle op de bouwplaats tewerkgestelde werknemers heeft bijgehouden;
2. het feit dat de verweester, alvorens de werkzaamheden aan te vatten, verzuimd heeft de eiser "alle inlichtingen te verstrekken die nodig zijn om de aard en de belangrijkheid van de werken te ramen en, in voorkomend geval, in welk stadium ook, de onderaannemers ervan te identificeren".

Overeenkomstig voormeld artikel 30*bis*, §8, verantwoordde alleen al laatstgenoemd

misdrijf de beslissing waarbij de rechtsvordering van de eiser, op zijn minst gedeeltelijk, gegrond verklaard werd en de verweerster veroordeeld werd tot betaling van een geldboete gelijk aan 5 pct. van het bedrag van de niet gemelde werkzaamheden.

De beslissing die de rechtsvordering van de eiser ongegrond verklaart, op grond dat, aangezien artikel 30ter van de wet van 27 juni 1969 is opgeheven op 1 januari 1999, er overeenkomstig artikel 2 van het Strafwetboek en het algemeen rechtsbeginsel van de toepassing van de minst strenge nieuwe wet geen grond meer bestaat tot veroordeling van de verweerster, is bijgevolg niet naar recht verantwoord (schending van alle in de aanhef van het middel aangegeven bepalingen).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Het arrest vermeldt dat er, tijdens een controle op 28 juni 1993, "vastgesteld werd dat de (verweerster) de verplichtingen niet heeft nageleefd die zijn bepaald in de vierde en de vijfde paragraaf van artikel 30ter van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, met name de verplichting van: 1. op elke bouwplaats die betrekking heeft op activiteiten opgesomd in artikel 1 van de wet van 6 april 1960 betreffende de uitvoering van bouwwerken, dagelijks een lijst bij te houden van alle werknemers die er tewerkgesteld zijn, en 2. (aan de eiser), vóór de aanvang van de werkzaamheden op de bouwplaats, alle inlichtingen te verstrekken die nodig zijn om de belangrijkheid ervan te bepalen en, in voorkomend geval, de onderaannemers ervan te identificeren, in welk stadium ook", en dat de rechtsvordering van de eiser, ingesteld bij dagvaarding van 21 mei 1996, ertoe strekt de verweerster te doen veroordelen tot het betalen van de bedragen die "overeenkomstig artikel 30ter, §6, van de wet van 27 juni 1969" verschuldigd zijn in geval van niet-nakoming van die verplichtingen.

Na erop te hebben gewezen dat artikel 30ter met ingang van 1 januari 1999 was opgeheven door artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 december 1998 houdende maatregelen met het oog op de aanpassing van de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling voor de sociale en fiscale schulden met toepassing van artikel 43 van de wet van 26 juli 1996 houdende de modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, bekrachtigd bij artikel 2, 4°, van de wet van 23 maart 1999 tot bekrachtiging en tot wijziging van de koninklijke besluiten genomen met toepassing van de wet van 26 juli 1996, verklaart het arrest die rechtsvordering ongegrond, op grond dat de in de zesde paragraaf van dat artikel 30ter bepaalde maatregelen derhalve niet meer kunnen worden toegepast hetzij krachtens artikel 2 van het Strafwetboek, indien ze straffen betreffen, hetzij krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de toepassing van de minst strenge wet, indien ze administratieve sancties betreffen.

Hoewel het koninklijk besluit van 26 december 1998 artikel 30ter opheft, voegt het in artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 een zevende paragraaf in die, in de regel, de aannemer dezelfde verplichtingen oplegt als die welke hij diende na te leven krachtens artikel 30ter, §5, alsook een achtste paragraaf, die de niet-naleving van die verplichtingen bestraft.

Een nieuwe wet die de oude wet wel opheft maar nog steeds hetzelfde doel nastreeft of een feit onder dezelfde voorwaarden als de oude wet strafbaar stelt

kan worden toegepast op de feiten die onder vigeur van de oude wet zijn gepleegd; indien de nieuwe wet nog steeds hetzelfde doel als de opgeheven wet nastreeft maar het feit onder andere voorwaarden dan die wet strafbaar stelt, kan zij evenwel slechts worden toegepast op de feiten die onder vigeur van de oude wet zijn gepleegd, als dat onder de voor de rechtszoekende meest gunstige voorwaarden geschiedt.

Het arrest, dat alleen maar vaststelt dat artikel 30ter, §5 en 6, werd opgeheven, verantwoordt niet naar recht zijn beslissing om de vordering van de eiser ongegrond te verklaren, in zoverre die ertoe strekte een sanctie op te leggen voor feiten die weliswaar onder vigeur van dat artikel 30ter waren gepleegd, maar door de vijfde paragraaf van dat artikel werden bestraft en, in de regel, nog steeds worden bestraft door artikel 30bis, §7, zoals gewijzigd bij het koninklijk besluit van 26 december 1998.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dat arrest 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 beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Brussel.

15 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Simon – *Gelijkluidende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. De Bruyn.

Nr. 677**2^o KAMER - 16 november 2010**

1^o UITLEVERING - UITLEVERINGSWET 1874 - VREEMDELINGEN - BEGRIP

2^o VREEMDELINGEN - BEGRIP - UITLEVERINGSWET 1874

3^o UITLEVERING - VREEMDELINGEN - UITLEVERINGSWET 1874 - ARTIKEL 1, §1, EERSTE LID - DRAAGWIJDTE

4^o VREEMDELINGEN - UITLEVERINGSWET 1874 - ARTIKEL 1, §1, EERSTE LID - DRAAGWIJDTE

5^o PREJUDICIEEL GESCHIL - GRONDWETTELIJK HOF - VERPLICHTING TOT HET STELLEN VAN EEN PREJUDICIËLE VRAAG - UITZONDERING - ARTIKEL 26, §2, DERDE LID, BIJZONDERE WET GRONDWETTELIJK HOF - AFWEZIGHEID VAN EEN KLAARBLIJKELIJKE SCHENDING VAN DE GRONDWET - BEOORDELING - DRAAGWIJDTE

6° GRONDWETTELIJK HOF - PREJUDICIEEL GESCHIL - VERPLICHTING TOT HET STELLEN VAN EEN PREJUDICIËLE VRAAG - UITZONDERING - ARTIKEL 26, §2, DERDE LID, BIJZONDERE WET GRONDWETTELIJK HOF - AFWEZIGHEID VAN EEN KLAARBLIJKE SCHENDING VAN DE GRONDWET - BEOORDELING - DRAAGWIJDTE

7° UITLEVERING - BEVEL TOT AANHOUDING MET HET OOG OP UITLEVERING - UITVOERBAARVERKLARING - RECHTSPLEGING - AARD - GEVOLG

8° PREJUDICIEEL GESCHIL - GRONDWETTELIJK HOF - UITLEVERING - BEVEL TOT AANHOUDING MET HET OOG OP UITLEVERING - UITVOERBAARVERKLARING - RECHTSPLEGING - AARD - GEVOLG

9° GRONDWETTELIJK HOF - PREJUDICIEEL GESCHIL - UITLEVERING - BEVEL TOT AANHOUDING MET HET OOG OP UITLEVERING - UITVOERBAARVERKLARING - RECHTSPLEGING - AARD - GEVOLG

10° UITLEVERING - DUBBELE STRAFBAARSTELLING - BEOORDELING DOOR DE RECHTER VAN DE AANGEZOCHTE STAAT - OMVANG

11° ONDERZOEKSGERECHTEN - UITLEVERING - DUBBELE STRAFBAARSTELLING - BEOORDELING DOOR DE RECHTER VAN DE AANGEZOCHTE STAAT - OMVANG

1° en 2° *Vreemdelingen in de zin van artikel 1, §1, eerste lid, Uitleveringswet 1874 zijn al diegenen die niet de Belgische nationaliteit bezitten*¹.

3° en 4° *De omstandigheid dat artikel 7, §1, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en de artikelen 6, 4°, en 8 Wet Europees Aanhoudingsbevel voor de toepassing van die bepalingen de niet-Belgen die hun hoofdverblijf hebben in het Rijk respectievelijk de niet-Belgen die in België verblijven met de Belgen gelijk stelt, laat niet toe het begrip vreemdeling in de zin van artikel 1, §1, eerste lid, Uitleveringswet 1874 te beperken tot de buiten België verblijvende vreemdelingen.*

5° en 6° *Bij toepassing van artikel 26, §2, derde lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, is een rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor een voorziening in cassatie, er niet toe gehouden de prejudiciële vraag te stellen wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in §1 van dit artikel klaarblijkelijk niet schendt; de beoordeling van de afwezigheid van een klaarblijkelijke schending vereist noodzakelijk een prima facie onderzoek van de beweerde schending*². (Art. 26, §2, derde lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof)

7°, 8° en 9° *De rechtspleging strekkende tot de uitvoerbaarverklaring van een bevel tot aanhouding met het oog op uitlevering is een procedure die spoedeisend is en een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, zodat een rechtscollege er niet toe gehouden is een prejudiciële vraag te stellen betreffende de bestaanbaarheid van bepalingen van de Uitleveringswet 1874 met de Grondwet.* (Art. 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof)

10° en 11° *Volgens artikel 1, §2, Uitleveringswet 1874 en artikel 2.1 van het Europees verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957 dienen de feiten die tot uitlevering aanleiding kunnen geven zowel krachtens het Belgisch recht als krachtens de wetgeving van de verzoekende staat strafbaar te zijn; het onderzoeksgerecht moet dus zonder de schuld te onderzoeken, nagaan of de feiten ongeacht hun kwalificatie, in beide wetgevingen onder de strafwet vallen*³.

(V.)

1 Cass., 30 juni 1987, AR 1573, AC, 1986-1987, nr. 658.

2 Cass., 22 juni 2004, AR P.04.0397.N, AC, 2004, nr. 347.

3 Cass., 11 april 2000, AR P.00.0407.N, AC, 2000, nr. 246.

ARREST

(AR P.10.1673.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

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

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

Raadshoer Filip Van Volsem heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 7 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en de artikelen 1, 2, 3, 5, *5bis* en 10 Uitleveringswet 1874: het bestreden arrest miskent het begrip vreemdeling door er een te restrictieve interpretatie aan te geven; zij die vast verblijf houden in België, zijn geen vreemdelingen in de zin van de Uitleveringswet 1874.

2. Volgens artikel 1, §1, eerste lid, Uitleveringswet 1874 kan de regering ter uitvoering van verdragen die met vreemde Staten gesloten zijn op grondslag van wederkerigheid, de uitlevering toestaan van vreemdelingen die door buitenlandse rechterlijke autoriteiten worden vervolgd als dader, mededader of medeplichtige wegens overtreding van de strafwet.

Vreemdeling in de zin van deze bepaling zijn al diegenen die niet de Belgische nationaliteit bezitten.

De omstandigheid dat artikel 7, §1, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en de artikelen 6, 4°, en 8 Wet Europees Aanhoudingsbevel voor de toepassing van die bepalingen de niet-Belgen die hun hoofdverblijf hebben in het Rijk respectievelijk de niet-Belgen die in België verblijven met de Belgen gelijk stelt, laat niet toe het begrip vreemdeling in de zin van artikel 1, §1, eerste lid, Uitleveringswet 1874 te beperken tot de buiten België verblijvende vreemdelingen.

Het middel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

Tweede middel

3. Het middel voert schending aan van artikel 26, §2, derde lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof: het bestreden arrest beperkt zich niet tot een prima facie onderzoek van de voorgestelde prejudiciële vraag, maar onderzoekt de vraag grondig en uitvoerig, op verschillende niveaus; het bestreden arrest eigent zich zo rechtsmacht toe die is voorbehouden aan het Grondwettelijk Hof.

4. Indien voor een rechtscollege een prejudiciële vraag in de zin van artikel 26, §1, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt opgeworpen, moet dit rechtscollege overeenkomstig artikel 26, §2, eerste lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof deze prejudiciële vraag stellen.

Bij toepassing van artikel 26, §2, derde lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk

Hof is een rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor een voorziening in cassatie, evenwel niet ertoe gehouden de prejudiciële vraag te stellen wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in §1 van dit artikel klaarblijkelijk niet schendt.

De beoordeling van de afwezigheid van een klaarblijkelijke schending vereist noodzakelijk een *prima facie* onderzoek van de beweerde schending.

5. De eiser heeft voor de appelrechters opgeworpen dat zij het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag dienden te stellen: "Schenden de artikelen 1, 2, 3, 5, *5bis* en 10 Uitleveringswet 1874 de artikelen 10 en 11 Grondwet in de interpretatie dat het begrip vreemdeling niet-Belgen met hoofdverblijf in België uitsluit, aangezien de niet-Belgen met hoofdverblijf in België, zoals personen met de Belgische nationaliteit, specifiek beschermd worden door de artikelen 6, 4°, en 8 Wet Europees Aanhoudingsbevel?"

6. Het bestreden arrest beslist met de redenen die het vermeldt (ro 3.2.3.1.-3.2.3.4), deze prejudiciële vraag niet te stellen. Op deze gronden vermocht het bestreden arrest, zonder zich enige bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof toe te eigenen, te oordelen dat de vermelde bepalingen klaarblijkelijk de ingeroepen grondwetsbepalingen niet schenden en is de beslissing de voorgestelde prejudiciële vraag niet te stellen naar recht verantwoord.

Het middel kan niet worden aangenomen.

7. De eiser verzoekt het Hof de aan de appelrechters voorgestelde prejudiciële vraag zelf te stellen.

8. Volgens artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof is een rechtscollege niet ertoe gehouden een prejudiciële vraag te stellen in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft, behalve wanneer er ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 Grondwet bedoelde regel met een van de in artikel 26, §1, bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Grondwettelijk Hof aanhangig is.

9. De rechtspleging strekkende tot de uitvoerbaarverklaring van een bevel tot aanhouding met het oog op uitlevering is een procedure die spoedeisend is en een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

De prejudiciële vraag wordt niet gesteld.

Derde middel

10. Het middel voert schending aan van artikel 375 Strafwetboek, de artikelen 1, §2, en 3 Uitleveringswet 1874 en artikel 2 van het Europees verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957: het bestreden arrest beantwoordt eisers verweer met betrekking tot de afwezigheid van het constitutieve bestanddeel van het gebrek aan toestemming bij het misdrijf verkrachting niet; een loutere verwijzing naar mogelijke dwang laat niet toe te besluiten dat het constitutieve bestanddeel gebrek aan toestemming concreet aanwezig is.

11. Volgens artikel 1, §2, Uitleveringswet 1874 en artikel 2.1 van het Europees

verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957 dienen de feiten die tot uitlevering aanleiding kunnen geven zowel krachtens het Belgisch recht als krachtens de wetgeving van de verzoekende staat strafbaar te zijn. Het onderzoeksgerecht moet dus zonder de schuld van de eiser te onderzoeken, nagaan of de feiten ongeacht hun kwalificatie, in beide wetgevingen onder de strafwet vallen.

12. Met de redenen die het vermeldt (ro 3.4.1-3.4.5), oordeelt het bestreden arrest dat aan het vereiste van de dubbele strafbaarstelling is voldaan. Het bestreden arrest vermocht bij dit onderzoek uit het mogelijk gebruik van dwang door een persoon die gezag over het slachtoffer heeft, een afwezigheid van toestemming in hoofde van het slachtoffer af te leiden.

Het middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Ambtshalve beslissing op de strafvordering

14. 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.

16 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van Volsem – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. T. Decaigny, Antwerpen.

Nr. 678

2° KAMER - 16 november 2010

1° EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - CASSATIEBEROEP - CASSATIEMIDDELEN - VORM EN TERMIJN - VERZOEKSCRIFT NIET NEERGELEGD SAMEN MET HET CASSATIEBEROEP TER GRIFFIE VAN HET HOF VAN BEROEP - GEVOLG

2° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — VORMEN — VORM EN TERMIJN VOOR MEMORIES EN STUKKEN - EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - CASSATIEMIDDELEN - VERZOEKSCRIFT NIET NEERGELEGD SAMEN MET HET CASSATIEBEROEP TER GRIFFIE VAN HET HOF VAN BEROEP - GEVOLG

3° CASSATIEMIDDELEN — STRAFZAKEN — TE VOEGEN STUKKEN - EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - VERZOEKSCRIFT NIET NEERGELEGD SAMEN MET HET CASSATIEBEROEP TER GRIFFIE VAN HET HOF VAN BEROEP - GEVOLG

4° EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - TENUITVOERLEGGING - BEOORDELINGSBEVOEGDHEID VAN HET ONDERZOEKSGERECHT - GRENZEN

5° ONDERZOEKSGERECHTEN - EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - TENUITVOERLEGGING -

BEOORDELINGSBEVOEGDHEID - GRENZEN

6^o EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - TENUITVOERLEGGING - WETTIGHEID -
REGELMATIGHEID - BEOORDELING - UITVAARDIGENDE RECHTERLIJKE AUTORITEIT7^o EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - INHOUD - DRAAGWIJDTE - DOEL

1^o, 2^o en 3^o *Het verzoekschrift met cassatiemiddelen dat niet is neergelegd ter griffie van het hof van beroep samen met het cassatieberoep, kan niet als memorie gelden in de zin van artikel 18, §2 Wet Europees Aanhoudingsbevel, en is niet ontvankelijk ook al is het samen met het dossier binnen de termijn toegekomen op de griffie van het Hof*². (Art. 18, §2, Wet 19 dec. 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel)

4^o en 5^o *De onderzoeksgerechten die uitspraak doen over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel, hebben niet te oordelen over de wettigheid en regelmatigheid van dit bevel, maar enkel over de tenuitvoerlegging ervan overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 3 tot 8 van de voormelde wet*³. (Artt. 2, §4, en 3 tot 8, Wet 19 dec. 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel)

6^o *De wettigheid en regelmatigheid van het Europees aanhoudingsbevel worden, ingeval van tenuitvoerlegging ervan, beoordeeld door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit aan dewelke de gezochte persoon wordt overgeleverd*⁴.

7^o *Artikel 2, §4, Wet Europees Aanhoudingsbevel dat de inlichtingen vermeldt die het Europees aanhoudingsbevel bevat, is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven; het volstaat dat het Europees aanhoudingsbevel zodanig is opgesteld dat het de onderzoeksgerechten in staat stelt te beoordelen of de in de artikelen 3 tot 8 van die wet bepaalde voorwaarden voor de tenuitvoerlegging werden nageleefd*⁵. (Artt. 2, §4, en 3 tot 8, Wet 19 dec. 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel)

(PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE GENT T. A.)

ARREST

(AR P.10.1730.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 4 november 2010.

De eiser voert in een verzoekschrift grieven aan.

1 De Nederlandstalige tekst van artikel 18, §2 Wet Europees Aanhoudingsbevel luidt: ' (...) De middelen van het cassatieberoep kunnen worden omschreven hetzij in de akte ervan, hetzij in een daartoe neergelegd geschrift, hetzij in een memorie die op de griffie van het Hof moet worden ontvangen ten laatste de vijfde dag te rekenen van instelling van het cassatieberoep'. Deze tekst wijkt af van het bepaalde in artikel 31, §3 Voorlopige Hechteniswet waarop artikel 18, §2 Wet Europees Aanhoudingsbevel nochtans is geïnspireerd. De Franstalige versie luidt: ' (...)Les moyens de cassation peuvent être décrits soit dans l'acte de pourvoi, soit dans un écrit déposé à cette occasion, soit dans un mémoire qui doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard le cinquième jour après la date du pourvoi.' De Franstalige versie geeft dus beter de bedoeling van de wetgever weer.

2 Zie Cass., 26 aug. 2008, AR P.08.1321.N, AC, 2008, nr. 436.

3 Zie Cass., 25 jan. 2005, AR P.05.0065.N, AC, 2005, nr. 51; Cass., 21 sept. 2005, AR P.05.1270.N, AC, 2005, nr. 450; Cass., 21 aug. 2007, AR P.07.1268.N, AC, 2007, nr. 376; Cass., 17 juni 2008, AR P.08.0914.N, AC, 2008, nr. 378; Cass., 14 juli 2009, AR P.09.1041.N, AC, 2009, nr. 455.

4 Zie: Cass., 25 jan. 2005, AR P.05.0065.N, AC, 2005, nr. 51; Cass., 21 sept. 2005, AR P.05.1270.F, AC, 2005, nr. 450; Cass., 14 juli 2009, AR P.09.1041.N, AC, 2009, nr. 455.

5 Cass., 28 september 2010, AR P.10.1512.N (onuitgegeven); Zie: Cass., 8 dec. 2004, AR P.04.1562.F, AC, 2004, nr. 603 en Cass., 17 juni 2008, AR P.08.0914.N, AC, 2008, nr. 378.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het verzoekschrift

1. Krachtens artikel 18, §2, Wet Europees Aanhoudingsbevel kunnen cassatiemiddelen worden voorgedragen, hetzij in de akte van voorziening, hetzij in een bij die gelegenheid neergelegd geschrift, hetzij in een memorie die op de griffie van het Hof van Cassatie moet worden ontvangen ten laatste de vijfde dag te rekenen van de datum van instelling van het cassatieberoep.

2. Het cassatieberoep is ingesteld op 5 november 2010.

Het verzoekschrift met cassatiemiddelen dat is neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Gent op 8 november 2010 en derhalve niet samen met het cassatieberoep, kan niet als memorie gelden in de zin van het voormelde artikel 18, §2, ook al is het samen met het dossier binnen de termijn toegekomen op de griffie van het Hof.

Het verzoekschrift is niet ontvankelijk.

Ambtshalve middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 16, §1, tweede lid, en 17, §4, eerste lid, Wet Europees Aanhoudingsbevel.

3. Artikel 16, §1, tweede lid, Wet Europees Aanhoudingsbevel bepaalt dat de raadkamer die uitspraak moet doen over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel, daartoe nagaat of:

1° de voorwaarden van artikel 3 vervuld zijn;

2° een van de weigeringsgronden omschreven in de artikelen 4 tot 6 moet worden toegepast;

3° ingeval het Europees aanhoudingsbevel betrekking heeft op een feit vermeld in de lijst van artikel 5, §2, de gedragingen zoals zij zijn omschreven in het Europees aanhoudingsbevel, wel degelijk met die lijst overeenstemmen;

4° de waarborgen bedoeld in de artikelen 7 en 8 moeten worden geëist.

Krachtens artikel 17, §4, eerste lid, Wet Europees Aanhoudingsbevel verricht de kamer van inbeschuldigingstelling die uitspraak doet over het beroep tegen de beslissing van de raadkamer, de verificaties omschreven in artikel 16, §1, tweede lid.

De onderzoeksgerechten die uitspraak doen over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel, hebben aldus niet te oordelen over de wettigheid en regelmatigheid van dit bevel, maar enkel over de tenuitvoerlegging ervan overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 3 tot 8 van de voormelde wet.

De wettigheid en regelmatigheid van het Europees aanhoudingsbevel worden, ingeval van tenuitvoerlegging ervan, beoordeeld door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit aan dewelke de gezochte persoon wordt overgeleverd.

4. Artikel 2, §4, Wet Europees Aanhoudingsbevel vermeldt de inlichtingen die het Europees aanhoudingsbevel bevat.

Deze bepaling is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Het volstaat dat het Europees aanhoudingsbevel zodanig is opgesteld dat het de onderzoeksgerechten in staat stelt te beoordelen of de in de artikelen 3 tot 5 van die wet bepaalde voorwaarden voor de tenuitvoerlegging werden nageleefd.

5. Het arrest verklaart het lastens de verweerder uitgevaardigde Europees aanhoudingsbevel niet uitvoerbaar. Het beslist daartoe op grond dat "aan de voorwaarde tot het afleveren van een Europees aanhoudingsbevel zoals vereist in artikel 2, §4, 5°, van de wet onvoldoende is voldaan omdat in dit Europees aanhoudingsmandaat niet werd omschreven in welke mate [de verweerder] aan het misdrijf heeft deelgenomen", zonder vast te stellen dat de in de artikelen 3 tot 5 Wet Europees Aanhoudingsbevel bepaalde voorwaarden niet zijn nageleefd.

Die beslissing is niet naar recht verantwoord.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

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

Laat de kosten ten laste van de Staat.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.

16 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mestdagh – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. F. Van Hende, Gent.

Nr. 679

2° KAMER - 17 november 2010

BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSVOERING - BURGERLIJKE RECHTSVORDERING
 GEGROND OP EEN MISDRIJF - VERWEER OF EXCEPTIE AFGELEID UIT EEN OVEREENKOMST -
 GESCHRIFT VEREIST - TOEPASSING - DERDE PARTIJ BIJ DE OVEREENKOMST

Het bij artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde vereiste van een geschrift en het verbod om het bewijs door getuigen te leveren tegen en boven de inhoud van de akten, heeft alleen betrekking op de partijen bij die akten en niet op derden; die wetsbepaling belet niet dat de verweerder op de op een strafbaar feit gegronde burgerlijke rechtsvordering, door alle middelen rechtens het bestaan bewijst van een overeenkomst waarbij hij geen partij is maar waaruit hij de gegrondheid van een verweer of van een exceptie kan afleiden¹.

(ASSOCIATION DE PRÉVOYANCE ET D'ASSURANCES nv e.a. T. GEMEENSCHAPPELIJK MOTORWAARBORG-FONDS e.a.)

¹ Zie Cass., 25 mei 1992, AR 9304, AC, 1991-1992, nr. 502.

ARREST (*vertaling*)

(AR P.09.0885.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctionele rechtbank te Doornik van 10 oktober 2008.

De eiseres voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadsheer Pierre Cornelis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

A. Cassatieberoep van de eiseres I

1. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissingen die, op de burgerlijke rechtsvorderingen die de verweerders M. S. en G. B. tegen haar hebben ingesteld, uitspraak doen over

a. het beginsel van aansprakelijkheid en de verplichting van de eiseres om die verweerders te vergoeden

De door het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid

De beslissing volgens welke de beklaagde geen gebruiksdiefstal heeft gepleegd, houdt in dat hij, op de dag van het ongeval, eigenaar was van het voertuig en het dus niet aan zijn moeder had geschonken.

De verzekeraar voert de schenking aan om geen dekking te moeten bieden, zodat de redenen die het vonnis aan het bewijs van die schenking wijdt, niet overtollig zijn.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Middel

Het vonnis oordeelt dat de verzekeraar die aanvoert dat de beklaagde het voertuig aan zijn moeder heeft overgedragen en die daaruit gebruiksdiefstal afleidt, het bewijs niet levert van dat verweer op de wijze die bij artikel 1341 Burgerlijk Wetboek is bepaald.

Het vonnis wijst erop dat de verzekeraar zich alleen baseert op de verklaringen van de partijen en op de de omstandigheden waarin de aankoop van het voertuig heeft plaatsgevonden, ofschoon, rekening houdend met de waarde van de zaak, de voormelde wetsbepaling een geschrift vereist en het bewijs door getuigen of vermoedens tegen en boven de inhoud van de schriftelijke akten verbiedt.

Het bij artikel 1341 Burgerlijk Wetboek bepaalde vereiste van een geschrift en het aldaar opgelegde verbod om het bewijs door getuigen te leveren tegen en boven de inhoud van de akten, heeft alleen betrekking op de partijen bij die akten en niet op derden.

De door de appelrechters aangevoerde wetsbepaling belet niet dat de verweerder op de op een strafbaar feit gegronde burgerlijke rechtsvordering, door alle middelen rechtens het bestaan bewijst van een overeenkomst waarbij

hij geen partij is maar waaruit hij de gegrondheid van een verweer of van een exceptie kan afleiden.

Het middel is gegrond.

b. de omvang van de schade

De vernietiging, op het cassatieberoep van de eiseres I, van de beslissing over het beginsel van haar tussenkomst brengt de vernietiging mee van de niet-definitieve beslissingen over de omvang van de schade van de verweerders, die het gevolg zijn van eerstgenoemde beslissing.

2. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

De eiseres I is voor de feitenrechter geen geding aangegaan met de verweerder I.1 en het vonnis spreekt tegen haar geen veroordeling uit ten gunste van laatstgenoemde.

Het cassatieberoep is niet ontvankelijk.

De vernietiging van de beslissingen op de door de verweerders M. S. en G. B. tegen de eiseres I ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen, wordt evenwel uitgebreid tot de beslissing op de door hen tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen. Tegen dat dictum kon geen van de gedingvoerende partijen een ontvankelijk cassatieberoep instellen en dus is het, wat de omvang van de cassatie betreft, een niet-onderscheiden beslissing.

B. De cassatieberoepen van M. S. en G. B.

1. In zoverre de cassatieberoepen gericht zijn tegen de beslissingen die, op de burgerlijke rechtsvorderingen van de eisers II tegen C. S. en de naamloze vennootschap Association de Prévoyance et d'Assurances, uitspraak doen over

a. het beginsel van aansprakelijkheid

Het vonnis beslist dat de verweerder II.1 aansprakelijk is en dat de verweerder II.2 verplicht is dekking te bieden.

Aangezien dergelijke beslissingen de eisers geen nadeel berokkenen, zijn de cassatieberoepen niet ontvankelijk.

b. de omvang van de schade

Het vonnis kent de eisers II een provisionele vergoeding toe, houdt de uitspraak over de overige punten van de vordering aan en verwijst de zaak voor verdere behandeling naar de eerste rechter.

Die beslissingen zijn geen eindbeslissingen in de zin van artikel 416, eerste lid, Wetboek van Strafvordering, en vallen niet onder de in het tweede lid van dat artikel bepaalde gevallen.

De cassatieberoepen zijn niet ontvankelijk.

2. In zoverre de cassatieberoepen gericht zijn tegen de beslissing op de burgerlijke rechtsvorderingen van de eisers II tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

De eisers II hebben er geen belang bij om kritiek uit te oefenen op de beslissing waarbij de verweerder II.3 buiten het geding wordt gesteld vermits de

appelrechters de door hen tegen de beklaagde en zijn verzekeraar ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen, ontvankelijk hebben verklaard.

De cassatieberoepen zijn niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvorderingen tegen de Association de Prévoyance et d'Assurances nv en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds.

Verwerpt de cassatieberoepen van M. S. en G. B.

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

Veroordeelt het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, M. S. en G. B., ieder in een derde van de kosten van het cassatieberoep van de eiseres.

Veroordeelt M. S. en G. B. in de kosten van hun cassatieberoep.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de correctionele rechtbank te Charleroi, rechtszitting houdende in hoger beroep.

17 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter* : de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Cornelis – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. T'Kint en Mahieu.

Nr. 680

2° KAMER - 17 november 2010

- 1° BURGERLIJKE RECHTSVORDERING - STRAFRECHTER - BEVOEGDHEID - MOGELIJKHEID TOT BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - BEGRIP
- 2° BEVOEGDHEID EN AANLEG — STRAFZAKEN — BURGERLIJKE RECHTSVORDERING (BIJZONDERE REGELS) - STRAFRECHTER - BEVOEGDHEID - MOGELIJKHEID TOT BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - BEGRIP
- 3° BURGERLIJKE RECHTSVORDERING - STRAFRECHTER - BEVOEGDHEID - MOGELIJKHEID TOT BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - ONVERSCHULDIGDE BETALING DOOR DE BEKLAAGDE - TERUGVORDERING VAN HET ONVERSCHULDIGD BETAALDE
- 4° BEVOEGDHEID EN AANLEG — STRAFZAKEN — BURGERLIJKE RECHTSVORDERING (BIJZONDERE REGELS) - STRAFRECHTER - BEVOEGDHEID - MOGELIJKHEID TOT BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - ONVERSCHULDIGDE BETALING DOOR DE BEKLAAGDE - TERUGVORDERING VAN HET ONVERSCHULDIGD BETAALDE
- 5° TERUGVORDERING VAN HET ONVERSCHULDIGD BETAALDE - BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOOR DE STRAFRECHTER - ONVERSCHULDIGDE BETALING DOOR DE BEKLAAGDE - TERUGVORDERING - STRAFRECHTER - BEVOEGDHEID

1° en 2° De burgerlijke rechtsvordering die volgens de wet gelijktijdig met de strafvordering en voor dezelfde rechters kan worden ingesteld, is de vordering die strekt tot herstel van de schade die door een misdrijf is veroorzaakt; rechtsvorderingen die kunnen voortvloeien uit strafbare feiten maar die geen herstel beogen van de daarbij veroorzaakte schade, worden niet voor de strafrechter gebracht¹. (Art. 3, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering)

3°, 4° en 5° De verplichting tot teruggave, die is vastgelegd in artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek, vindt haar oorzaak niet in het strafbaar feit maar in het ontbreken van schuld omdat met name er meer is betaald dan wat verschuldigd was; uit het feit dat voor de berekening van de vergoeding die de pleger van het strafbaar feit verschuldigd is, de eventueel reeds uitgekeerde voorschotten in aanmerking moeten worden genomen, volgt niet dat, in geval van onverschuldigde betaling door de beklaagde, het strafgerecht uitspraak moet doen over diens herstellvordering².

(P. e.a. T. H. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR P.10.0776.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctionele rechtbank te Hoei van 2 april 2010.

De eisers M. P. en Piron nv voeren in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Afdelingsvoorzitter ridder de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. FEITEN

De eerste twee eisers werden veroordeeld om de ouder van de burgerlijke partijen te vergoeden voor de gevolgen van een verkeersongeval.

Bij vonnis van 4 september 1998 heeft de correctionele rechtbank het slachtoffer van het ongeval een provisionele maandelijkse rente toegekend tot dekking van alle, met diens tetraplegie gepaard gaande kosten.

Aangezien het slachtoffer op 1 augustus 2001 naar een rusthuis is gegaan, heeft de politierechtbank bij vonnis van 8 mei 2006 beslist dat de rente vanaf die dag niet meer verschuldigd was en dat de bedragen die zijn uitbetaald tussen 1 augustus 2001 en 31 januari 2006, na aftrek van de factuur voor het rusthuis, een onverschuldigde betaling vormden die kan worden teruggevorderd. Dat vonnis hield de uitspraak aan over het bedrag van de onverschuldigde betaling en over de eis van het ziekenfonds dat van de eisers de terugbetaling vorderde van de bedragen die het had uitgekeerd aan de instelling waar het slachtoffer is ondergebracht.

Dat vonnis werd op 23 mei 2008 door de correctionele rechtbank te Hoei bevestigd, nadat de verweerders, als erfgenamen van het slachtoffer, het geding hadden hervat.

De beschikkingen van het bestreden vonnis hebben enerzijds, betrekking op de

¹ Zie Cass., 29 mei 2002, AR P.02.0323.F, AC, 2002, nr. 326.

² Zie Cass., 26 juni 1998, AR F.97.0071.F, AC, 1998, nr. 344.

vordering van het ziekenfonds tegen de beklaagde en diens werkgever en, anderzijds, op de vordering van laatstgenoemden tegen de eerste drie verweerders.

De appelrechters verklaren die tweede vordering niet ontvankelijk.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

A. De cassatieberoepen van de beklaagde en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij

1. In zoverre de cassatieberoepen gericht zijn tegen de beslissing waarbij de eis tot terugvordering van het niet-verschuldigd bedrag niet ontvankelijk wordt verklaard

Middel

De burgerlijke rechtsovordering die volgens de wet gelijktijdig met de strafvordering en voor dezelfde rechters kan worden ingesteld, is de vordering die, naar luid van artikel 3 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, strekt tot herstel van de schade die door een misdrijf is veroorzaakt.

Rechtsovorderingen die kunnen voortvloeien uit strafbare feiten, maar die geen herstel beogen van de daarbij veroorzaakte schade, worden niet voor de strafrechter gebracht.

De verplichting tot teruggave, die is vastgelegd in artikel 1235 Burgerlijk Wetboek, vindt haar oorzaak niet in het strafbare feit, maar in het ontbreken van schuld omdat met name er meer is betaald dan wat verschuldigd was.

Uit het feit dat voor de berekening van de vergoeding die de pleger van het strafbaar feit verschuldigd is, de eventueel reeds uitgekeerde voorschotten in aanmerking moeten worden genomen, volgt niet dat in geval van onverschuldigde betaling door de beklaagde het strafgerecht uitspraak moet doen over diens herstelvordering.

Het middel faalt naar recht.

2. In zoverre de cassatieberoepen gericht zijn tegen de beslissing over de vordering van het ziekenfonds Sécurex

De eisers doen afstand van hun cassatieberoep.

B. De cassatieberoepen van de burgerlijke partijen P.-Y. H., A.-C. H. en M.-C. M.

Het bestreden vonnis verklaart de door de beklaagde en diens werkgever tegen de eisers ingestelde vordering tot terugbetaling van het niet-verschuldigde bedrag, niet ontvankelijk.

Aangezien die beslissing de eisers geen nadeel berokkende, zijn de cassatieberoepen niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

Dictum

Het Hof,

Verleent akte van de afstand van de cassatieberoepen van M. P. en de naamloze vennootschap Piron in zoverre zij gericht zijn tegen de beslissing die, op de burgerlijke rechtsovordering van het ziekenfonds Sécurex, de partijen verzoekt de

zaak in staat van wijzen te brengen en de zaak sine die uitstelt.

Verwerpt de cassatieberoepen voor het overige.

Veroordeelt de eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

17 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Oosterbosch en Kirkpatrick.

Nr. 681

2° KAMER - 17 november 2010

**1° MISDRIJF — ALGEMEEN. BEGRIP. MATERIEEL EN MOREEL
BESTANDDEEL. EENHEID VAN OPZET - BELAGING - BESTANDDELEN**

**2° GERECHTSKOSTEN — STRAFZAKEN — PROCEDURE VOOR DE
FEITENRECHTER - VEROORDELING TOT DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING - VASTLEGGING
VAN HET BEDRAG - MAATSTAF - GEVORDERD BEDRAG - OVERWAARDERING - GEVOLG**

1° Belaging wordt door artikel 442bis van het Strafwetboek gestraft en kan bestaan in herhaalde agressiviteit, die blijkt uit gedragingen waarvan de dader weet of moet weten dat zij de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer kunnen aantasten en, bijgevolg, diens rust ernstig kunnen verstoren.

2° Niettegenstaande wat in het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding is bepaald, kan de rechter de rechtsplegingsvergoeding berekenen op basis van het toegekende veeleer dan op basis van het gevorderde bedrag, als laatstgenoemd bedrag volgt ofwel uit een klaarblijkelijke overwaardering die de normaal bedachtzame en zorgvuldige justitiabele niet zou hebben begaan, ofwel uit een te kwader trouw verrichte verhoging die als enig doel had op artificiële wijze het bedrag van de vordering op te trekken tot de hogere schijf. (Art. 1022, Gerechtelijk Wetboek)

(K. T. D.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.0863.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 14 april 2010.

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

Afdelingsvoorzitter ridder de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

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

Eerste middel

In zoverre het middel een onderzoek van de feiten van de zaak vereist, waarvoor het Hof niet bevoegd is, is het niet ontvankelijk.

Voor het overige hebben de appelrechters zich niet ertoe beperkt te wijzen op één of verschillende ruzies tussen twee personen over een welbepaald onderwerp. Het arrest vermeldt immers dat de eiser het vertrek van zijn huurder eiste en dat hij, om hem te doen verhuizen, zich agressief, gewelddadig en dreigend heeft opgesteld tijdens de herhaalde twistgesprekken met betrokkene.

Belaging wordt door artikel 442*bis* Strafwetboek gestraft en kan bestaan in herhaalde agressiviteit, die blijkt uit gedragingen waarvan de dader weet of moet weten dat zij de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer kunnen aantasten en, bijgevolg, diens rust ernstig kunnen verstoren, zoals het arrest vaststelt.

Door de voormelde wetsbepaling toepasselijk te verklaren op de feiten, zoals zij door hen zijn omschreven, schenden de appelrechters bijgevolg die wetsbepaling niet.

Het middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

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

B. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de burgerlijke rechtsvordering

Derde middel

De eiser werd veroordeeld om de verweerder de bij artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek bepaalde rechtsplegingsvergoedingen te betalen, die het hof van beroep vaststelt op grond van de bedragen die de verweerder in eerste aanleg en in hoger beroep heeft gevorderd.

Het middel voert aan dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding, de artikelen 6.1 EVRM en 13 Grondwet schendt, in zoverre eerstgenoemd artikel het aan de burgerlijke partij overlaat om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding vast te stellen, aangezien die vergoeding per schijf wordt berekend, afhankelijk van de grootte van het gevorderde bedrag.

Het in artikel 13 Grondwet gewaarborgde recht impliceert alleen dat een ieder volgens objectief vastgestelde bevoegdheids- en procedureregels moet worden berecht en dat niemand voor een rechtscollege kan worden gedagvaard dat niet bij wet is bepaald. Die grondwettelijke bepaling vereist niet dat de rechtsplegingsvergoeding wordt berekend op basis van het door de rechter toegekende bedrag.

Niettegenstaande wat in het voormelde koninklijk besluit is bepaald kan de rechter de rechtsplegingsvergoeding berekenen op basis van het toegekende veeleer dan op basis van het gevorderde bedrag, als laatstgenoemd bedrag volgt ofwel uit een klaarlijkelijke overwaarding die de normaal bedachtzame en

zorgvuldige justitiabele niet zou hebben begaan, ofwel uit een te kwader trouw verrichte verhoging die als enig doel had op artificiële wijze het bedrag van de vordering op te trekken tot de hogere schijf.

De straf op rechtsmisbruik beschermt degene die de rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is, tegen een veroordeling die alleen ingegeven is door de vordering van de schuldeiser.

Het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 miskent bijgevolg niet het recht op een eerlijke behandeling van de zaak.

Het middel faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

17 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. A. Vergauwen, Brussel en O. Venet, Brussel.

Nr. 682

2° KAMER - 17 november 2010

1° VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - INVRIJHEIDSTELLING - CASSATIEBEROEP - CASSATIEBEROEP VAN DE BELGISCHE STAAT - BESCHIKKING IN KORT GEDING WAARBIJ ONDERTUSSEN DE INVRIJHEIDSTELLING WORDT BEVOLEN - GEVOLG

2° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — BESLISSINGEN VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP — STRAFVORDERING — GEMIS AAN BELANG OF BESTAANSREDEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - INVRIJHEIDSTELLING - CASSATIEBEROEP VAN DE BELGISCHE STAAT - BESCHIKKING IN KORT GEDING WAARBIJ ONDERTUSSEN DE INVRIJHEIDSTELLING WORDT BEVOLEN - GEVOLG

3° VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - ONDERZOEKSGERECHTEN - OMVANG VAN HET TOEZICHT

4° ONDERZOEKSGERECHTEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - OMVANG VAN HET TOEZICHT

5° VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - ONDERZOEKSGERECHTEN - VOORWERP VAN HET TOEZICHT

6° ONDERZOEKSGERECHTEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - VOORWERP VAN HET TOEZICHT

7° VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - ONDERZOEKSGERECHTEN - OMVANG VAN HET TOEZICHT

8° ONDERZOEKSGERECHTEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - OMVANG VAN HET TOEZICHT

9° MACHTEN — SCHEIDING DER MACHTEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL TOT VERWIJDERING VAN HET GRONDGEBIED - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - OMVANG VAN HET TOEZICHT

1° en 2° De invrijheidstelling van de vreemdeling die bevolen wordt door de rechter die uitspraak doet in kort geding, ontnemt het cassatieberoep van de Belgische Staat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat uitspraak doet over een verzoek tot invrijheidstelling zijn bestaansreden niet, aangezien het rechtscollege in kort geding bij voorraad uitspraak doet en dat voor de vrijheidsberoving van de vreemdeling, wat de grond van de zaak betreft, het wettigheidsonderzoek blijft gelden dat bij artikel 72 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang van het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen, is opgelegd.

3° en 4° De onderzoeksgerechten waarbij de vreemdeling een beroep instelt tegen een vrijheidsberovende maatregel die zijn verwijdering van het grondgebied beoogt, gaan alleen na of de maatregel en de beslissing tot verwijdering waarop die maatregel steunt, in overeenstemming zijn met de wet, zonder zich over de opportuniteit van die maatregel te mogen uitspreken¹.

5° en 6° Het wettigheids-toezicht heeft betrekking op de formele geldigheid van de akte, met name op de motivering en de overeenstemming ervan met zowel de internationale rechtsregels met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde, als met de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen; het toezicht houdt eveneens in dat de werkelijke toedracht en de correctheid van de door de administratieve overheid aangevoerde feiten worden nagegaan; de rechter onderzoekt of de beslissing op een redengeving steunt die door geen enkele kennelijke beoordelingsfout of dwaling omtrent de feiten is aangetast².

7°, 8° en 9° Artikel 237, derde lid, van het Strafwetboek, en het grondwettelijk beginsel van de scheiding der machten, verbieden het onderzoeksgerecht om de maatregel te beoordelen op de verdienste, relevantie of doeltreffendheid ervan.

(BELGISCHE STAAT T. O.)

ARREST (vertaling)

(AR P.10.1676.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling, van 14 oktober 2010.

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

1 Cass., 4 nov. 2009, AR P.09.1457.F, AC, 2009, nr. 638.

2 Zie Cass., 18 april 2007, AR P.07.0320.F, AC, 2007, nr. 190 en Cass., 4 nov. 2009, AR P.09.1457.F, AC, 2009, nr. 638.

Afdelingsvoorzitter ridder de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Het middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep van de verweerder op de rechtszitting

De invrijheidstelling waarop de verweerder zich beroept op grond van een op 15 november 2010 in kort geding gewezen beschikking, ontnemt het cassatieberoep van de Belgische Staat zijn bestaansreden niet. Die beslissing gaat immers uit van een rechtscollege dat bij voorraad uitspraak doet, terwijl voor de vrijheidsberoving van de vreemdeling, wat de grond van de zaak betreft, het wettigheidsonderzoek blijft gelden dat bij artikel 72 Vreemdelingenwet is opgelegd.

Het middel van niet-ontvankelijkheid kan bijgevolg niet worden aangenomen.

Eerste middel

Wanneer de vreemdeling bij de onderzoeksgerechten een beroep tegen een vrijheidsberovende maatregel aanhangig heeft gemaakt die zijn verwijdering van het grondgebied beoogt, onderzoeken zij alleen of de maatregel en de beslissing tot verwijdering waarop die maatregel steunt, in overeenstemming zijn met de wet, zonder zich over de opportuniteit van die maatregel te mogen uitspreken.

Het wettigheidstoezicht heeft betrekking op de formele geldigheid van de akte, met name op de motivering en de overeenstemming ervan met zowel de internationale rechtsregels met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde, als met de Vreemdelingenwet.

Het toezicht houdt eveneens in dat de werkelijke toedracht en de correctheid van de door de administratieve overheid aangevoerde feiten worden nagegaan. De rechter onderzoekt of de beslissing op een redengeving steunt die door geen enkele kennelijke beoordelingsfout of dwaling omtrent de feiten is aangetast.

Artikel 237, derde lid, Strafwetboek, en het grondwettelijk beginsel van de scheiding der machten, verbieden het onderzoeksgerecht om de maatregel te beoordelen op de verdienste, relevantie of doeltreffendheid ervan.

Uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat op 21 september 2010 tegen de verweerder een bevel is uitgevaardigd om het grondgebied te verlaten, samen met een beslissing tot teruggeleiding naar de grens en een daartoe genomen maatregel van vrijheidsberoving.

De akte verwijst naar artikel 7, eerste lid, 11°, Vreemdelingenwet en steunt op een op 30 mei 2007 ten aanzien van de eiser genomen ministerieel besluit tot terugwijzing waarvan de administratieve overheid beweert dat het niet werd opgeschort of ingetrokken.

Het op 24 september 2010 voor de verweerder ingediende verzoek tot invrijheidstelling voert aan dat het voormelde besluit door de toetreding van het land van herkomst van de verweerder tot de Europese Unie geen effect meer sorteerde. Hij voert eveneens aan dat hij, op grond van artikel 10 Vreemdelingenwet, door zijn huwelijk met een Belgische onderdaan, recht heeft op

verblijf. Ten slotte voert hij aan dat, aangezien hij een kind heeft in België, hij aldaar een gezinsleven heeft opgebouwd. Zijn opsluiting komt dus neer op inmenging, wat bij artikel 8 EVRM verboden is.

Het openbaar ministerie heeft in zijn advies aan de kamer van inbeschuldigingstelling geconcludeerd tot verwerping van de middelen van de verweerder. Het heeft geoordeeld dat de toetreding van diens land tot de Europese Unie niet de ongeldigheid tot gevolg had van een besluit tot terugwijzing dat, zoals te dezen, op de in artikel 20 van de wet bedoelde aantasting van de openbare orde is gegrond. Het openbaar ministerie heeft aangevoerd dat het huwelijk niet van rechtswege het bij artikel 10, §1, bepaalde verblijfsrecht deed ontstaan. Het heeft aangevoerd dat de litigieuze maatregel overeenkomstig artikel 62 met redenen was omkleed en dat de vrijheidsberoving van de eiser in overeenstemming was met wat in artikel 7, derde lid, is bepaald.

Het bestreden arrest vermeldt alleen dat "de wettelijke vereisten voor de beslissing om de verzoeker ter beschikking te houden van de Dienst Vreemdelingenzaken, te dezen momenteel niet meer aanwezig zijn".

Die vermelding maakt het onmogelijk om te zeggen welke onrechtmatigheid door de kamer van inbeschuldigingstelling ongedaan wordt gemaakt en stelt het Hof dus niet in staat om na te gaan of het onderzoeksgerecht de grenzen die artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet aan dat toezicht stelt, heeft gerespecteerd, dan wel of het zich integendeel heeft ingelaten met een toezicht op de opportuniteit van de maatregel dat de voormelde bepaling niet aan het onderzoeksgerecht toekent.

Het middel is wat dat betreft gegrond.

Er is geen grond om het tweede middel te onderzoeken aangezien het niet tot vernietiging tot verwijzing kan leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

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

Veroordeelt de verweerder in de kosten.

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

17 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. ridder de Codt, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. E. Derriks, Brussel en S. Fiorentino, Luik.

INKOMSTENBELASTINGEN — AANSLAGPROCEDURE — BEZWAAR -

BEHANDELING DOOR EEN AMBTENAAR - REGELMATIGE INZAMELING VAN INLICHTINGEN - BEZORGING AAN EEN CONTROLEUR DIE BELAST IS MET DE TAXATIE VAN EEN ANDER AANSLAGJAAR - WETTIGHEID

Uit de artikelen 335 en 336 van het W.I.B. 1992 volgt dat de ambtenaar die op grond van artikel 374, eerste lid, van dat wetboek, belast is met de behandeling van een bezwaarschrift betreffende een aanslagjaar, de inlichtingen die op regelmatige wijze bij zijn onderzoek zijn ingewonnen, mag bezorgen aan de ambtenaar die verantwoordelijk is voor de taxatie voor een ander aanslagjaar¹. (Art. 374, eerste lid, WIB92)

(C. e.a. T. BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën)

ARREST (vertaling)

(AR F.09.0078.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 11 december 2008 gewezen door het hof van beroep te Bergen.

Raadsheer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eisers voeren een middel aan.

Geschonden wettelijke bepaling

- artikel 374, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

Aangevochten beslissingen

Het arrest stelt vast dat de ambtenaar die belast was met de behandeling van een bezwaarschrift betreffende het aanslagjaar 1997, aan de territoriaal bevoegde controle der directe belastingen gevraagd heeft een nieuw onderzoek te wijden aan de bedrijfslasten betreffende het litigieuze aanslagjaar, en dit op grond van de door die inspecteur medege-deelde inlichtingen.

Het oordeelt echter dat artikel 374, eerste lid, niet eraan in de weg staat dat een inspecteur die belast is met de behandeling van een bezwaarschrift, de regelmatig ingewonnen inlichtingen meedeelt aan zijn collega die een andere belasting moet vaststellen, of zoals hier, dezelfde belasting voor een ander aanslagjaar moet vaststellen. Het grondt die beslissing hierop dat "de met het onderzoek belaste ambtenaar krachtens artikel 374, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 beschikte over de bewijsmiddelen en de bevoegdheden die aan de administratie verleend zijn bij de artikelen 315 tot 319, 322 tot 330, 333 tot 336, 339 tot 343 en 346 (van dat wetboek)".

Het arrest oordeelt dus dat de inspecteur die met de behandeling van een bezwaarschrift belast is, met toepassing van de artikelen 335 en 336 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de inlichtingen die hij had ingewonnen in de uitoefening van zijn ambt mocht meedelen aan de ambtenaar die bevoegd is om een aangifte betreffende het vorige aanslagjaar te wijzigen.

Grieven

De inspecteur die met de behandeling van een bezwaarschrift belast is, beschikt krachtens artikel 374, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 weliswaar over de bewijsmiddelen en de bevoegdheden die aan de administratie verleend zijn bij de

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr..683.

artikelen 315 tot 319, 322 tot 330, 333 tot 336, 339 tot 343 en 346 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, maar hij mag die enkel aanwenden om de behandeling van het bezwaarschrift te verzekeren (artikel 374, eerste lid, in limine).

Daaruit volgt dat de gemachtigde inspecteur de inlichtingen die hij naar aanleiding van zijn onderzoek van het bezwaarschrift ingewonnen had, niet mocht doorspelen aan de controleur.

Bijgevolg schendt het arrest artikel 374, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wanneer het beslist dat de met de behandeling van het bezwaarschrift belaste inspecteur op wettige wijze een afschrift van de brief die hij aan de eisers had geschreven naar aanleiding van zijn behandeling van het bezwaarschrift, aan de controleur had bezorgd.

Door zo te handelen heeft de inspecteur immers bevoegdheden aangewend omwille van andere doeleinden dan die waarvoor die bevoegdheden hem verleend zijn.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Luidens artikel 374, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 beschikt een ambtenaar van de administratie der directe belastingen, met een hogere graad dan die van controleur, teneinde de behandeling van het bezwaarschrift te verzekeren, over de bewijsmiddelen en de bevoegdheden die aan de administratie verleend zijn bij de artikelen 315 tot 318, 322 tot 330, 333 tot 336, 339 tot 343 en 346 tot 350.

Luidens het te dezen toepasselijk artikel 335 van dat wetboek is elke ambtenaar van een fiscaal staatsbestuur, die regelmatig belast is met een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van een bepaalde belasting bij een natuurlijke of rechtspersoon, van rechtswege gemachtigd alle inlichtingen te nemen, op te zoeken of in te zamelen welke de juiste heffing van alle door deze persoon verschuldigde andere belastingen kunnen verzekeren.

Krachtens het te dezen toepasselijk artikel 336 van dat wetboek kan elke inlichting, stuk, proces-verbaal of akte, in het uitoefenen van zijn functie ontdekt of verkregen door een ambtenaar van een fiscaal staatsbestuur, door de Staat worden ingeroepen voor het opsporen van elke krachtens de belastingwetten verschuldigde som.

Uit die bepalingen volgt dat de ambtenaar die op grond van artikel 374, eerste lid, van dat wetboek, belast is met de behandeling van een bezwaarschrift betreffende een aanslagjaar, de inlichtingen die hij op regelmatige wijze bij zijn onderzoek heeft ingewonnen, mag bezorgen aan de ambtenaar die verantwoordelijk is voor de belastingheffing voor een ander aanslagjaar.

Het middel dat van het tegenovergestelde uitgaat, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

18 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter* : de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-

generaal – *Advocaten*: mrs. H. Michel, Charleroi en T'Kint.

Nr. 684

1° KAMER - 18 november 2010

1° VENNOOTSCHAPPEN — HANDELSVENNOOTSCHAPPEN —
COOPERATIEVE VENNOOTSCHAPPEN - BESLOTEN VENNOOTSCHAP MET
ONBEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID - OPRICHTINGSAKTE - VERMELDING "GOED VOOR ONBEPERKTE EN
HOOFDELIJKE VERBINTENIS" - NOODZAAK - ONTBREKEN - GEVOLG

2° INKOMSTENBELASTINGEN — RECHTEN, TENUITVOERLEGGING EN
VOORRECHTEN VAN DE SCHATKIST - TENUITVOERLEGGING - BESLOTEN
VENNOOTSCHAP MET ONBEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID - VENNOOT - BELASTINGSSCHULDIGE -
INVORDERING EN TENUITVOERLEGGING TE ZIJNEN LASTE

1° *Uit artikel 147, tweede en derde lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en uit de parlementaire voorbereiding ervan volgt dat de vermelding "Goed voor onbepaalde en hoofdelijke verbintenis" slechts vereist is voor de inschrijving in het register van nieuwe vennoten en dat het ontbreken ervan de geldigheid niet aantast van de verbintenissen die de stichters in de oprichtingsakte van een dergelijke vennootschap hebben aangegaan¹. (Art. 147, Vennootschappenwet)*

2° *Aangezien de vennoot van een coöperatieve vennootschap met onbepaalde aansprakelijkheid persoonlijk gehouden is de ten name van die vennootschap ingekohierde belasting te betalen, is hij een belastingschuldige tegen wie de administratie de rechten kan uitoefenen die de wet haar toekent voor de invordering van de belasting².*

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. O. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR F.09.0106.F)

I. RECHTSPLEGGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen de arresten, op 12 juli 2007 en 30 mei 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 eerste en het derde als volgt zijn gesteld.

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek;

- de artikelen 144 en 145 van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 gecoördi-

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.684.

² *Ibid.*

neerde wetten op de handelsvennootschappen.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest van 30 mei 2008 oordeelt als volgt:

"Beide partijen zijn het, na nazicht op de rechtbank van koophandel, erover eens dat de coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid Nettoyage Perfect nooit een vennotenlijst heeft neergelegd bij het register van rechtspersonen van de rechtbank van koophandel te Brussel (bekendmaking aan derden), wat tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan behoort. Er werd evenmin een vennotenregister bijgehouden (bestemd voor de vennoten), wat de beweringen (van de verweerder) dat hij nooit een vennotenregister had getekend, bevestigt.

Voorts blijkt dat (de verweerder) in de oprichtingsakte van de vennootschap zijn handtekening niet heeft laten voorafgaan door de wettelijk verplichte handgeschreven vermelding 'Goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis'.

Volgens het vennootschapsrecht heeft (de verweerder) zich bijgevolg niet rechtsgeldig verbonden door zijn ondertekening van de oprichtingsakte van de litigieuze vennootschap.

Aangezien die bijzondere vermelding ontbreekt, bewijst (de eiser) dus niet ten genoegte van recht dat (de verweerder) een vennoot is van de vennootschap Nettoyage Perfect die hoofdelijk en onbeperkt gehouden is tot de schulden van die vennootschap.

Hij heeft bijgevolg niet het recht een titel te vorderen tegen (de verweerder) op grond van diens, uit de statuten voortvloeiende, hoedanigheid van vennoot die hoofdelijk en op onbeperkt aansprakelijk is voor de belastingschulden van de vennootschap".

Grievens

Uit de gegevens van het dossier waarover het hof van beroep beschikte, heeft het arrest niet kunnen afleiden dat de vermelding "Goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis" waarvan sprake is in artikel 147, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (thans artikel 357, §3, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen) ontbrak.

Het arrest baseert die gevolgtrekking op het beweerd niet voorhanden zijn van het vennotenregister en op het ontbreken van de voornoemde vermelding in de oprichtingsakte van de vennootschap Nettoyage Perfect.

Eerste onderdeel

Volgens het arrest "zijn beide partijen het, na nazicht op de rechtbank van koophandel, erover eens dat de coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid Nettoyage Perfect nooit een vennotenlijst heeft neergelegd bij het register van rechtspersonen van de rechtbank van koophandel te Brussel (bekendmaking aan derden), wat tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan behoort. Er werd evenmin een vennotenregister bijgehouden (bestemd voor de vennoten), wat de beweringen (van de verweerder) dat hij nooit een vennotenregister had getekend, bevestigt".

Door dit te vermelden, breidt het arrest de vaststellingen die het hof van beroep met betrekking tot de vennotenlijst heeft kunnen maken, ten onrechte uit tot het vennotenregister.

Artikel 147 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (thans artikel 357, §1, van het Wetboek van vennootschappen) bepaalt immers dat genoemd register bewaard wordt op de zetel van de vennootschap, en het (hof van beroep) had, buiten de eenzijdige verklaring (van de verweerder), geen enkele grond om uitspraak te doen over het al dan niet bestaan van dat register.

Indien een dergelijk register bestond en de vermelding "Goed voor ..." wel degelijk voorkwam op het bewijskrachtig stuk dat erbij gevoegd moet worden, zou de vennoot er

uiteraard belang bij gehad hebben het niet neer te leggen.

Aldus kon het feit dat dit onontbeerlijk document niet werd neergelegd voor het hof van beroep geen reden opleveren om de eenzijdige verklaringen (van de verweerder) te bekrachtigen, maar moest het, integendeel, in (eisers) voordeel uitvallen.

Het arrest van 30 mei 2008 dat beslist dat er nooit een vennotenregister heeft bestaan en zich daartoe enkel baseert op de eenzijdige verklaringen (van de verweerder), schendt de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek et 870 van het Gerechtelijk Wetboek, miskent de algemene beginselen van het bewijsrecht alsook die van het recht van verdediging (van de eiser) die uiteraard niet kan uitmaken of bepaalde vermeldingen al dan niet voorkomen op een stuk dat niet tijdens het debat is overgelegd.

Tweede onderdeel

Artikel 147, tweede en derde lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen luidt als volgt: "Het orgaan dat instaat voor het bestuur wordt belast met de inschrijvingen. De inschrijvingen geschieden op grond van documenten met bewijskracht, die gedagtekend en ondertekend zijn. Zij vinden plaats in de volgorde van hun datum van voorlegging.

Ten aanzien van de coöperatieve vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid verbindt de in het vorige lid bedoelde handtekening de ondertekenaar slechts op voorwaarde dat zij wordt voorafgegaan door de met de hand geschreven vermelding 'Goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis'".

Voor wat de stichtende vennoten betreft, wordt aanvaard dat het bewijskrachtig document op grond waarvan de inschrijving in het vennotenregister geschiedt, een origineel exemplaar is van de oprichtingsakte van de vennootschap (H. Du Faux, Les sociétés coopératives, Rép. not., deel XII, boek V, p. 76, nr. 61), wat door het arrest van 12 juli 2007 wordt erkend.

Het vereiste van de vermelding "Goed voor ..." heeft evenwel betrekking op het bijhouden van het vennotenregister en niet op de oprichting van de vennootschap zelf. Het slaat enkel op het exemplaar van de oprichtingsakte dat moet dienen als bewijskrachtig document en dat in bijlage bij het vennotenregister bewaard moet worden teneinde de raadpleging en de controle ervan te vergemakkelijken (Cf. Gedr. St., Senaat, 1990 - 1991, nr. 1374/1, 69) en niet op de oprichtingsakte zelf. Bijgevolg kon uit het ontbreken van die vermelding in de versie van de oprichtingsakte die aan het hof van beroep werd overgelegd, zijnde de akte die werd geregistreerd op 10 december 1993 en waarvan uittreksels in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad werden bekendgemaakt, geen enkele gevolgtrekking worden gemaakt.

Zoals in het arrest van 12 juli 2007 vermeld, wordt het niet betwist dat de verplichte vermeldingen voorkomen in de oprichtingsakte van de vennootschap Nettoyage Perfect en blijkt (de verweerder) wel degelijk de derde stichtende vennoot van de vennootschap te zijn. In het licht van de stukken waarvan het hof (van beroep) kennis kon nemen, had het geen enkele gegronde reden om op die beoordeling teruggekomen.

Aangezien uit de bestreden arresten valt af te leiden dat de oprichtingsakte van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid moet voldoen aan de vereisten van artikel 147, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen voegen ze aan de artikelen 144 en 145 van die wetten, waarin de vermeldingen worden vastgesteld die verplicht moeten voorkomen in de oprichtingsakte van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid, voorwaarden toe en schenden ze bijgevolg die bepalingen.

Derde middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 352, inzonderheid tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en 141, inzonderheid §3, van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen;
- artikel 366 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992;
- de artikelen 133, inzonderheid eerste lid, 154 en 165 van het koninklijk besluit van 27 april 1993 tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest van 12 juli 2007 oordeelt als volgt:

"(De eiser) voert tevergeefs aan dat de uitvoerbare titel die hij bezit ten laste van de vennootschap Nettoyage Perfect en die in de vennootschapbelasting is ingekohierd 'automatisch uitgebreid' kan worden tot de vennoot van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, en dus tot degene die op grond van het vroegere artikel 147 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen hoofdelijk gehouden is voor de schulden van de vennootschap.

Zoals de eerste rechter terecht heeft beslist, berust een dergelijke uitbreiding op geen enkele wettelijke grondslag en hebben de door (de eiser) geciteerde arresten van het (Hof) betrekking op de echtgenoot.

Voor de inkomstenbelastingen vormt het kohier de wettelijke heffingstitel die uitvoerbaar wordt verklaard door de directeur der belastingen.

Het is een authentieke akte waarbij de administratie voor zichzelf een titel aanmaakt tegen de belastingplichtige en haar wil te kennen geeft om de betaling van de belasting te eisen terwijl de uitvoerbaar verklaring een bevel is aan de belastingschuldige om de geëiste belasting te betalen op straffe daartoe te worden gedwongen..

In deze zaak staat vast dat de uitvoerbare titels (waarvan de aanslagbiljetten niet voor het hof (van beroep) zijn neergelegd) de kohieren, gesteld zijn ten name van één enkele belastingschuldige, de coöperatieve vennootschap, voor de vennootschapsbelastingen en de administratieve geldboetes.

In beginsel geeft het kohier dat ten name van een welbepaalde belastingplichtige uitvoerbaar verklaard is, de ontvanger niet het recht, om zonder een andere titel, diezelfde belasting in te vorderen op de goederen van een derde, maar uitsluitend ten laste van de belastingplichtige ten name van wie het kohier is opgemaakt.

Er bestaan bijzondere bepalingen, die afwijken van het gemene recht, en uitzonderingen op dat beginsel invoeren en waarvan het bestaan dat beginsel alleen maar kracht bijzet.

Geen enkele bepaling van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, zoals het van toepassing is op de litigieuze aanslag, voorziet echter in de mogelijkheid de vennootschapsbelasting op basis van een uitvoerbaar kohier dat opgemaakt is ten name van de belastingplichtige vennootschap in te vorderen van een derde natuurlijke persoon, in dit geval een persoon die krachtens het vennootschapsrecht hoofdelijk schuldenaar is.

De administratie geniet slechts van het voordeel van het vermoeden van wettelijkheid en van de ambtshalve tenuitvoerlegging mits zij voor zichzelf een titel heeft aangemaakt en zij in staat geweest is dat te doen. De titel die zij voor zichzelf heeft aangemaakt tegen een welbepaalde belastingplichtige geeft haar niet het recht die zelfde belasting in te vorderen op de goederen van een derde, behoudens een door de wetgever uitdrukkelijk bepaalde uitzondering.

Dat was niet het geval toen zij overging tot de betwiste aanslag, aangezien het nieuwe artikel 393 §2 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, pas werd ingevoegd

door een wet van 24 april 2007 die in werking trad op 18 mei 2007".

Grieven

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 14 juni 2007 precies het tegenovergestelde beslist:

"Artikel 352, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen (voorheen artikel 141, §3, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen) bepaalt dat wanneer een coöperatieve vennootschap kiest voor de onbeperkte aansprakelijkheid, de vennoten persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap.

Krachtens artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek kan elke hoofdelijk verplichte schuldenaar voor het geheel van de schuld worden aangesproken.

Aangezien de vennoot persoonlijk gehouden is tot betaling van de belasting die vastgesteld is ten name van de coöperatieve vennootschap, is hij een belastingschuldige ten laste van wie de administratie de rechten kan doen gelden die de wet haar verleent met het oog op de invordering van de belasting.

Het arrest dat oordeelt dat geen enkele bepaling van het Wetboek van de inkomstenbelastingen in de mogelijkheid voorziet om de vennootschapsbelasting op grond van een ten name van de belastingplichtige coöperatieve vennootschap uitvoerbaar kohier in te vorderen ten laste van een derde natuurlijke persoon, in casu een krachtens het vennootschapsrecht hoofdelijke schuldenaar verantwoordt zijn beslissing niet naar recht".

Uit dat arrest valt af te leiden dat de vennoot van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, in de zin van artikel 133 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de belasting verschuldigd is die ten name van de vennootschap is ingekohierd, en, bijgevolg, dat de ontvanger gerechtigd is die belasting op grond van het kohier in te vorderen van de vennoot. Zodra iemand de hoedanigheid heeft van schuldenaar van een belasting, ook al is die ingekohierd ten name van een andere persoon, die eveneens dezelfde belasting verschuldigd is, heeft het kohier zijn volle uitwerking, zowel op het vlak van de rechtsmiddelen als op dat van de verplichting tot betaling van de schuld.

De ontvanger beschikt dus over dezelfde rechten ten aanzien van de vennoot van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid als ten aanzien van de vennootschap zelf ten name van wie de belasting is ingekohierd.

(Een) vroeger arrest van 16 september 2004 had die regel al in aanmerking genomen.

Het arrest dat het tegenovergestelde beslist, verantwoordt die beslissing dus niet naar recht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Tweede onderdeel

De artikelen 144 en 145 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, die in deze zaak van toepassing zijn, sommen de vormvereisten van de oprichtingsakte op. Ze vermelden niet dat de akte de litigieuze vermelding "Goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis" moet bevatten.

Krachtens artikel 147, tweede en derde lid, van de voornoemde gecoördineerde wetten geschieden de inschrijvingen in het vennotenregister van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van bewijskrachtige documenten die gedagtekend en ondertekend zijn; die

handtekening verbindt de ondertekenaar slechts op voorwaarde dat zij wordt voorafgegaan door de voornoemde met de hand geschreven vermelding.

Uit die teksten en uit de parlementaire voorbereiding van artikel 147 volgt dat die vermelding slechts vereist is voor de inschrijving in het register van nieuwe vennoten en dat het ontbreken ervan de geldigheid niet aantast van de verbintenissen die de stichters in de oprichtingsakte van een dergelijke vennootschap zijn aangegaan.

Het bestreden arrest van 30 mei 2008 dat zijn beslissing dat "(de verweerder), volgens het vennootschapsrecht (...) zich (...) niet rechtsgeldig (heeft) verbonden door zijn ondertekening van de oprichtingsakte van de litigieuze vennootschap", grondt op de reden dat "blijkt dat (de verweerder) op de oprichtingsakte van de vennootschap zijn handtekening niet heeft laten voorafgaan door de wettelijk verplichte handgeschreven vermelding 'Goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis'", schendt de voornoemde bepalingen.

Het onderdeel is gegrond.

Derde middel

Over de door de verweerders tegen het middel aangevoerde grond van niet-ontvankelijkheid: het middel heeft geen belang

Gelet op de beslissing van het Hof over het eerste middel, heeft het derde middel wel degelijk belang.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Over de gegrondheid van het middel

Artikel 141, §3, van de gecoördineerde wetten op handelsvennootschappen, dat te dezen van toepassing is, bepaalt dat, wanneer een coöperatieve vennootschap geopteerd heeft voor de onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten, deze persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap.

Krachtens artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek kan elke hoofdelijk gehouden schuldenaar voor het geheel van de schuld worden aangesproken.

Aangezien de vennoot van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid persoonlijk gehouden is de ten name van die vennootschap ingekohierde belasting te betalen, is hij een belastingschuldige tegen wie de administratie de rechten kan uitoefenen die de wet haar toekent voor de invordering van de belasting.

Het bestreden arrest van 12 juli 2007 dat oordeelt dat "geen enkele bepaling van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, zoals het van toepassing (was) op de litigieuze aanslag, (...) in de mogelijkheid (voorziet) de vennootschapsbelasting op basis van een uitvoerbaar kohier dat opgemaakt is ten name van de belastingplichtige vennootschap in te vorderen van een derde natuurlijke persoon, in dit geval een persoon die krachtens het vennootschapsrecht hoofdelijk schuldenaar is", verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond

Overige grieven

De overige grieven, die niet tot ruimere cassatie kunnen leiden, hoeven niet te worden onderzocht.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest van 12 juli 2007, behalve in zoverre het uitspraak doet over het incidenteel hoger beroep.

Vernietigt het bestreden arrest van 30 mei 2008, behalve in zoverre het eisers vordering tot schadevergoeding niet-gegrond verklaart.

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

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

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

18 november 2010 – 1° kamer – *Voorzitter* : de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. T'Kint en L. Deklerck, Brussel.

Nr. 685

1° KAMER - 18 november 2010

VERJARING — BELASTINGZAKEN — STUITING - BOETES - INNING - DAGVAARDING
IN RECHTE - CONCLUSIE VAN DE EISER - NEERLEGGING OP DE GRIFFIE - INHOUD - DRAAGWIJDTE -
GEVOLG

Het arrest verantwoordt naar recht zijn beslissing dat de neerlegging van de conclusie van de eiser de verjaring van de inning van de litigieuze boetes niet heeft gestuit, op grond van de overweging dat hij "in zijn conclusie van 25 oktober 1991 geen enkele vordering heeft ingesteld op grond waarvan hij, indien zij werd aangenomen, de inning van de litigieuze boetes had kunnen vorderen" en dat de eiser in zijn conclusie "enkel gevorderd heeft dat de vorderingen van de verweerster niet-gegrond zouden worden verklaard"¹. (Art. 2244, BW)

(BELGISCHE STAAT, Minister van Financiën T. ETABLISSEMENTS VICTOR TAMINES nv)

ARREST (*vertaling*)

(AR F.09.0125.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 29 mei 2009 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Raadsheer Gustave Steffens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr.685.

De eiser voert twee middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepaling

- Artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest stelt met name vast dat op 11 september 1986 tegen de verweerster die een groothandel in wijn en sterke drank heeft en op grond daarvan onderworpen is aan de belasting over de toegevoegde waarde, proces-verbaal werd opgemaakt over verscheidene onregelmatigheden, waaronder het uitreiken van onregelmatige facturen, het niet-bijhouden van bestel- en consignatiebons, alsook het niet-meedelen van reisorders, dat de verweerster "verklaarde het niet eens te zijn met de vastgestelde onregelmatigheden en op 24 oktober 1986 een afstand ondertekende van de verlopen tijd van de verjaring". Vervolgens zegt het voor recht "dat de vordering tot inning van de boetes die (de eiser) heeft ingesteld op grond van het proces verbaal van 11 september 1986 verjaard is". Het baseert die beslissing op de onderstaande redenen:

"(De eiser) houdt tevens tevergeefs staande dat de conclusie die hij voor de eerste rechter heeft neergelegd geldt als verjaringstuitende dagvaarding in de zin van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, aangezien (de eiser) - die over geen enkele uitvoerbare titel beschikt voor de invordering van de litigieuze belasting - in zijn vóór 25 oktober 1991 neergelegde conclusie geen enkele eis heeft ingesteld op grond waarvan hij, indien deze werd aangenomen, de inning van die boetes had kunnen benaarstigen. De neerlegging van (eisers) conclusie waarin enkel wordt gevraagd dat de vordering van de (verweerster) niet-gegrond wordt verklaard kon dus evenmin tot gevolg hebben dat de verjaring van de inning van de litigieuze boetes werd gestuit".

Grieven

In de zin van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek moet het begrip "dagvaarding voor het gerecht" uitgelegd worden als elke vordering van een partij die het bestaan van een bedreigd recht wil doen erkennen (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e ed., Brussel, Bruylant, deel VII, 1957, p. 1064, nr. 1172).

De vordering die een van de partijen in de loop van een geding bij conclusie instelt, heeft dezelfde gevolgen als de dagvaarding tot stuiting van de verjaring. Zij vormt immers de uiting in rechte van het voornemen het recht waarop het geding betrekking heeft niet te verliezen.

Een conclusie van de fiscus kan een vordering uitmaken die onder de gangbare betekenis valt van de in artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde "dagvaarding voor het gerecht" omdat zijn recht niet kan vervallen tijdens het geding waarin hij het wil doen erkennen.

De conclusie die de eiser vóór 25 oktober 1991 op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg heeft neergelegd naar aanleiding van het fiscale geding dat was ingesteld tegen de litigieuze boetes is dus een daad van burgerlijke stuiting die uitgaat van de houder van het bedreigde recht en staat gelijk met een dagvaarding voor het gerecht.

Die conclusie strekte immers ertoe:

" - de vordering niet-gegrond te doen verklaren en de rechtsvordering van de (verweerster) te verwerpen;

- de (verweerster) te doen veroordelen in de kosten van het geding".

Met toepassing van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek werd de verjaring van de invordering gestuit door de neerlegging van de conclusie van de eiser op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel en vervolgens werd zij gedurende het gehele

rechtsgeding geschorst tot de uitspraak van het arrest door het hof van beroep te Brussel op 29 mei 2009.

Het arrest dat beslist dat de conclusie die de eiser voor de eerste rechter heeft neergelegd, niet geldt als gedingstuitende dagvaarding in de zin van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek schendt dus die wetsbepaling.

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Krachtens artikel 2244, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek stuit een dagvaarding voor het gerecht de verjaring.

Onder dagvaarding in de zin van die bepaling moet worden verstaan elke vordering van een partij die het bestaan van een bedreigd recht in rechte wil doen erkennen.

De neerlegging van een conclusie op de griffie van het gerecht waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, stuit de verjaring ten voordele van de partij die heeft geconcludeerd mits die conclusie een vordering bevat die ertoe strekt het bestaan van zijn recht in rechte te doen erkennen.

Het arrest oordeelt dat de eiser " in zijn vóór 25 oktober 1991 neergelegde conclusie geen enkele eis heeft ingesteld op grond waarvan hij, indien deze werd aangenomen, de inning van de (litigieuze) boetes had kunnen benaarstigen" en dat de eiser in zijn conclusie "enkel gevorderd heeft dat de eisen van (de verweerster) niet-gegrond zouden worden verklaard".

Het arrest verantwoordt aldus naar recht zijn beslissing dat de neerlegging van de conclusie van de eiser de verjaring van de inning van de litigieuze boetes niet heeft gestuit.

Het middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eiser in de kosten.

18 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Mathieu, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Steffens – *Andersluidende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. TKint.

Nr. 686

3^o KAMER - 22 november 2010

**1^o ADVOCaat - ORDE VAN VLAAMSE BALIES - REGLEMENT VAN DE ORDE VAN VLAAMSE
BALIES VAN 21 NOVEMBER 2007 - ARTIKEL 1 - DRAAGWIJDTE**

2^o FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK
AKKOORD — ALGEMEEN - INSOLVENTIE - WEDERZIJDSE SCHULDVORDERINGEN VAN
ONDSCHIEDEN GEFALLEERDEN - EENZELFDE CURATOR - GEVOLG

1^o Artikel 1 van het reglement van de Orde van Vlaamse Balies van 21 november 2007 heeft geen uitstaans met de aanstelling door de rechtbank van een advocaat als curator, maar op de op deze laatste hierbij rustende deontologische plicht. (Art. 1, Reglement van de Orde van Vlaamse Balies 21 nov. 2007)

2^o De enkele omstandigheid dat onderscheiden gefailleerden, voor wie een zelfde curator wordt aangesteld, schuldvorderingen op elkaar hebben, impliceert niet dat in hoofde van die curator een tegenstrijdigheid van belangen ontstaat in de zin van artikel 30 van de Faillissementswet die zijn aanstelling in de weg staat. (Art. 30, Faillissementswet 1997)

(CITY GARDENS 5, gewone commanditaire vennootschap e.a. T. DEXIA BANK BELGIE nv e.a.)

ARREST

(AR C.09.0302.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 29 januari 2009 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

De zaak is bij beschikking van de eerste voorzitter van 26 oktober 2010 verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift drie middelen aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. De appelrechters stellen vast dat de eerste verweerster op 27 september 2007 een vordering tot faillietverklaring heeft ingesteld wegens het niet terugbetalen van door haar verleende kredieten. Door te oordelen dat de eerste verweerster op 16 oktober 2007 tegenover alle eiseressen over een opeisbare en vaststaande schuldvordering beschikte die provisioneel wordt begroot op minstens één miljoen euro, zonder dat wordt vastgesteld dat zich tussen 27 september 2007 en 16 oktober 2007 enige wijziging heeft voorgedaan, geven de appelrechters te kennen dat deze schuldvordering reeds op 27 september 2007 bestond.

Het middel berust op een onjuiste lezing van het arrest en mist derhalve feitelijke grondslag.

Tweede middel

Eerste onderdeel

2. De appelrechters verwerpen en beantwoorden het bedoelde verweer met de redenen vermeld onder randnummer X van het arrest.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

3. Artikel 1 van het reglement van de Orde van Vlaamse Balies van 21 november 2007 heeft geen uitstaans met de aanstelling door de rechtbank van een advocaat als curator, maar op de op deze laatste hierbij rustende deontologische plicht.

Het onderdeel is in zoverre niet ontvankelijk.

4. De enkele omstandigheid dat onderscheiden gefailleerden, voor wie een zelfde curator wordt aangesteld, schuldvorderingen op elkaar hebben, impliceert niet dat in hoofde van die curator een tegenstrijdigheid van belangen ontstaat in de zin van artikel 30 van de Faillissementswet die zijn aanstelling in de weg staat.

In zoverre het onderdeel van een andere rechtsopvatting uitgaat, faalt het naar recht.

Derde middel

Eerste onderdeel

5. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de eerste verweerster de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep van de eiseres sub 9 heeft aangevoerd om reden dat de eiseres sub 9 in haar hoedanigheid van bestuurder geen eigen belang had dat onderscheiden is van de vennootschap.

Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de appelrechters het hoger beroep van de eiseres sub 9 niet ontvankelijk verklaarden op een grond die niet in het debat was, mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

6. De appelrechters die vaststellen dat de eiseres sub 9 als zaakvoerder van de eiseres sub 8 is tussengekomen in het door deze vennootschap ingestelde verzet en de eiseres sub 8 reeds vóór het door de eiseres sub 9 neergelegde verzoekschrift hoger beroep had ingesteld en voorts oordelen dat de eiseres sub 9 geen onderscheiden belang meer had om in de vermelde hoedanigheid nog afzonderlijk hoger beroep in te stellen, beslissen op wettige wijze dat het hoger beroep van de eiseres sub 9 niet ontvankelijk is.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

22 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter* : de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijkkluidende conclusie* van mevr. Mortier, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Maes, De Baets en Geinger.

Nr. 687**3° KAMER - 22 november 2010****1° ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — WILLEKEURIG ONTSLAG -**

WERKLIEDEN - WILLEKEURIGE AFDANKING - MOTIEF IN VERBAND MET DE GESCHIKTHEID OF HET GEDRAG VAN DE WERKMAN - KENNELIJK ONREDELIJK KARAKTER - GEVOLG

2° ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — WILLEKEURIG ONTSLAG - GEDRAG

OF GESCHIKTHEID VAN DE WERKMAN - BEOORDELING - TAAK VAN DE RECHTER - TOEZICHT DOOR HET HOF

1° *Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de regeling van de willekeurige afdanking het verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt, zodat een motief in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werkman toch willekeurig is wanneer dit motief kennelijk onredelijk is*¹. (Art. 63, Arbeidsovereenkomstenwet)

2° *Het komt de feitenrechter toe te oordelen of het gedrag of de geschiktheid van de werkman waarmee het ontslag verband houdt, een legitieme ontslagreden vormt, terwijl het Hof slechts nagaat of de rechter daarbij het rechtsbegrip "willekeurige afdanking" dat aan het toezicht van het Hof is onderworpen niet miskent*². (Art. 63, Arbeidsovereenkomstenwet)

(ECONET VLAAMS BRABANT vzw T. B.)

Conclusie van Mevrouw de advocaat-generaal Mortier:

1. De wetsgeschiedenis met betrekking tot het begrip "willekeurig ontslag"

1.1. Reeds door de wet van 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, werd in de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor de werklieden een bepaling ingevoegd die neerkwam op het positiefrechtelijk inschakelen van het begrip rechtsmisbruik in het ontslagrecht. Er werd een bijzondere schadevergoeding voorzien ingeval van willekeurig ontslag van voor onbepaalde tijd aangeworven werklieden³.

In het kader van de parlementaire werkzaamheden werden willekeurige afdankingen beschouwd als afdankingen die weliswaar gebeurden met inachtneming van de opzeggingstermijnen, maar die ingegeven zijn door verkeerde motieven. Als voorbeelden werden aangehaald: het ontslag omwille van de verplichte loonschaal die te hoog wordt geacht, het opeisen van het rechtmatig loon door de werkman, het weigeren om te werken op een wettelijke feestdag, terwijl dit niet in de arbeidsovereenkomst werd bedongen, noch een afwijking werd bekomen op het regime van de vijfdagenweek zoals bepaald in de collectieve arbeidsovereenkomst. Als niet-willekeurig werd beschouwd het ontslag in het kader van de sanering van het bedrijf of van een werkman die onvoldoende rendement heeft⁴.

De minister wees er op dat de bepaling van het begrip "willekeurig ontslag" een delicate zaak kan zijn, vermits geen definitie van dit begrip gegeven wordt. Ingeval van een ruime omschrijving kan men dan gaan van een ontslag met het werkelijk oogmerk om te schaden tot een gewone afkeurenswaardige lichtzinnigheid via machtsafwendings. Er werd gewezen op de Franse rechtspraak waar als niet willekeurig werd beschouwd de

1 Zie de andersluidende conclusie van het openbaar ministerie.

2 *Ibid.*

3 W. VAN EECKHOUTTE, Sociaal compendium, 2009-2010, nr. 4300.

4 Kamer van Volksvertegenwoordigers, Wetsontwerp tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag namens de commissie voor de tewerkstelling en de arbeid, 1968-1969, 270/7, 37-38.

afdanking op grond van de schuld van de loontrekkende, of om redenen van economische aard die verband houden met de organisatie en de werking van de onderneming waarover alleen de werkgever kan oordelen.

1.2. Tevens werd door de minister gewezen op de beweegredenen die zijn opgesomd in de internationale aanbeveling nr.119 betreffende beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever, die door de Internationale Arbeidsconferentie werd aangenomen op 26 juni 1963.

Deze aanbeveling stelde algemene normen vast welke in geval van beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever dienen in acht genomen te worden.

Als algemeen hoofdprincipe wordt gesteld dat geen ontslag mag gegeven worden zonder dat daarvoor een geldige reden aanwezig is, welke verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van een werknemer of gesteund is op de behoeften van de werking van de onderneming. Zo worden niet als geldige reden aanvaard: de aansluiting bij een vakvereniging, deelname aan vakverenigingsactiviteiten buiten de werkuren, het dingen naar, het uitoefenen of uitgeoefend hebben van de functie van werknemersvertegenwoordiger.

In de aanbeveling komen ook bepalingen voor betreffende het recht om tegen een ongerechtvaardigde ontslagmaatregel op te komen bij een orgaan dat bevoegd is om de ter rechtvaardiging van het ontslag aangevoerde motieven, alsmede andere ter zake dienende omstandigheden te onderzoeken en zich uit te spreken over de rechtmatigheid van het ontslag⁵.

1.3. De arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 omschreef in artikel 63 wel wat onder willekeurig ontslag moet verstaan worden.

Krachtens het eerste lid van dit artikel wordt, voor de toepassing van dit artikel, onder willekeurige afdanking verstaan het ontslag van een werkmán die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmán of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

1.3.1. Uit de parlementaire voorbereidende werken blijkt dat de wetgever met de nieuwe wet op de arbeidsovereenkomsten niet enkel een coördinatie van bestaande wetten beoogde maar men ook van de gelegenheid gebruik wou maken de rechtsbescherming van de werknemers die door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn te verbeteren en meer rechtszekerheid te brengen in de betrekkingen tussen werkgevers en werknemers⁶.

Zo zou het aanbrengen van verbeteringen in de wettelijke bepalingen betreffende het willekeurig ontslag van arbeiders, welke een motivering a posteriori van het ontslag en het gerechtelijk toezicht op die motivering in geval van betwisting in zich houden, bijdragen tot het waarborgen van een betere stabiliteit van de betrekking⁷.

1.3.2. De tekst van artikel 63 werd ingevoegd via een amendement van de Regering die hiermee beoogde tegemoet te komen aan de aanbeveling nr.119 van de Algemene conferentie van de Internationale arbeidsorganisatie.

Voor de definitie van wat onder willekeurig ontslag wordt verstaan werd dan ook teruggevallen op wat in deze aanbeveling werd vermeld. De minister stelde dat als willekeurig moet beschouwd worden elk ontslag waarvoor geen geldige reden bestaat in de zin van de aanbeveling nr.119.⁸

5 Zie Kamer van Volksvertegenwoordigers, Mededeling door de regering aan het parlement betreffende (onder andere) aanbeveling nr. 119, 1966-1967, 460, 3-4

6 Kamer, wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomsten, 1977-1978 - 293/4-1-3.

7 Kamer, wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomsten, 1977-1978, -293/4, 4.

8 Senaat, Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag van de commissie voor tewerkstelling, arbeid en sociale voorzorg, 1977-1978, 258/2, 130.

1.3.3. Ook de werknemersvertegenwoordigers in de Nationale Arbeidsraad stelden in het advies nr.541 van 20 december 1976 voor, in onze wetgeving een beginsel in te schrijven volgens hetwelk geen enkel ontslag zonder geldige reden mag worden gegeven. Het inschrijven van een dergelijk beginsel in onze wetgeving zou niet alleen bijdragen tot het stabiliseren van de contractuele betrekkingen tussen werkgevers en werknemers maar zou tevens onze nationale wetgeving in overeenstemming brengen met de wetgeving van onze buurlanden en gevolg geven aan de aanbevelingen van internationale instanties zoals Aanbeveling nr.119⁹.

1.4. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat met het begrip "willekeurig ontslag" het ontslag werd bedoeld waarvoor een verkeerde of geen (rechts)geldige reden bestaat, met andere woorden een reden (een gedrag) die (dat) nooit een gerechtvaardigde reden kan uitmaken voor ontslag.

2. Het begrip "gedrag van de werkman"

Bij de beoordeling of een ontslag "willekeurig is" staat het begrip "gedrag van de werkman" centraal.

2.1. Met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt het begrip "gedrag" in diverse nationale wetgevingen over het algemeen begrepen in de zin van een fout die betrekking heeft, hetzij op de slechte uitvoering van contractuele taken, hetzij een laakbaar gedrag van aard om het werkmilieu te verstoren of de uitvoering van de taken te beïnvloeden¹⁰.

2.2. Uw Hof aanvaardt dat het ontslag van een werkman om redenen die verband houden met zijn gedrag, niet vereist dat dit gedrag foutief was. Niet foutief gedrag kan dus in aanmerking komen als gedrag in de zin van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Zo zal het feit dat de rechter een dringende reden tot ontslag niet aanvaardt, dit het ontslag niet ipso facto willekeurig maken. De rechter kan nog steeds het verband tussen het gedrag van de werkman en het ontslag vaststellen.

Dit standpunt werd trouwens ook ingenomen door de minister tijdens de parlementaire besprekingen met betrekking tot artikel 63¹¹.

In die zin werd bij arrest van 22 januari 1996¹² geoordeeld dat de rechter die vaststelt dat de werkman wordt ontslaan omdat hij op onregelmatige wijze heeft gewerkt voor een concurrerend bedrijf, maar hij ook prestaties heeft geleverd tijdens de normale rusturen waardoor de veiligheid van de reizigers in de bus die hij in het kader van zijn arbeidsovereenkomst moest besturen, mogelijk in het gedrang kon komen, maar die oordeelt dat deze feiten geen dringende reden uitmaken die het onmiddellijk ontslag van de werkman kunnen verantwoorden, toch aanneemt dat het ontslag verband houdt met het gedrag van de werkman en hij dus niet wettig kan oordelen dat het ontslag willekeurig was.

Bij arrest van 7 mei 2001¹³ werd geoordeeld dat de rechter die vaststelt dat een werkman wordt ontslagen omdat hij met toestemming van zijn dienstoverste materiaal van zijn werkgever meeneemt naar huis, maar die oordeelt dat dit niet als een gedraging kan worden bestempeld waarop een redelijk ontslagmotief kan worden gesteund en er

9 Senaat, Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag van de commissie voor tewerkstelling, arbeid en sociale voorzorg, 1977-1978, 258/2, 128.

10 CLESSE J., *Congé et contrat de travail*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, p.163.

11 Kamer, wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag namens de commissie voor de tewerkstelling en de arbeid, 1977-1978, 293/4, 21.

12 Cass. 22 januari 1996, AR S.95.0092.F, AC, 1996, nr. 48.

13 Cass. 7 mei 2001, AR S.00.0147.N, JTT 2001, 407.

geen tekortkoming in hoofde van de werknemer kan aangetoond worden, niet wettig beslist dat het ontslag willekeurig is omdat de rechter aanneemt dat het ontslag verband houdt met het gedrag van de werknemer.

Bij arrest van 6 juni 1994¹⁴ werd geoordeeld dat wanneer de rechter vaststelt dat de werknemer wordt ontslagen omdat hij geweigerd heeft te helpen bij het onderhoud van de werkplaats, maar hij oordeelt dat het ontslag nogal lichtvaardig is gebeurd naar aanleiding van een toevallig en onbelangrijk voorval, hij niet wettig kan beslissen dat het ontslag willekeurig is omdat men niet wettig uit die vermeldingen kan afleiden dat het ontslag geen verband hield met het gedrag van de werknemer.

2.3. Ook in de rechtsleer wordt meestal aanvaard dat, bij ontstentenis van enige specificatie in de wettekst zelf, het aannemelijk lijkt dat artikel 63 geen onderscheid maakt tussen foutief en niet-foutief gedrag¹⁵.

2.4. Kunnen deze arresten evenwel leiden tot de stelling dat uw Hof de zogenaamde "theorie van de legitieme ontslagredenen" heeft afgewezen?

De voorstanders van deze theorie stellen immers dat het ontslag dat steunt op een gedraging van de werknemer niettemin willekeurig is wanneer de betrokken foutieve of niet-foutieve gedraging het ontslag niet rechtvaardigt, bijvoorbeeld omdat het ontslag gebeurt als represaille of met miskennis van het proportionaliteitsbeginsel, of wanneer vastgesteld wordt dat het ontslag niet in verhouding staat met het al dan niet foutief gedrag van de werknemer¹⁶.

In bepaalde rechtsleer wordt dan ook gesteld dat Uw Hof in voormelde arresten heeft geoordeeld dat, van zodra men aanneemt dat een vastgesteld gedrag de reden voor het ontslag vormt, niet wettig kan geoordeeld worden dat het ontslag geen verband houdt met het gedrag, om de enkele reden dat dit gedrag geen legitieme ontslagredenen is.

In het licht van deze kritiek verdient de rechtspraak van uw Hof enige verduidelijking.

3. Het oorzakelijk verband tussen gedrag en ontslag, en de bewijslast.

3.1. Bij het beoordelen van het al dan niet willekeurig karakter van het ontslag, staat niet enkel het gedrag van de werkmán, maar ook de problematiek van het oorzakelijk verband tussen het gedrag van de werkmán en zijn ontslag centraal.

Waar willekeurig ontslag een ontslag is om redenen die geen verband houden met het gedrag van een werkmán, zal een ontslag willekeurig zijn wanneer geen gedrag van de werkmán voorligt of wanneer een (foutief of niet-foutief) gedrag in hoofde van de werknemer voorligt, maar er geen verband wordt aangetoond tussen dit gedrag en het ontslag.

Het verband tussen het gedrag van de werknemer en zijn ontslag kan enkel een oorzakelijk verband zijn, in die zin dat het gedrag van de werknemer de oorzaak moet zijn van het ontslag.

Het bestaan van enig verband volstaat hierbij niet. Het gedrag moet de determinerende reden zijn voor de werkgever om tot het ontslag over te gaan.

Er is in die zin geen oorzakelijk verband tussen het gedrag van de werknemer en het

14 Cass. 4 juni 1994, AR S.93.0131.F, AC, 1994, nr. 289.

15 zie J. CLESSE, M. JAMOULLE, Examen de jurisprudence (1978-1981), *Contrat de travail, RCJB*, 1983, p. 670; M. JOURDAN, le licenciement abusif de l'ouvrier. Evolutions, in C.-E. CLESSE et S. GILSON, *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 71.

Zie ook de rechtsleer aangehaald door M. DE VOS, Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán niet willekeurig maakt, *RW* 1996-1997, 737, nr. 5.

16 Zie de rechtsleer vermeld door M. DE VOS, Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán niet willekeurig maakt, *RW* 1996-1997, 737, nr. 5.

ontslag, wanneer het ontslag er ook zou gekomen zijn zonder dat de werkmán het ingeroepen gedrag had vertoond.

Een ontslag zal dus willekeurig zijn wanneer de ingeroepen feiten geen verband houden met het ontslag, of nog wanneer de feitenrechter vaststelt dat het ontslagmotief dat door de werkgever wordt opgegeven niet de werkelijke reden is voor het ontslag, doch slechts een voorwendsel¹⁷.

3.2. Met betrekking tot de bewijslast bepaalt het tweede lid van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat het bij betwisting aan de werkgever behoort het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen.

De werkgever zal hierbij niet enkel het bewijs moeten leveren van het gedrag van de werkmán, maar ook van het oorzakelijk verband tussen dit gedrag en het ontslag¹⁸.

In tegenstelling tot de figuur van het "rechtsmisbruik" waarmee gewezen wordt op het abnormaal uitoefenen van het ontslagrecht werd ontslag in de context van artikel 63 een doelgebonden bevoegdheid. Het ontslag moet gesteund zijn op een reden en die reden moet verband houden met het gedrag van de werknemer of het belang van de onderneming. Het is aan de werkgever om aan te tonen dat het ontslag "normaal" werd gebruikt en er een geldige reden voor het ontslag bestaat¹⁹.

3.3. De werkgever dient dus in eerste instantie aan te tonen dat het gedrag van de werkmán, dat door hem wordt ingeroepen als motief voor het ontslag, wel degelijk bestaat.

In die zin oordeelde Uw Hof bij arrest van 18 juni 2001²⁰ dat naar recht verantwoord is, het arrest waarbij wordt beslist dat het ontslag van een werkmán wegens niet verantwoorde afwezigheid willekeurig is, wanneer de werkgever die afwezigheid niet bewijst en hij de werkmán dus ontslaat om een reden waarvan hij het verband met het gedrag van de werkmán niet aantoot.

Ook bij arrest van 22 juni 2009²¹ werd geoordeeld dat wanneer de werkgever de werkmán heeft ontslagen om een dringende reden, maar er niet in slaagt het bewijs te leveren van het als dringende reden aangevoerde feit, het ontslag bij ontstentenis van een andere reden, willekeurig is in de zin van artikel 63. Die aangevoerde reden is dan niet bestaande.

De omstandigheid dat de werkgever in dat geval ernstige vermoedens had dat de werkmán het als dringende reden aangevoerde feit had gepleegd en duidelijk omlinnde beweegredenen had om tot het ontslag over te gaan, doet niet af aan het willekeurig karakter van het ontslag in de zin van artikel 63.

3.4. In tweede instantie dient de werkgever aan te tonen dat er een determinerend oorzakelijk verband is tussen het aangetoond gedrag en het ontslag.

Wanneer de werkgever wel het bewijs levert van het gedrag van de werkmán maar niet kan aantonen dat dit de doorslaggevende reden was voor het ontslag, zal het ontslag willekeurig zijn.

3.5. Een oorzakelijk verband tussen gedrag van de werknemer en ontslag is dus vereist, maar niet elk oorzakelijk verband tussen deze twee elementen, maakt het ontslag niet-

17 CLESSE J., KÉFER F., Examen de jurisprudence (1995-2001), les contrats de travail, *RCJB*, 2003, 239, nr. 80 in fine).

18 C. WANTIEZ, Licenciement abusive - Article 63 de la LCT - licenciement lié à la conduite ou à l'aptitude de l'ouvrier - Règle de proportionnalité - Non requise - caractère supplétif de l'article 63, Noot onder Cass. 7 mei 2001, *JTT*, 2001, 408, nr. 8.)

19 D. CUYPERS, Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag, *Larcier*, 2002, p. 59.

20 Cass. 18 juni 2001, AR S.99.0153.F, *AC*, 2001, nr. 368.

21 Cass. 22 juni 2009, AR S.09.0001.N.

willekeurig.

Er is bovendien vereist dat een geldige reden tot ontslag voorligt. In geen van de gevallen die tijdens de parlementaire besprekingen als voorbeeld aangehaald werden voor willekeurig ontslag, is sprake van een geldige reden tot ontslag. Zo kan men nooit geldig ontslagen worden voor het eisen van zijn wettelijk bepaald loon, voor het weigeren van werk op een wettelijk bepaalde feestdag terwijl dit niet in de collectieve of individuele arbeidsovereenkomst als afwijking werd voorzien, voor lidmaatschap aan een vakvereniging enz...

Uiteraard ligt ook bij het opeisen van loon, het weigeren van het uitvoeren van werk op een niet-wettelijke wijze, het aansluiten bij een vakvereniging een gedrag van de werkmans aan de basis, maar dit gedrag is objectief gerechtvaardigd en kan geen geldige reden voor ontslag vormen.

Wanneer een werkmans ontslagen wordt als reactie op objectief gerechtvaardigd gedrag zal zijn ontslag willekeurig zijn.

Zo oordeelde uw Hof bij arrest van 26 juni 2006²² dat wanneer de rechter vaststelt dat de werkelijke reden voor het ontslag van de werkmans het feit was dat hij weigerde afstand te doen van het gewaarborgd loon, en dat het ontslag aldus gegeven lijkt te zijn als represaille tegen een legitieme eis, de rechter op grond van die vaststellingen wettig kan beslissen dat het ontslag van de werkmans geen verband hield met zijn gedrag en het ontslag bijgevolg willekeurig was.

In dezelfde zin oordeelde uw Hof zeer recent, bij arrest van 27 september 2010²³ dat het arrest dat oordeelt dat de werknemer heeft geweigerd zijn medewerking te verlenen aan een "fraude à la loi en signant un contrat de travail temporaire qui ne pouvait être qu'anti-daté", niet wettig kan beslissen dat het ontslag verband houdt met het gedrag van de werkmans en bijgevolg niet willekeurig is in de zin van artikel 63, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet.

3.6. Dit is evenwel niet zo wanneer naast het objectief gerechtvaardigd gedrag ook andere redenen voor het ontslag worden aangevoerd.

Zo werd bij arrest van 8 december 1986²⁴ gesteld dat wanneer de rechter aanneemt dat de eis tot betaling van overwerk vanwege de werknemer (wat volgens de werknemer de reden is voor het ontslag), en het wegnemen van tachygraafschijven (door de werkmans, om zich zo een bewijs voor de gepresteerde overuren te kunnen verschaffen), wat volgens de werkgever de reden is tot het ontslag, als één geheel te beschouwen is, de rechter hieruit niet wettig kan afleiden dat de reden voor verweerders ontslag geen verband houdt met zijn gedrag en niet wettig kan beslissen dat het ontslag willekeurig is.

3.7. Het is evenmin zo dat elk ontslag dat steunt op een gedraging van de werknemer willekeurig is wanneer de betrokken foutieve of niet-foutieve gedraging het ontslag niet rechtvaardigt, bijvoorbeeld omdat blijkt of door de rechter geoordeeld wordt dat het ontslag gebeurt als represaille of met miskennis van het proportionaliteitsbeginsel.

Het feit dat aanleiding gaf tot het hogervermeld arrest van Uw Hof van 7 mei 2001²⁵ betrof een werkmans die met toestemming van zijn dienstoverste materiaal van zijn werkgever meeneemt naar huis.

De feitenrechter stelt dit gedrag vast, aanvaardt het oorzakelijk verband tussen dit gedrag en het ontslag, maar oordeelt dat dit geen gedrag is waarop een redelijk ontslagmotief kan worden gesteund en er geen tekortkoming kan worden vastgesteld. Het oordeel

22 Cass. 26 juni 2006, AR S.05.0023.F, *Pas*, 2006, nr. 357

23 Cass. 27 september 2010, AR S.09.0088.F.

24 Cass. 8 december 1986, AR 5353, *AC*, 1986-1987, nr. 211.

25 Cass. 7 mei 2001, AR S.00.0147.N, *JTT* 2001, 407.

van de rechter omtrent het in de gegeven concrete omstandigheden gerechtvaardigd zijn van het gedrag van de werkmán, neemt echter niet weg dat het wegnemen van materiaal objectief gezien een geldige reden tot ontslag kan zijn. Uw Hof beslist dan ook terecht dat niet wettig kan beslist worden dat het ontslag willekeurig is, omdat de rechter aanneemt dat het ontslag verband houdt met het gedrag van de werknemer.

Eenzelfde redenering geldt voor wat betreft de feiten die aanleiding gaven tot het hogervermeld arrest van Uw Hof van 6 juni 1994.²⁶

De feitenrechter stelt vast dat de werkmán werd ontslagen omdat hij geweigerd heeft te helpen bij het onderhoud van de werkplaats. Hij stelt het oorzakelijk verband vast tussen dit gedrag en het ontslag, maar oordeelt dat het ontslag nogal lichtvaardig is gebeurd naar aanleiding van een toevallig en onbelangrijk voorval.

Dit subjectief oordeel omtrent het gedrag van de werkmán, neemt echter niet weg dat een werkweigering op zich een geldige reden tot ontslag kan zijn. Uw Hof oordeelt terecht dat niet wettig kan beslist worden dat het ontslag willekeurig is omdat men niet wettig uit die vermeldingen kan afleiden dat het ontslag geen verband hield met het gedrag van de werknemer.

Bij arrest van Uw Hof van 17 februari 1992²⁷ werd geoordeeld dat wanneer de werkmán wordt ontslagen omdat hij het werk heeft verlaten en naar huis is gegaan, en de feitenrechter aanneemt dat de werkmán het werk heeft verlaten, maar dat niet is aangetoond dat dit feit zich heeft voorgedaan in de omstandigheden zoals omschreven door de werkgever, dat niet wettig kan beslist worden dat het ontslag willekeurig is omdat het ontslag verband houdt met het gedrag van de werkmán. Dit gedrag, werkverlating, is immers op zich een gedrag dat te aanzien is als een geldige reden waarop ontslag kan gesteund worden.

Deze rechtspraak ligt volledig in lijn met de parlementaire besprekingen waarbij er door de minister op gewezen werd dat indien een feit dat aanleiding gaf tot een ontslag om dringende reden voorligt en bewezen is, maar door de rechter niet voldoende ernstig werd beoordeeld om de voortzetting van de contractuele betrekkingen onmogelijk te maken, artikel 63 niet van toepassing is en er dus geen sprake is van willekeurig ontslag.²⁸

Uit wat voorafgaat volgt dat wanneer de rechter vaststelt dat een gedrag bewezen is dat op zich een geldige reden tot ontslag is, en een verband tussen dit gedrag en het ontslag wordt aangetoond, maar de rechter oordeelt dat het ontslag niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld omdat dit in de gegeven omstandigheden een te zwaarwichtige reactie is, de omstandigheden anders beoordeeld worden of het ontslag zich voordoet als een represaillemaatregel, dit niet wettig kan leiden tot het besluit dat het ontslag willekeurig is.

Dit impliceert niet dat de werkmán in dat geval in de kou blijft staan.

Uw Hof heeft bij arrest van 18 februari 2008²⁹ geoordeeld dat artikel 63, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet niet verbiedt dat de werkmán, die geen beroep doet op de toepassing ervan, aanvoert dat zijn ontslag, zelfs al is het gegrond op redenen die verband houden met zijn gedrag, aangetast is door rechtsmisbruik, omdat het ontslagrecht werd uitgeoefend op een wijze die de grenzen kennelijk te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever. Dit artikel verbiedt evenmin de rechter die van een dergelijk geschil kennisneemt die omstandigheden te onderzoeken.

De werkmán die van oordeel is dat het ontslag de grenzen van het recht van ontslag van

26 Cass. 4 juni 1994, AR S.93.0131.F, AC, 1994, nr. 289.

27 Cass. 17 februari 1992, AR 7668, AC, 1991-1992, nr. 316.

28 Kamer, wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag namens de commissie voor de tewerkstelling en de arbeid, 1977-1978, 293/4, p. 21.

29 Cass. 18 februari 2008, AR S.07.0010.F, AC, 2008, nr. 119.

de werkgever te buiten gaat, kan zich dus nog steeds beroepen op misbruik van ontslagrecht.

4. Het middel

4.1. In de zaak die voorligt stellen de appèlrechters vast dat het ontslag van de werkmán verband hield met zijn werkweigering. Zij oordelen dat deze werkweigering terecht en proportioneel was door het feit dat de werknemers "reeds op de ondernemingsraad van 17 maart 2005 hadden gevraagd de occasionele handschoenen van de hobbywerker te vervangen door stevige winterhandschoenen en de werkgever zich hiertoe had verbonden."

Zij oordelen dat het bewezen is dat het ontslag van verweerder een represaillemaatregel is op zijn terechte en proportionele werkweigering en verklaren de vordering wegens willekeurig ontslag gegrond.

4.2. Eiseres voert aan dat een werkweigering onmiskenbaar het gedrag van de werknemer betreft en het arbeidshof dus niet wettig kon beslissen dat het ontslag willekeurig was.

4.3. In de lijn van de reeds geciteerde rechtspraak van uw Hof komt het middel gegrond voor.

Werkweigering op zich is een gedrag waarop ontslag kan gesteund worden. De rechters die vaststellen dat er een werkweigering was, dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen dit gedrag en het ontslag maar die, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak, oordelen dat die werkweigering terecht en proportioneel was, kunnen niet wettig oordelen dat het ontslag willekeurig was.

Conclusie: VERNIETIGING

ARREST

(AR S.09.0092.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 31 maart 2008 gewezen door het arbeidshof te Brussel.

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in het verzoekschrift tot cassatie een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Aangevochten beslissing

In de bestreden beslissing verklaart het arbeidshof het hoger beroep van de verweerder gegrond wat betreft zijn vordering tot het verkrijgen van een vergoeding wegens willekeurig ontslag. Het arbeidshof vernietigt op dat punt het vonnis van de arbeidsrechtbank en veroordeelt, opnieuw rechtsprekend, de eiseres tot betaling van 9.988,86 euro. Het arbeidshof neemt die beslissing op grond van alle vaststellingen en motieven waarop het steunt en die hier beschouwd worden integraal te zijn hernomen en in het bijzonder de volgende:

"Willekeurig ontslag

Volgens artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 wordt onder een willekeurige afdanking

verstaan, het ontslag van een werkmán die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

In het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht bestaat er in principe geen verplichting van de werkgever om het ontslag te motiveren.

De redenen waarop het ontslag steunt, dienen niet noodzakelijk op het ogenblik van het ontslag medegedeeld te worden.

Het volstaat dat ze worden medegedeeld en bewezen nadat de ontslagen werknemer het willekeurig karakter van de afdanking heeft ingeroepen, hetgeen ook tijdens de procedure kan gebeuren. De toepassing van artikel 63 WAO hangt namelijk af van de verklaring van de werkmán dat het ontslag willekeurig is.

Bij betwisting behoort het de werkgever het bewijs te leveren van de door de wet opgesomde motieven van ontslag.

Eenzijdige beweringen van de werkgever kunnen niet als bewijs gelden.

De werkgever zal de redenen waarop het ontslag steunt, dienen te bewijzen.

Hij dient daartoe de nodige elementen bij te brengen om de rechter toe te laten zijn toetsingsbevoegdheid uit te oefenen.

De rechter moet kunnen nagaan of de ingeroepen redenen wel degelijk bestaan, niet vals zijn of voorgewend.

De werkgever behoudt nochtans een ruime beleidsvrijheid bij het bestuur van de onderneming en bij het nemen van een ontslagbeslissing en het beoordelen van de opportuniteit ervan, binnen de grenzen van artikel 63 van de wet van 3 juli 1978.

Bij de beoordeling dient steeds rekening te worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het ontslag.

De werkgever dient niet alleen 1) het bestaan van de redenen tot ontslag te bewijzen doch hij moet 2) tevens aantonen dat enkel de door hem ingeroepen redenen aan de basis liggen van en de oorzaak zijn van het ontslag.

Wanneer er een te groot tijdsverloop is tussen het ingeroepen gedrag en het ontslag dan kan de rechter het oorzakelijk verband als niet bewezen aanzien.

Het eisen van een aan het ontslag voorafgaande verwittiging nopens het gedrag van een werkmán om het ontslag als niet willekeurig te aanzien, is een vereiste toevoegen dat artikel 63 WAO niet stelt. Het ontbreken van enige verwittiging kan echter wel een indicatie of ernstig vermoeden vormen van de afwezigheid van oorzakelijk verband tussen het ontslag en de ingeroepen redenen. Wanneer een gedraging dermate storend is voor een werkgever dat hij om deze reden ontslag geeft, dan zal hij niet nalaten een verwittiging of aanmaning te zenden.

In casu stelt het (arbeidshof) vast dat er 2 aanmaningen werden verzonden, met name het weigeren te rijden met een bedrijfswagen voor het vervoer van personeel en materiaal in november 2003 en in mei 2004. Dit gedrag is meer dan 3 en 2 jaar verwijderd van het ontslag in maart 2006 en (de eiseres) bewijst niet dat deze de oorzaak zijn van het ontslag. (De verweerder) heeft telkens op deze verwittigingen gereageerd en deze betwist. Blijkbaar wenste (de eiseres) een goede arbeider te behouden. Zo vermeldt het verslag van de ondernemingsraad eveneens enkele problemen met de aanhangwagen van de schapen (niet gekeurd) en de "gele bak" uit Limburg waar het originele inschrijvingsbewijs is verlopen (zie ook OR 17.03.2005 overzicht van voertuigen (...): "sommige dingen moeten herbekeken worden en sommige voertuigen moeten verkocht worden" Er zijn dus blijkbaar wel enkele problemen met enkele voertuigen en de tijdelijke houding van (de

verweerder) dient in deze omstandigheden te worden geapprecieerd.

De werkweigering van (de verweerder) van 10 februari 2006 is een terechte reactie om in de sneeuw buiten, niet met hobbyhandschoenen te werken. De reactie van (de verweerder) is als arbeider en gelet op het feit dat deze handschoenen reeds lang op zich lieten wachten, waarover hieronder meer, proportioneel. Tevens dient opgemerkt dat (de verweerder) toch uitgestapt is na veel discussies en het werk heeft aangevat en verdergezet (...).

Uit het verslag van de ondernemingsraad van 17 november 2005 blijkt dat de werknemers reeds op de ondernemingsraad van 17 maart 2005 hadden gevraagd de "occasionele handschoenen van de hobbywerker" te vervangen door stevige winterhandschoenen. De werkgever had er zich toen toe verbonden (zie verslag ondernemingsraad). "W. en Y. trachten betere handschoenen te vinden aan een redelijke prijs. Misschien kan dit samen met de grote bestelling besteld worden."

Het (arbeidshof) acht het bewezen dat het ontslag van (de verweerder) een represaillemaatregel is op zijn terechte en proportionele werkweigering van 10 februari 2006.

Zo is ook het niet verwittigen van ziekte op de dag zelf van 9 november 2004 om medische redenen gerechtvaardigd en overigens veel te lang geleden voor het ontslag om nog in oorzakelijk verband te staan met het ontslag.

In februari 2006 wordt (de verweerder) ziek, hij verwittigt dezelfde dag en hij rechtvaardigt deze afwezigheid door een medisch attest maar laat (...) na de verlenging te verwittigen; er wordt wel een medisch attest verzonden op 21.02 voor de periode van 18.02 tot en met 24.02. Nu (de eiseres) zelf in haar aangetekende brief van 21 februari 2006 dit feit van niet verwittiging aanziet als een "eerste verwittiging" met "we hopen dat deze situaties in de toekomst niet meer voorkomen" en "de volgende verwittiging" blijkt hieruit dat deze reden voor (de eiseres) niet de oorzaak was van het ontslag.

(De eiseres) voert eveneens een reeks van verwijten aan dewelke zouden wijzen op gedragsproblemen. De gevoerde briefwisseling in verband met het rijden van het voertuig werd gevoerd in 2003-2004 en het oorzakelijk verband wordt niet bewezen, temeer daar (de verweerder) nadien met het voertuig is gaan rijden.

Uit het aangetekend schrijven van (de verweerder) van 2 november 2005 wordt niet het bewijs geleverd dat (de verweerder) de veiligheidsvoorschriften niet naleeft, noch dat hij (de eiseres) zwart maakt in bijzijn van klanten.

(De eiseres) roept in dat het ontslag van (de verweerder) berust op de noodzaak van een goede werking van de onderneming. Het (arbeidshof) herhaalt dat een terechte weigering te werken, en het éénmalig niet verwittigen van een verlenging niet in verband kan worden gebracht met de goede werking van een onderneming, gezien de concrete omstandigheden zoals hierboven uiteengezet.

Het verslag opgemaakt door de heer V. van 1 maart 2006 is zeer vaag en niet gespecificeerd in tijd en plaats, en op sommige punten als onjuist opgemerkt, zodat zij geen bewijs op zich vormen van de beweringen van (de eiseres). Om dezelfde redenen wordt de vraag tot getuigenverhoor afgewezen.

(De eiseres) toont niet aan, om de hierboven aangehaalde redenen dat het ontslag van (de verweerder) noodzakelijk was voor de goede werking van de onderneming. Ook het niet verwittigen op 21 februari toont deze noodzaak niet aan.

Het hoger beroep komt voor als gegrond. (De verweerder) maakt terecht aanspraak op een vergoeding voor willekeurig ontslag ten belope van 6 maanden loon, hetzij het door (de eiseres) niet betwiste bedrag van 9.988,86 euro."

Grieven

1. Luidens artikel 63, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, hieronder afgekort als Arbeidsovereenkomstenwet, wordt onder willekeurige afdanking, voor de toepassing van dat artikel, verstaan, het ontslag van een werkmán die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmán of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

Bij betwisting behoort het aan de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen, aldus het tweede lid van die bepaling. De werkgever mag daarbij ook het bewijs leveren van andere redenen dan die welke oorspronkelijk werden ingeroepen, maar indien hij geen geldige reden voor het ontslag kan aantonen, is het ontslag willekeurig.

Op grond van het derde lid van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet is, onverminderd artikel 39, §1, van diezelfde wet, de werkgever die een voor een onbepaalde tijd aangeworven werkmán op willekeurige wijze ontslaat, aan deze werkmán een vergoeding verschuldigd die overeenstemt met het loon van zes maanden, behalve indien een andere vergoeding is vastgesteld door een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.

2. Uit de feitelijke vaststellingen van het arbeidshof volgt dat de verweerder als arbeider in dienst was van de eiseres en dat hij met een aangetekende brief van 1 maart 2006 werd ontslagen.

Oordelend over het door de verweerder aangevoerde willekeurig ontslag, overweegt het (arbeidshof) dat:

- de eiseres niet aantoonde dat de weigering van de verweerder met de bedrijfswagen te rijden, feiten die plaatsvonden in november 2003 en mei 2004, de oorzaak zijn van het ontslag,

- de werkweigering van de verweerder van 10 februari 2006 een terechte en proportionele reactie was om in de sneeuw buiten niet met hobbyhandschoenen te werken,

- het ontslag van de verweerder een represaillemaatregel is op zijn terechte en proportionele werkweigering van 10 februari 2006,

- het niet-verwittigen van ziekte op de dag van 9 november 2004 om medische redenen gerechtvaardigd was en veel te lang geleden is om in oorzakelijk verband te staan met het ontslag,

- het nalaten van de verweerder de eiseres van de verlenging van zijn ziekte te verwittigen in februari 2006, voor de eiseres niet de reden van het ontslag was,

- evenmin een oorzakelijk verband wordt bewezen tussen de briefwisseling gevoerd in 2003-2004 met betrekking tot het rijden met het voertuig en het ontslag,

- geen bewijs wordt geleverd van het feit dat de verweerder de veiligheidsvoorschriften niet naleeft, noch dat hij de eiseres zwart maakt in het bijzijn van klanten,

- een terechte weigering te werken en het eenmalig niet verwittigen van een verlenging niet in verband kan worden gebracht met de goede werking van de onderneming,

- het verslag van de heer V. van 1 maart 2006 zeer vaag is en niet gespecificeerd is in tijd en plaats, op sommige punten onjuist is, en geen bewijs levert van de beweringen van de eiseres,

- de eiseres niet aantoonde dat het ontslag van de verweerder noodzakelijk was voor de goede werking van de onderneming en ook het niet-verwittigen op 21 februari 2006 die noodzaak niet aantoonde.

Op die gronden verklaart het arbeidshof het hoger beroep van de verweerder m.b.t. het door hem aangevoerde willekeurig ontslag niet wettig gegrond. Het arbeidshof overweegt

immers uitdrukkelijk dat het het bewezen acht dat het ontslag van de verweerder een represaille-maatregel is voor zijn - door het arbeidshof terecht en proportioneel bevonden - werkweigerings.

Een werkweigerings betreft onmiskenbaar het gedrag van de verweerder.

Aangezien blijkens artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, het ontslag van een werkmans die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans, niet willekeurig is, is het ontslag van een werkmans dat verband houdt met zijn werkweigerings, ongeacht of die werkweigerings terecht en proportioneel was, niet willekeurig. De omstandigheids dat de werkweigerings niet in verband kan worden gebracht met de goede werking van de onderneming, doet daaraan geen afbreuk. Het arbeidshof verklaart het hoger beroep van de verweerder op dit punt dan ook niet wettig gegrond (schending van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet).

Conclusie

Het arbeidshof oordeelt niet wettig dat de verweerder terecht aanspraak maakt op een vergoeding voor willekeurig ontslag en veroordeelt de eiseres derhalve niet wettig tot betaling van een vergoeding wegens willekeurig ontslag ten bedrage van zes maanden loon, hetzij de som van 9.988,86 euro (schending van artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordelings

1. Krachtens artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet wordt, voor de toepassing van dit artikel, onder willekeurige afdanking verstaan, het ontslag van een werkmans die is aangeworven voor onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

2. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de regeling van de willekeurige afdanking het verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt.

Hieruit volgt dat een ontslag om een motief in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans toch willekeurig is wanneer dit motief kennelijk onredelijk is.

3. Het komt de feitenrechter toe te oordelen of het gedrag of de geschiktheid van de werkmans waarmee het ontslag verband houdt, een legitieme ontslagreden vormt. Het Hof gaat slechts na of de rechter daarbij het rechtsbegrip "willekeurige afdanking" dat aan het toezicht van het Hof is onderworpen, niet miskent.

4. Het middel dat geheel ervan uitgaat dat zodra het ontslag van de werkmans verband houdt met zijn gedrag, ongeacht van welke aard dat gedrag is, de afdanking niet willekeurig kan zijn in de zin van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en het de rechter aldus niet toekomt te beoordelen of dat gedrag een geldige reden tot ontslag kan vormen, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

22 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van mevr. Mortier, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. van Eeckhoutte en Wouters.

Nr. 688**2^o KAMER - 23 november 2010**

1^o CASSATIEMIDDELEN — ALGEMEEN - MISKENNING VAN DE BEWIJSKRACHT VAN EEN STUK - ONTVANKELIJKHEID - VEREISTE

2^o CASSATIEMIDDELEN — STRAFZAKEN — FEITELIJKE GRONDSLAG - MISKENNING VAN DE BEWIJSKRACHT VAN EEN DOCUMENT - DOCUMENT DAT ZICH NIET BEVINDT IN DE STUKKEN WAAROP HET HOF VERMAG ACHT TE SLAAN

3^o BEWIJS — STRAFZAKEN — GESCHRIFTEN — BEWIJSKRACHT - MISKENNING - CASSATIEMIDDEL - ONTVANKELIJKHEID - VEREISTE

1^o, 2^o en 3^o Opdat het Hof zou kunnen oordelen of een rechter de bewijskracht van een bepaald stuk miskent, is vereist dat dit document zich bevindt in de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan¹. (Artt. 1319, 1320 en 1322, BW)

(M. e.a. T. B. e.a.)

ARREST

(AR P.10.0583.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het vonnis van de correctionele rechtbank te Oudenaarde van 5 maart 2010.

De eiser I.1 voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, zes middelen aan.

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

De eiser I.2 voert geen middel aan.

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Zesde middel van de eiser I.1

18. Het middel voert schending aan van de artikelen 1319, 1320, 1322 en 1382

¹ Zie Cass., 4 maart 1969, AC, 1969, nr. 622; Cass., 13 jan. 1970, AC, 1969-70, nr. 430; Cass., 17 feb. 1972, AC, 1972, nr. 563; Cass., 8 feb. 1974, AC, 1974, nr. 624; Cass., 9 april 1976, AC, 1976, nr. 924; Cass., 13 okt. 1981, AR 6489, AC, 1981-82, nr. 222; Cass., 6 nov. 2008, AR F.07.0026.F, AC, 2008, nr. 617; Cass., 28 mei 2009, AR F.08.0092.F, AC, 2008, nr. 358.

Burgerlijk Wetboek: de appelrechters kennen voor de morele schade van de kinderen A. S. en A. S. een hogere vergoeding toe dan de werkelijk geleden schade; zij miskennen de bewijskracht van de indicatieve tabel 2008, zoals gepubliceerd in het Nieuw Juridisch Weekblad, 2008, bladzijde 717, nummer 5.

19. Opdat het Hof zou kunnen oordelen of een rechter de bewijskracht van een bepaald stuk miskent, is vereist dat dit document zich bevindt in de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan.

20. In de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, bevindt zich geen indicatieve tabel en blijkt niet dat de partijen die tabel aan de appelrechters hebben overgelegd.

Het middel mist in zoverre feitelijke grondslag.

21. Voor het overige is het middel geheel afgeleid uit de vergeefs aangevoerde miskennen van de bewijskracht.

Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het:

- geen uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering van de eiser I.1 tegen de verweerder I.7;
- de burgerlijke rechtsvordering van de eiser I.1 tegen de verweerder I.8 ongegrond verklaart;
- uitspraak doet over de kosten in verband met die burgerlijke rechtsvorderingen van de eiser I.1

Verwerpt de cassatieberoepen voor het overige.

Veroordeelt de eisers I in vijf zesden van hun cassatieberoep en de verweerdere I.7 en I.8 in het overige zesde.

Veroordeelt de eiser II in de kosten van zijn cassatieberoep.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de correctionele rechtbank te Gent, rechtszitting houdende in hoger beroep.

23 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Nelissen Grade en Geinger.

Nr. 689

2° KAMER - 23 november 2010

1° EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - SPECIALITEITSBEGINSEL - OMVANG

2° EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - SPECIALITEITSBEGINSEL - IN HET

AANHOUDINGSBEVEL VERMELDE STRAFBARE FEITEN - STRAFBARE FEITEN GEKEND OP HET OGENBLIK VAN DE UITVAARDIGING VAN HET AANHOUDINGSBEVEL - GEGEVENS UIT HET VERDER ONDERZOEK - PRECISERING VAN DE STRAFBARE FEITEN - VOORWAARDE

3° STRAF — ANDERE STRAFFEN - VERBEURDVERKLARING - BIJZONDERE VERBEURDVERKLARING - VERMOGENSVOORDELEN - ARTIKELEN 42, 3° EN 43BIS, EERSTE LID, STRAFWETBOEK - SCHRIFTELIJKE VORDERING VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - VOEGING AAN DE RECHTSPLEGING - TIJDSTIP

4° STRAF — ANDERE STRAFFEN - VERBEURDVERKLARING - BIJZONDERE VERBEURDVERKLARING - VERMOGENSVOORDELEN - ARTIKELEN 42, 3° EN 43BIS, EERSTE LID, STRAFWETBOEK - VEREISTE VAN SCHRIFTELIJKE VORDERING VAN HET OPENBAAR MINISTERIE - MONDELINGE VORDERING GEAKTEERD IN HET PROCES-VERBAAL VAN DE RECHTSZITTING - ONTVANKELIJKHEID

1° en 2° De omvang van de bescherming door het specialiteitsbeginsel wordt bepaald door de in het Europees aanhoudingsbevel vermelde feiten; een overleveringsverzoek is gebaseerd op die informatie die bekend was ingevolge de stand van het onderzoek op het ogenblik van het verzoek en de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel, maar de gegevens die later in het onderzoek worden verzameld, kunnen een precisering van de strafbare feiten die de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel aanvankelijk hebben gerechtvaardigd, tot gevolg hebben, in zoverre zij betrekking hebben op de in het Europees aanhoudingsbevel vermelde feiten. (Art. 37, §1, Wet 19 dec. 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel)

3° en 4° De schriftelijke vordering tot verbeurdverklaring, bedoeld in artikel 43bis, eerste lid, Strafwetboek, dient enkel voorafgaand aan het vonnis of arrest aan de rechtspleging te zijn toegevoegd, zodanig dat de beklaagde ervan kennis kan nemen en zich ertegen kan verdedigen; een mondelinge vordering waarvan de inhoud regelmatig wordt vastgesteld in het proces-verbaal van de rechtszitting, kan voldoende zijn opdat een beklaagde zijn recht van verdediging zou kunnen uitvoeren¹. (Artt. 42, 3° en 43bis, eerste lid, Strafwetboek)

(B. e.a.)

ARREST

(AR P.10.1371.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 17 juni 2010.

De eiser I G. B. voert in een memorie een middel aan.

De eiser II F. S. voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

De eiser IV.1 T. N. en de eiser IV.2 C. T. voeren elk in een gelijkkluidende memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

De eiser V L. G. voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

De eiser IX.1 R. W. voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

¹ Zie Cass., 16 dec. 2008, AR P.08.1268.N, AC, 2008, nr. 735.

De eiseres IX.3 M. R. voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

De overige eisers voeren geen middelen aan.

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Middel van de eiser IX.1

15. Het middel voert schending aan van de artikelen 2 en 37 Wet Europees Aanhoudingsbevel: de afwezigheid in het Europees aanhoudingsbevel van 9 maart 2007 van de wettelijk vereiste preciseringen in zake tijdstip, plaats of de mate waarin de eiser deelgenomen heeft aan de misdrijven, laten de appelrechters niet toe aan te nemen dat de aan de eiser ten laste gelegde feiten binnen de grenzen van de bevoegdheid vallen van de Belgische rechterlijke autoriteiten, die de specialiteit aan eisers berechting te zijner bescherming in België stelt.

16. Artikel 37, §1, Wet Europees Aanhoudingsbevel bepaalt: "Een persoon overgeleverd op grond van een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd door een Belgische rechterlijke autoriteit kan niet worden vervolgd, veroordeeld of van zijn vrijheid worden benomen wegens een ander, voor zijn overlevering gepleegd strafbaar feit dan dat waarop de overlevering betrekking heeft."

Het Europees aanhoudingsbevel dient krachtens artikel 2, §4, 5°, van voornoemde wet de omschrijving te bevatten van de omstandigheden waaronder het misdrijf is gepleegd, daaronder begrepen tijdstip en plaats, alsook van de mate waarin de gezochte persoon aan het misdrijf heeft deelgenomen.

17. De omvang van de bescherming door het specialiteitsbeginsel wordt bepaald door de in het Europees aanhoudingsbevel vermelde feiten.

Een overleveringsverzoek is gebaseerd op die informatie die bekend was ingevolge de stand van het onderzoek op het ogenblik van het verzoek en de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel. De gegevens die later in het onderzoek worden verzameld, kunnen een precisering van de strafbare feiten die de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel aanvankelijk hebben gerechtvaardigd, tot gevolg hebben in zoverre zij betrekking hebben op de in het Europees aanhoudingsbevel vermelde feiten.

De rechter stelt onaantastbaar vast of de feiten waarvoor een beklaagde wordt vervolgd, de feiten zijn waarvoor de overlevering werd toegestaan. Het Hof toetst slechts of de feiten die de rechter onaantastbaar vaststelt, zijn juridische gevolgtrekking kunnen verantwoorden.

18. De appelrechters oordelen met eigen redenen en met overname van de redenen van de eerste rechter dat " overlevering geschiedde voor de illegale handel in hasj ingevolge het aantreffen van meerdere containers waarin een grote hoeveelheid hasj zat verborgen met impliciete verwijzing naar voorbereidende handelingen die zich noodzakelijk uitstrekken in de tijd zoals gebleken uit het

voorafgaand onderzoek en telefoontaps waarnaar contacten zijn gebleken tussen M.r en [de eiser] en waarnaar uitdrukkelijk werd verwezen in dit [Europees aanhoudingsbevel]".

Aldus trekken de appelrechters met hun oordeel dat de incriminatieperiode voor de telastleggingen A en C van de zaak B.III niet dient beperkt te worden tot 26 februari 2007, uit de door hen gedane vastgestelde feiten geen gevolgen die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Middel van de eiseres IX.3

19. Het middel voert schending aan van de artikelen 42 en 43*bis* Strafwetboek: de opgelegde verbeurdverklaring werd niet schriftelijk, maar enkel mondeling gevorderd.

20. Artikel 43*bis*, eerste lid, Strafwetboek bepaalt: "Bijzondere verbeurdverklaring toepasselijk op de zaken bedoeld in artikel 42, 3°, kan door de rechter in elk geval worden uitgesproken, maar slechts voorzover zij door de procureur des Konings schriftelijk wordt gevorderd."

De schriftelijke vordering tot verbeurdverklaring dient enkel voorafgaand aan het vonnis of arrest aan de rechtspleging te zijn toegevoegd, zodanig dat de beklaagde ervan kennis kan nemen en zich ertegen kan verdedigen.

Een mondelinge vordering waarvan de inhoud regelmatig wordt vastgesteld in het proces-verbaal van de rechtszitting, kan voldoende zijn opdat een beklaagde zijn recht van verdediging zou kunnen uitvoeren.

21. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat het openbaar ministerie op de rechtszitting van het hof van beroep van Antwerpen van 20 mei 2010 in aanwezigheid van de eiser en zijn raadsman de verbeurdverklaring van het onroerend goed in Frankrijk heeft gevorderd "op basis van artikel 42.3° van het Strafwetboek", vordering die geakteerd werd in het proces-verbaal van voormelde rechtszitting (kaft 46/46, onderkaft 2010/co/246, stuk 46) en de eiser geen uitstel heeft gevraagd om op deze vordering te antwoorden.

Aldus konden de appelrechters wettig beslissen het onroerend goed verbeurd te verklaren op grond van artikel 42, 3°, Strafwetboek.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de overige beslissingen op de strafvordering

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

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de eiser II schuldig verklaart aan de hem ten laste gelegde feiten en hem veroordeelt tot straf en tot betaling van een bijdrage aan het bijzonder fonds voor de hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en tot de kosten.

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

gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verwerpt de cassatieberoepen voor het overige.

Laat de kosten van het cassatieberoep van de eiser II ten laste van de Staat.

Veroordeelt de overige eisers in de kosten van hun cassatieberoep.

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

23 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter* : de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. L. Verjauw, Antwerpen, B. Partoens, Tongeren, L. Delbrouck, Hasselt, P. Vandemeulebroucke, Antwerpen en Wouters.

Nr. 690

2° KAMER - 23 november 2010

- 1° GENEESKUNDE — GENEESMIDDELEN (VERDOVENDE MIDDELEN INBEGREPEN) - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - PERSOONLIJK GEBRUIK - BESTRAFFING - GEVOLG - ANDERE MISDRIJVEN
- 2° MISDRIJF — ALLERLEI - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - PERSOONLIJK GEBRUIK - BESTRAFFING - GEVOLG - ANDERE MISDRIJVEN
- 3° GENEESKUNDE — GENEESMIDDELEN (VERDOVENDE MIDDELEN INBEGREPEN) - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - TEELT VAN CANNABISPLANTEN - VOORWAARDE
- 4° MISDRIJF — ALLERLEI - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - TEELT VAN CANNABISPLANTEN - VOORWAARDE
- 5° GENEESKUNDE — GENEESMIDDELEN (VERDOVENDE MIDDELEN INBEGREPEN) - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - TEELT VAN CANNABISPLANTEN - HOEVEELHEID PLANTEN - RELEVANTIE
- 6° MISDRIJF — ALLERLEI - VERDOVENDE MIDDELEN - MISDRIJF - CANNABIS - TEELT VAN CANNABISPLANTEN - HOEVEELHEID PLANTEN - RELEVANTIE
- 7° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - ARTIKEL 6.3.C - RECHT VAN VERDEDIGING - RECHT OP BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - INTERPRETATIE EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS - DRAAGWIJDTE
- 8° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C - RECHT OP BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - INTERPRETATIE EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS - DRAAGWIJDTE
- 9° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - ARTIKEL 6.3.C - RECHT VAN VERDEDIGING - RECHT OP BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - BEPERKING - VOORWAARDE
- 10° RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C - RECHT OP BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - BEPERKING - VOORWAARDE

11^o RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - ARTIKEL 6.3.C - POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET
ONDERZOEK - GEEN MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - INCRIMINERENDE
VERKLARING - GEBRUIK VOOR DE VEROORDELING - GEVOLG

12^o RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C -
POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET ONDERZOEK - GEEN MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN
ADVOCaat - INCRIMINERENDE VERKLARING - GEBRUIK VOOR DE VEROORDELING - GEVOLG

13^o RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.3 - ARTIKEL 6.3.C - POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET
ONDERZOEK - GEEN MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - INCRIMINERENDE
VERKLARING - GEBRUIK VOOR DE VEROORDELING - GEVOLG - INVLOED OP DE EERLIJKE
BEHANDELING VAN DE ZAAK - VOORWAARDE

14^o RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C -
POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET ONDERZOEK - GEEN MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN
ADVOCaat - INCRIMINERENDE VERKLARING - GEBRUIK VOOR DE VEROORDELING - GEVOLG -
INVLOED OP DE EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK - VOORWAARDE

15^o RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET ONDERZOEK - GEEN
MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - ANDERE WETTELIJKE WAARBORGEN VOOR DE
VERDACHTE EN BEKLAAGDE - DAADWERKELIJK EN PASSENDE REMEDIES VOOR HET GEBREK AAN
BIJSTAND - GEVOLG

16^o RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C -
POLITIEVERHOOR IN DE LOOP VAN HET ONDERZOEK - GEEN MOGELIJKHEID VAN BIJSTAND VAN EEN
ADVOCaat - ANDERE WETTELIJKE WAARBORGEN VOOR DE VERDACHTE EN BEKLAAGDE -
DAADWERKELIJK EN PASSENDE REMEDIES VOOR HET GEBREK AAN BIJSTAND - GEVOLG

17^o RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ARTIKEL 6 — ARTIKEL 6.1 - RECHT OP EEN EERLIJK PROCES - MOGELIJKE AANTASTING -
VERHOOR ZONDER BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - TAAK VAN DE RECHTER

18^o RECHT VAN VERDEDIGING — STRAFZAKEN - ARTIKEL 6.3.C - MOGELIJKE
AANTASTING - VERHOOR ZONDER BIJSTAND VAN EEN ADVOCaat - TAAK VAN DE RECHTER

1^o en 2^o De artikelen 26bis, 2^o en 28 van het koninklijk besluit van 31 december 1930, die een mindere zware straf stellen op de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit van slaap- en verdovende middelen die betrekking hebben op cannabis alsmede op de teelt van cannabisplanten voor persoonlijk gebruik, doen geen afbreuk aan de strafbaarheid van andere dan voor persoonlijk gebruik gepleegde misdrijven met betrekking tot cannabis¹. (Artt. 2bis en 2ter, Drugswet; Artt. 26bis, 2^o, 3^o, 4^o en 28, KB 31 dec. 1930)

3^o, 4^o, 5^o en 6^o Het telen van planten voor verdovende middelen is strafbaar door het enkele feit dat de teelt plaatsvindt, onverschillig welke de hoeveelheid van die teelt is en of die teelt gebeurt voor eigen dan wel voor andermans gebruik; de vraag naar de hoeveelheid van de verdovende middelen is slechts relevant wanneer deze plaats vindt voor persoonlijk gebruik daar die omstandigheid kan leiden tot een lichtere straf, maar wanneer de teelt bestemd is voor andermans gebruik is de hoeveelheid van die teelt voor de bestraffing irrelevant².

7^o, 8^o, 9^o en 10^o Het recht op bijstand van een advocaat gewaarborgd bij artikel 6.3

¹ Zie de conclusie van het O.M.

² *Ibid.*

E.V.R.M., zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, houdt in dat er gedurende het volledige vooronderzoek toegang moet zijn tot een advocaat, tenzij is aangetoond dat er wegens de bijzondere omstandigheden van de zaak dwingende redenen zijn om dit recht te beperken; zelfs in dat geval mag een dergelijke beperking, wat ook de rechtvaardiging ervan is, niet onrechtmatig de rechten van de beklaagde zoals beschermd bij artikel 6.1 en 6.3 E.V.R.M. beperken³.

11° en 12° Het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn in de regel geschaad als incriminerende verklaringen die werden afgelegd tijdens een politieverhoor zonder mogelijkheid van bijstand van een advocaat, worden gebruikt voor een veroordeling⁴. (Art. 6.3.c, EVRM)

13° en 14° De omstandigheid dat incriminerende verklaringen, die werden afgelegd tijdens een politieverhoor zonder mogelijkheid van bijstand van een advocaat, worden gebruikt voor een veroordeling heeft niet automatisch voor gevolg dat het definitief onmogelijk is om de zaak van een verdachte en vervolgens beklaagde op eerlijke wijze te behandelen, want wanneer de rechter de verklaringen niet als doorslaggevend bewijs gebruikt, er kennelijk geen misbruik of dwang is gebruikt en de beklaagde zich op het ogenblik van het verhoor en tijdens het onderzoek niet in een kwetsbare positie bevond, of aan de kwetsbare positie van de beklaagde op een daadwerkelijke en passende wijze is geredieerd, blijft het eerlijke karakter van het proces gevrijwaard⁵.

15° en 16° De vormvereisten die bij artikel 47bis Wetboek van Strafvordering voor het verhoor van de beklaagde zijn opgelegd, de korte duur van de grondwettelijke termijn van de vrijheidsberoving, de onmiddellijke overhandiging aan de verdachte, op het ogenblik van de betekening van het bevel tot aanhouding, van alle in de artikelen 16, §7, en 18, §2, Voorlopige Hechteniswet bedoelde stukken, het recht van de verdachte onmiddellijk vrij verkeer te hebben met zijn advocaat overeenkomstig artikel 20, §§1 en 5, van de voormelde wet, de inzage van het dossier alvorens voor het onderzoeksgerecht te verschijnen, zoals dat in artikel 21, §3, van die wet is geregeld, alsook de rechten die met name in de artikelen 61ter, 61quater, 61quinquies, 127, 135, 136 en 235bis Wetboek van Strafvordering zijn bedoeld, de inzage van het dossier en het vrij verkeer van de beklaagde met zijn advocaat tijdens de procedure voor de feitenrechter, kunnen in hun geheel daadwerkelijke en passende remedies zijn op de afwezigheid van bijstand van een advocaat tijdens het politieverhoor; zij laten de beklaagde immers toe zijn recht van verdediging ten volle uit te oefenen en waarborgen zijn recht op een eerlijk proces⁶.

17° en 18° Het staat de rechter aan de hand van de concrete gegevens van de zaak na te gaan of de afwezigheid van bijstand van een advocaat bij een verhoor door de politie of de onderzoeksrechter het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging van de verdachte en latere beklaagde of beschuldigde onherstelbaar heeft aangetast en of de verklaringen die door hem werden afgelegd zonder de bijstand van een advocaat een zodanige impact hebben gehad op het verloop van het strafproces dat dit geen eerlijk karakter meer zou vertonen⁷.

(P. e.a.)

Conclusie van advocaat-generaal P. Duinslaeger:

1. Beide eisers en een medebeklaagde werden vervolgd voor het telen van cannabisplanten (telastleggingen A en B) en diefstal van elektriciteit ten nadele van de verweerster (telastlegging C).

Zij worden bij arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 25

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

juli 2010 wegens de vermengde feiten A, B en C veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van drie jaar en tot een geldboete van 11.000 euro of drie maanden vervangende gevangenisstraf en tot de verbeurdverklaring van een aantal voorwerpen, gelden en voertuigen.

Dit is het bestreden arrest.

2. Tot staving van zijn voorziening voert de eiser I twee middelen aan. De eiser II voert drie middelen aan.

3. In zijn eerste middel voert eiser I schending aan van artikel 149 Grondwet en van de artikelen 90quater, §1, 1° tot 5°, 90quinquies en 211 Wetboek van Strafvordering: volgens eiser I hebben de appelrechters onterecht geoordeeld dat de machtiging van de onderzoeksrechter waarbij een tapmaatregel werd bevolen en de beschikkingen tot verlenging ervan regelmatig zijn, hoewel zij, - steeds volgens eiser I -, niet voldoen aan de vereiste van de subsidiariteit. Eiser I verwijt de appelrechters ook niet te hebben gemotiveerd welke de concrete gronden zijn waaruit de onderzoeksrechter kon afleiden dat voldaan was aan de subsidiariteitsvereiste.

Dit eerste middel lijkt vooreerst al niet ontvankelijk in de mate dat het niet gericht is tegen het bestreden arrest, maar tegen de machtiging waarbij de onderzoeksrechter de tapmaatregel heeft bevolen en tegen de beschikkingen waarbij deze maatregel werd verlengd.

Het middel mist bovendien ook feitelijke grondslag omdat het op een onjuiste of onvolledige lezing van het bestreden arrest berust, aangezien de appelrechters wel degelijk, op p. 7 van het bestreden arrest, melding maken van de motivering van de machtiging tot de tapmaatregel, waarbij de onderzoeksrechter een aantal concrete gegevens opsomt waaruit hij heeft afgeleid dat aan de vereiste van subsidiariteit was voldaan, om hieruit te besluiten dat aan alle vereisten van artikelen 90quater, §1, 1° tot 5°, Wetboek van Strafvordering, is voldaan.

4. In zijn tweede middel voert eiser I schending aan van artikel 149 Grondwet, artikel 211 Wetboek van Strafvordering en artikel 2bis Drugwet: eiser I verwijt de appelrechters dat zij onterecht oordelen dat het logisch is dat de ter plaatse in beslag genomen cannabisplanten nooit aan enige expertise werden onderworpen, omdat nooit betwist werd dat het om cannabisplanten ging. Volgens eiser I moet het bewijs van schuld boven iedere redelijke twijfel blijken en kan dit niet opgevangen worden door de logica of door de afwezigheid van enige betwisting.

Dit tweede middel lijkt allereerst al niet ontvankelijk wegens gebrek aan nauwkeurigheid: het preciseert immers niet hoe en waarom de appelrechters artikel 211 Wetboek van Strafvordering schenden.

Voorts mist dit tweede middel opnieuw feitelijke grondslag omdat het op een onvolledige lezing van het bestreden arrest berust: de appelrechters verklaren de eiser immers niet schuldig op grond van de loutere vaststelling dat hij en zijn medebeklaagden niet betwisten dat het om cannabisplanten ging, maar ook, - met de eigen redenen die zij opgeven en met overname van de redenen van de eerste rechter -, op basis van de observaties die werden verricht, de vaststellingen tijdens de huiszoeking en de resultaten van het deskundigenonderzoek met betrekking tot de analyse van de sporen die werden teruggevonden in de voertuigen van beide eisers, waarbij bestanddelen van de "cannabis sativa"-plant werden aangetroffen.

5. Eiser II voert in zijn eerste middel, dat uiteenvalt in twee onderdelen, schending aan van artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR, de artikelen 12 en 14 Grondwet, artikel 2bis Drugwet en de artikelen 26bis en 28 van het Koninklijk Besluit van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies.

In het eerste onderdeel verwijt eiser II de appelrechters dat zij onterecht oordelen dat het telen van cannabisplanten ook strafbaar is wanneer deze teelt gebeurt voor andermans gebruik. Volgens eiser II volgt uit de samenlezing van artikel 2*bis* Drugwet en de artikelen 26*bis*, 2° en 28, §2 van het Koninklijk Besluit van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies, dat de teelt van cannabisplanten slechts strafbaar is wanneer deze teelt enkel bestemd is voor persoonlijk gebruik.

Het Hof heeft zich over het door eiser II ingeroepen interpretatieprobleem reeds uitgesproken in een arrest van 10 januari 2006⁸. In deze zaak diende het Hof te antwoorden op een volledig gelijkkluidend middel, met dezelfde twee onderdelen (met inbegrip van een gelijkkluidend voorstel tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof), waarbij de schending van dezelfde verdrags- en wetsbepalingen werd aangevoerd als in de huidige zaak.

Er zijn geen redenen om af te wijken van het eerder standpunt dat het Hof innam in zijn arrest van 10 januari 2006, waarbij als volgt beslist werd (r.o. 4 en 5):

"4. De bestraffingschaal van de artikelen 26*bis*, 2°, 3° en 4°, en 28 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 doet geen afbreuk aan de strafbaarheid van misdrijven met betrekking tot cannabis. Alleen stelt artikel 26*bis*, 2° en artikel 28, §2, een minder zware straf op de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit van slaap- en verdovende middelen die betrekking hebben op cannabis alsmede op de teelt van cannabisplanten voor persoonlijk gebruik. Dit sluit elk ander feit dan dit voor persoonlijk gebruik uit.

De desbetreffende wetsbepalingen zijn zo uitdrukkelijk, nauwkeurig en duidelijk dat desomtrent niet de minste twijfel kan bestaan.

5. Het arrest oordeelt dat "teelt van cannabis voor verkoop" en "teelt van cannabis voor andermans gebruik" strafbaar is op grond van artikel 2*bis* Drugwet en artikel 26*bis*, 4°, van het koninklijk besluit van 31 december 1930. Het schendt niet de artikelen 7.1 EVRM, 15.1 IVBPR, 12, tweede lid, en 14 Grondwet, noch de artikelen 1 en 2*bis* Drugwet en artikel 26*bis* van het koninklijk besluit van 31 december 1930."

Uit dit antwoord van het Hof moet afgeleid worden dat de teelt van cannabis voor verkoop en de teelt van cannabis voor andermans gebruik wel degelijk strafbaar is op grond van de artikelen 2*bis* Drugwet en 26*bis*, 4° van het koninklijk besluit van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies.

Dit eerste onderdeel faalt bijgevolg naar recht.

In het tweede onderdeel van zijn eerste middel verwijt eiser II de appelrechters hem onterecht te hebben schuldig verklaard aan de teelt van cannabis anders dan voor eigen gebruik, hoewel noch de Drugwet, noch het koninklijk besluit van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies, enig criterium geeft dat toelaat het onderscheid te maken tussen teelt voor eigen en anders dan voor eigen gebruik, dan wanneer dit onderscheid volgens eiser II noodzakelijk is om de strafmaat binnen het kader van artikel 28 van voornoemd koninklijk besluit rechtsgeldig te kunnen verantwoorden.

Eiser II vraagt het Hof ook om desgevallend prejudicieel aan het Grondwettelijk Hof te vragen in hoeverre de artikelen 1 en 2*bis* Drugwet, al dan niet samengelezen, voor zover deze bepalingen geïnterpreteerd zouden worden als een delegatie van de wetgever aan de uitvoerende macht om te bepalen vanaf wanneer een teelt van cannabisplanten als anders dan voor persoonlijk gebruik moet worden beschouwd zonder dat daarbij de verplichting wordt opgelegd om daarbij een welomschreven hoeveelheid te definiëren, verenigbaar is

⁸ Cass. 10 jan. 2006, AR P.05.0812.N, AC, 2006, nr. 25 met concl. adv.-gen. TIMPERMAN.

met de artikel 7 EVRM, 15 IVBPR of met de artikelen 12 en 14 Grondwet.

Zoals hiervoor uiteengezet is ook dit onderdeel volledig gelijklopend met het tweede onderdeel van het middel dat aangevoerd werd in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 10 januari 2006.

Het antwoord kan dus opnieuw hetzelfde zijn want het onderdeel lijkt ook hier weer te vertrekken van een zelfde verwarring tussen, enerzijds, de strafbaarheid van de feiten en, anderzijds, de bepaling van de strafmaat van de bewezen verklaarde feiten: de teelt zelf van cannabisplanten is strafbaar, ongeacht de hoeveelheid planten en ongeacht of het voor eigen gebruik of voor andermans gebruik is. De hoeveelheid cannabisplanten is dus enkel van belang wanneer het een schuldigverklaring aan teelt van cannabisplanten voor eigen gebruik betreft, omdat de wettelijk bepaalde straf in dat geval lichter is. Wanneer de vervolging, zoals hier, evenwel betrekking heeft op de teelt voor andermans gebruik, dient geen rekening te worden gehouden met de hoeveelheid cannabisplanten.

Dat is overigens ook wat de appelrechters zelf vaststellen waar zij oordelen op p. 10 van het bestreden arrest, na te hebben vastgesteld dat er bij de huiszoeking 429 planten en 3815 stekken werden ontdekt, zodat "er geen enkele discussie kan bestaan dat de aangetroffen hoeveelheid niet bestemd was voor persoonlijk gebruik":

"De stelling van de beklagde is:

-volgens de huidige wetgeving is teelt van cannabis voor verkoop of andermans gebruik niet strafbaar;

-indien deze stelling niet gevolgd wordt, dan moet worden vastgesteld dat de wetgever nagelaten heeft (te bepalen) wat dient te worden verstaan onder 'persoonlijk gebruik'.

Het (h)of stelt vast dat de stelling van de beklagde hoegenaamd niet relevant is, nu hij gezinszins vervolgd wordt voor cannabisteelt voor persoonlijk gebruik."

Het tweede onderdeel faalt bijgevolg eveneens naar recht, zodat de voorgestelde prejudiciële vraag, die vertrekt van een verkeerde rechtsopvatting, niet moet worden gesteld.

Men kan zich overigens ook afvragen of het eerste middel in zijn twee onderdelen wel inhoudelijk consistent is: in het eerste onderdeel verdedigt eiser II voluit de stelling dat hij cannabisplanten teelde voor andermans gebruik of voor verkoop, waaromtrent hij oordeelt dat deze feiten niet strafbaar zijn, terwijl hij in het tweede onderdeel lijkt ervan uit te gaan dat, wanneer de teelt voor andermans gebruik toch strafbaar zou zijn, hij zou moeten kunnen toepassing maken van een concreet criterium dat het onderscheid maakt tussen teelt voor persoonlijk gebruik en teelt voor andermans gebruik, waarbij dan mag aangenomen worden dat hij zou trachten aan te tonen dat het een teelt voor persoonlijk gebruik betrof, waarop lichtere straffen zijn gesteld.

Eiser II lijkt bijgevolg in de twee onderdelen van hetzelfde middel, onder aanvoering van een schending van dezelfde verdrags- en wetsbepalingen, twee tegenstrijdige stellingen aan te voeren, zodat het middel bij gebrek aan nauwkeurigheid omtrent de precieze draagwijdte van zijn verweer, desgevallend ook als niet ontvankelijk zou kunnen worden afgewezen.

6. In zijn tweede middel voert eiser II schending aan van de artikelen 6.3.a en 7 EVRM, de artikelen 14.3.a en 15 IVBPR en artikel 149 Grondwet: het bestreden arrest beslist dat het bezit van de bij de eiser in beslag genomen planten zonder meer strafbaar is en beantwoordt zijn verweer niet, hoewel hij in conclusie had geargumenteed dat de stof, waarvan de verbouwing, of alleszins het bezit tegen hem wordt vervolgd, niet eens op een verstaanbare manier door de wetgever is gedefinieerd.

Eiser II preciseerd dat artikel 1.15 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies, enkel bestaat uit vier Latijnse benamingen,

waaronder "cannabis", die een modale rechtsonderhorige niet geacht kan worden te begrijpen, zodat de norm waarvan de overtreding wordt vervolgd voor de verdachte niet verstaanbaar is en dat de Drugwet geen precisering bevat omtrent welke bestanddelen van de cannabisplant in voornoemd artikel 1.15 bedoeld worden.

Dit middel kan allereerst niet worden aangenomen, aangezien het begrip "cannabis" zodanig in het gewone taalgebruik ingeburgerd is en op dergelijke grote schaal gekend en verspreid is, dat het voor een modale rechtsonderhorige perfect verstaanbaar is.

Voor het overige mist het middel feitelijke grondslag, aangezien het arrest het verweer beantwoordt met de redenen die het bevat op pp. 12 en 14.

7. In zijn derde en laatste middel voert eiser II schending aan van artikel 6 EVRM: de appelrechters gebruiken de verklaring die hij op 23 mei 2007 aflegde buiten de aanwezigheid van zijn raadsman als bewijs tegen hem, hoewel hij in conclusie had aangevoerd dat hij tijdens die ondervraging door de verbalisanten was verschaft, zodat zijn recht van verdediging en recht op een eerlijk proces onherstelbaar is aangetast.

Dit middel brengt ons opnieuw bij de problematiek van de wijze waarop de SALDUZ-rechtspraak moet worden toegepast.

Vooreerst kan er worden op gewezen dat de betwiste verklaring van 23 mei 2007 niet een verklaring betreft tijdens een politieverhoor vóór de voorleiding voor de onderzoeksrechter, noch om een verklaring afgelegd bij de onderzoeksrechter. Het betrof een verklaring, die later afgelegd werd in de loop van het gerechtelijk onderzoek, tijdens een navolgend verhoor door de onderzoekers en waarbij eiser II ondervraagd werd over de (positieve) resultaten van het deskundigenonderzoek op de sporen die teruggevonden werden in de voertuigen van eiser I en eiser II.

De appelrechters citeren letterlijk een aantal passages uit deze verklaring, onder meer:

"Ik word door uw diensten geconfronteerd met het sporenonderzoek (...) en het bijhorende positief resultaat (...). Ik kan uw diensten hierover enkel zeggen dat ik reeds in mijn eerdere verklaringen heb toegegeven dat ik cannabisstekken vervoerde met mijn wagen (...). Het lijkt mij vrij logisch dat er dan bestanddelen worden aangetroffen na een sporenonderzoek die wijzen op de aanwezigheid van het bestanddeel THC."

Terloops weze opgemerkt dat het alvast opmerkelijk is dat eiser II zijn verweer, geput uit de SALDUZ-rechtspraak, in zijn beroepsconclusie voor de appelrechters en in zijn derde cassatiemiddel, beperkt tot de verklaring van 23 mei 2007 en geen gewag maakt van enig probleem omwille van de afwezigheid van bijstand van een raadsman bij zijn vorige politieverhoren of bij zijn voorleiding voor de onderzoeksrechter.

De appelrechters beantwoorden en verwerpen het verweer van eiser II in verband met de SALDUZ-rechtspraak door de volgende vaststellingen:

"De (eiser II) beroept zich vervolgens op de rechtspraak gebaseerd op het arrest van het Europees Hof inzake SALDUZ.

Het (h)of stelt echter vast dat:

-de (eiser II) reeds naar aanleiding van zijn voorleiding voor de onderzoeksrechter op 24 april 2007 keuze van raadsman heeft gedaan;

-deze advocaat hem bijgestaan heeft in het verder verloop van de procedure, bij voorbeeld bij de verschijningen voor de raadkamer en voor de kamer van inbeschuldigingstelling in het kader van de voorlopige hechtenis;

-op 23 mei 2007 de (eiser II) reeds bijstand van een advocaat had en dat hij en zijn advocaat de gelegenheid hadden inzage te nemen van het dossier.

Het feit dat tijdens het verhoor zelf door de politiediensten de (eiser II) niet werd

bijgestaan door een advocaat, kan dan ook geenszins een krenking van het recht van verdediging uitmaken."

8. Sinds 27 november 2008 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in tal van arresten⁹ het standpunt herhaald, dat het reeds eerder had ingenomen in het arrest SALDUZ¹⁰: het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn in de regel geschaad als incriminerende verklaringen, die werden afgelegd tijdens een politieverhoor zonder mogelijkheid van bijstand van een advocaat, worden gebruikt voor een veroordeling.

Dit recht op bijstand geldt niet alleen tijdens de rechtspleging voor de feitenrechter, maar ook in de daaraan voorafgaande fase van onderzoek of vooronderzoek. Dat de waarborgen van artikel 6.3.c EVRM ook spelen in deze aan het proces voorafgaande fase blijkt immers al uit het arrest van 24 november 1993¹¹ van Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar gesteld werd dat artikel 6 EVRM, en meer bepaald artikel 6.3 EVRM, een rol kan spelen nog vóór de zaak voor de feitenrechter wordt gebracht, indien en in de mate dat de aanvankelijke niet-inachtneming ervan op ernstige wijze het eerlijk karakter van het proces in het gedrang dreigen te brengen.

Dit principe behoort inmiddels tot de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en werd nogmaals herbevestigd in het arrest SALDUZ, waar het Hof het belang van deze fase van het onderzoek benadrukt in het licht van de voorbereiding van het eigenlijke proces, in de mate dat de bewijzen die tijdens deze fase van de strafvervolgning werden verzameld, het kader bepalen waarbinnen de telastlegging tijdens het strafproces zal worden onderzocht¹².

Het principe zelf van de vereiste van bijstand door een raadsman is overigens ook niet geheel nieuw: reeds in een arrest van 8 februari 1996¹³ besliste het Europees Hof in een zaak van terrorisme, waar de beklagde slechts na de in het Verenigd Koninkrijk bepaalde wettelijke termijn van 48 uur overleg kon plegen met zijn raadsman, dat in dergelijk geval, artikel 6 EVRM normalerwijze vereist dat de beklagde kan genieten van de bijstand van een advocaat vanaf de eerste fase van de politieverhoren. Het Hof voegt er evenwel aan toe dat dit recht, dat niet *expressis verbis* ingeschreven is in het EVRM, aan bepaalde beperkingen kan worden onderworpen, wanneer daar "geldige" redenen voor voorhanden zijn. Volgens het Europees Hof moet, geval per geval, nagegaan worden of deze beperking, in het licht van het geheel van de procedure, het recht op een eerlijk proces van de beklagde heeft aangetast.

In het arrest SALDUZ¹⁴ gaat het Europees Hof evenwel nog een stap verder: anders dan in het hiervoor geciteerde arrest MURRAY, waar het hof gewag maakt van "beperkingen waarvoor 'geldige' redenen aanwezig zijn", preciseert het Hof in zijn arrest van 27 november 2008 dat er slechts restricties kunnen worden opgelegd aan het recht op bijstand van een advocaat wanneer daarvoor "dwingende" redenen ("compelling reasons" - "raisons impérieuses") voorhanden zijn. Bovendien mag deze uitzonderlijke en door dwingende redenen verantwoorde beperking geen onrechtmatig nadeel berokkenen aan de door artikel 6 EVRM gewaarborgde rechten van de beklagde.

9 Zie onder meer EHRM, 11 dec. 2008, *Panovits t. Cyprus*; 3 feb. 2009, *Çimen t. Turkije*; 17 feb. 2009, *Ibrahim Öztürk t. Turkije*; 19 feb. 2009, *Shabelnik t. Oekraïne*; 31 maart 2009, *Plonka t. Polen*; 21 april 2009, *Soykan t. Turkije*; 30 juni 2009, *Artimenco t. Roemenië*; 28 juli 2009, *Zeki Bayhan t. Turkije*; 24 sept. 2009, *Pishchalnikov t. Rusland*; 13 okt. 2009, *Güvenilir t. Turkije*; 8 dec. 2009, *Savas t. Turkije*; 18 feb. 2010, *Aleksandr Zaichenko t. Rusland*.

10 EHRM, 27 nov. 2008, *Salduz t. Turkije*, r.o. 55

11 EHRM, 24 nov. 1993, *Imbrioscia t. Zwitserland*

12 EHRM, 27 nov. 2008, *Salduz t. Turkije*, r.o. 54.

13 EHRM, 8 feb. 1996, *Murray t. Verenigd Koninkrijk*

14 EHRM, 27 nov. 2008, *Salduz t. Turkije*, r.o. 55

Het recht op bijstand van een raadsman tijdens het (politie)verhoor wordt door het Europees Hof zonder de minste twijfel als "fundamenteel" beschouwd¹⁵.

Anderzijds volgt uit het feit dat het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces (slechts) in de regel onherroepelijk zijn geschaad als incriminerende verklaringen, die werden afgelegd tijdens een politieverhoor zonder mogelijkheid van bijstand van een advocaat, worden gebruikt voor een veroordeling en uit het feit dat het Europees Hof aanneemt dat, weliswaar onder de zeer stringente voorwaarde dat er "dwingende" redenen moeten zijn, "uitzonderlijk" een beperking kan worden opgelegd aan het recht op bijstand van een raadsman, dat dit (fundamentele) recht (toch) niet "absoluut" is. Het Europees Hof zegt dit overigens zelf in zoveel woorden in het arrest SALDUZ¹⁶, onder verwijzing naar zijn arrest van 23 november 1993¹⁷.

Ook het feit dat onder zekere voorwaarden (geen vermoeden van afstand, maar afstand die in expliciete en onmiskenbare bewoordingen is gedaan en afstand slechts mogelijk wanneer de beklagde op afdoende wijze werd gewezen op zijn rechten) afstand¹⁸ kan worden gedaan van het recht op bijstand, wijst erop dat het recht op bijstand toch nog van een andere orde is dan bijvoorbeeld het recht op een onafhankelijke en onpartijdige bij wet ingestelde rechterlijke instantie, waarvan zonder twijfel kan aangenomen worden dat het Europees Hof, dat stevast wijst op de preciaire situatie van de beklagde, nooit zal aanvaarden dat, in strafzaken, van dit recht afstand zou kunnen worden gedaan.

In de zaak SALDUZ en in tal van navolgende arresten schetst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eerst het kader van de toepasselijke principes en toetst het nadien dit kader aan de concrete gegevens van de individuele zaak. Het Europees Hof heeft inderdaad, zoals hiervoor uiteengezet, in tal van arresten gesteld dat in elk concreet geval moet worden nagegaan of een vastgestelde beperking aan het recht op bijstand van een advocaat gerechtvaardigd kan worden en, in bevestigend geval, of deze beperking, in het licht van het geheel van de rechtspleging, de beklagde al dan niet het recht op een eerlijk proces heeft ontnomen¹⁹.

Uit het SALDUZ-arrest blijkt dus dat het enkele feit dat een beklagde vanaf zijn eerste ondervraging door de politie niet van de bijstand van een raadsman kon genieten, van aard kan zijn om een miskennis van het recht op verdediging en van het recht op een eerlijk proces op te leveren, tenzij, in het licht van de specifieke omstandigheden van de individuele zaak, uitzonderlijk, om "dwingende" redenen, een restrictie aan het recht op bijstand kan worden verantwoord en deze beperking geen onrechtmatig nadeel heeft berokkend aan de door artikel 6 EVRM gewaarborgde rechten van de beklagde.

Vraag is evenwel of de enkele omstandigheid dat een beklagde werd verhoord zonder de bijstand van een raadsman steeds per se onherroepelijk tot de vaststelling moet leiden dat het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces hierdoor "automatisch" op onherstelbare wijze werden geschonden, zeker wanneer zou blijken dat de in die omstandigheden afgelegde verklaringen niet of niet op doorslaggevende wijze werden gebruikt voor een veroordeling.

Vooraleer hierop verder in te gaan, kan er eerst nog gewezen worden op een niet onbelangrijke nuance tussen de Engelse en de Franse versie van het SALDUZ-arrest: waar de Engelse versie luidt dat "(t)he rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction", lijkt de Franse versie enigszins restrictiever waar

15 EHRM, 27 nov. 2008, Salduz t. Turkije, r.o. 51

16 EHRM, 27 nov. 2008, Salduz t. Turkije, r.o. 51

17 EHRM, 23 nov. 1993, Poitrimol t. Frankrijk

18 EHRM, 11 dec. 2008, Panovits t. Cyprus

19 EHRM, 27 nov. 2008, Salduz t. Turkije, r.o. 52; 2 maart 2010, Bouglame t. België

gesteld wordt "il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation". In de Franse versie gaat het dus niet om het louter "gebruik" van de verklaring voor een veroordeling, maar om het "gebruik ervan om een veroordeling op te steunen": in de Franse versie moet het "gebruik" bijgevolg een strengere toets doorstaan.

De vraag of het gebrek aan bijstand van een advocaat tijdens het verhoor op zich volstaat om een miskenning van het recht van verdediging en van het recht op een eerlijk proces op te leveren, roept onmiddellijk de vraag op of dit fundamenteel recht op bijstand van een raadsman bij het verhoor niet moet worden ingebed in het veel ruimere en bredere kader van het recht op verdediging en het recht op een eerlijk proces, waarvan het recht op bijstand slechts één, - zij het belangrijk -, element of onderdeel is. Het Europees Hof lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden aangezien het arrest SALDUZ besluit tot de schending van artikel 6.3.c EVRM "in combinatie met artikel 6.1 EVRM".

Er werd hiervoor reeds gewezen op het feit dat volgens het Europees Hof, bij een vastgestelde tekortkoming aan het recht op bijstand van een advocaat bij het verhoor, geval per geval, moet worden nagegaan of deze beperking, in het licht van het geheel van de procedure, het recht op een eerlijk proces van de beklaagde heeft aangetast²⁰.

In het kader van de SALDUZ-problematiek zelf kan daarbij gewezen worden op het arrest van het Europees Hof van 18 februari 2010²¹.

In de eerste plaats herhaalt het Europees Hof in dit arrest opnieuw dat de toepassing van artikel 6.3 EVRM ook al relevant kan zijn in de fase vóór het eigenlijke strafproces. Het Europees Hof preciseert in dit arrest evenwel opnieuw dat, om uit te maken of het doel van artikel 6 EVRM, met name het recht op een eerlijk proces, werd bereikt, het geheel van de nationale procedure dient in aanmerking genomen te worden.

Nog volgens het Europees Hof dient ook nagegaan te worden of er relevante waarborgen ("relevant safeguards") ingebouwd zijn in de nationale procedure en dient ten slotte ook onderzocht te worden wat met de bewijzen uiteindelijk is gebeurd.

Ook buiten de SALDUZ-problematiek gaat het Europees Hof op dezelfde wijze te werk. In zijn arrest van 1 juni 2010²² neemt het Europees Hof aan dat de Duitse politie de verdachte van een ontvoering van een minderjarige, die later vermoord werd teruggevonden, had bedreigd met foltering en veroordeelt het Duitsland wegens schending van artikel 3 EVRM. De verzoeker riep vervolgens ook een schending van artikel 6 EVRM in omdat de bekentenissen, waarvan het Europees Hof vaststelde dat hij die onder bedreiging van foltering had afgelegd, gebruikt werden voor zijn veroordeling. Het Europees Hof oordeelt evenwel dat er van enige schending van artikel 6 EVRM geen sprake is omdat, gelet op de (specifieke) gegevens van de zaak, de niet-uitsluiting van de betwiste bewijzen, verzameld in strijd met artikel 3 EVRM wegens bedreigingen met foltering, niet meegespeeld heeft in het verdict van schuldigverklaring en in de strafmaat, die in het bijzonder gesteund waren op nieuwe bekentenissen tijdens het proces. Het Europees Hof oordeelt verder dat het recht op verdediging en het recht om zichzelf niet te beschuldigen geëerbiedigd werden en dat het geheel van het proces als eerlijk kan beschouwd worden.

Deze rechtspraak toont aan dat het Europees Hof, zelfs na de vaststelling van het bestaan van een schending van het EVRM, nog verder nagaat in hoeverre de verdachte of beklaagde zich in een kwetsbare positie bevond op het ogenblik van het afleggen van de belastende verklaringen, in welke mate deze verklaringen werden aangewend om de

20 EHRM, 27 nov. 2008, Salduz t. Turkije, r.o. 52; 2 maart 2010, Bouglame t. België.

21 EHRM, 18 feb. 2010, Aleksandr Zaichenko t. Rusland.

22 EHRM, 1 juni 2010, Gäfgen t. Duitsland.

veroordeling op te steunen en of er, in het licht van het geheel van de procedure, geen (nationale) waarborgen bestonden die van aard waren een afdoende compensatie of remedie in te houden om, ondanks de vastgestelde tekortkoming, toch het eerlijk karakter van het proces te vrijwaren.

Sommigen zullen wellicht aanvoeren dat het Europees Hof ook beslist heeft dat een systematische beperking van het recht op de bijstand van een advocaat door de nationale wetgeving, op zich volstaat om te besluiten tot een schending van artikel 6 EVRM, zodat een verder onderzoek naar het bestaan van andere waarborgen die zouden kunnen remediëren aan deze beperking, niet langer dienstig kan zijn.

Het Europees Hof heeft inderdaad in die zin geoordeeld in zijn arresten van 19 november 2009²³ en 2 maart 2010²⁴, maar in het licht van de thans voorliggende zaak, lijkt het niet zonder belang te preciseren dat beide arresten betrekking hadden op een systematische wettelijke beperking van het recht op de bijstand van een advocaat in de fase van de "garde à vue" of bij het eerste verhoor door de onderzoeksrechter in het kader van de wet op de voorlopige hechtenis. Rekening houdend met het gegeven dat het Europees Hof in de SALDUZ-rechtspraak vooral oog heeft voor het feit dat de verdachte zich op dat ogenblik in een zeer kwetsbare positie bevindt, kan de vraag gesteld worden of dit standpunt van het Europees Hof zomaar kan uitgebreid worden tot de andere stadia van de procedure.

Wel wordt in het arrest van 13 oktober 2009²⁵ van het Europees Hof gepreciseerd dat de verdachte of beklaagde (die van zijn vrijheid is beroofd) recht heeft op het uitgebreide gamma van tussenkomsten die een advocaat kan bieden, zoals de bespreking van de zaak, de organisatie van de verdediging, het zoeken naar elementen à décharge, de voorbereiding van de ondervragingen, de bijstand aan de verdachte in nood en de controle van de detentievoorwaarden.

Het onderzoek naar eventuele andere compenserende of remediërende waarborgen blijft dus wel degelijk relevant.

Uw Hof heeft dit reeds gedaan in zijn arresten van 5 mei 2010²⁶ en 26 mei 2010²⁷. In deze arresten werd onder meer erop gewezen dat de vormvereisten die bij artikel 47*bis* Wetboek van Strafvordering voor het verhoor van de verdachte zijn opgelegd, de korte duur van de grondwettelijke termijn van de voorlopige hechtenis, de onmiddellijke overhandiging aan de inverdenkinggestelde, op het ogenblik van de betekening van het bevel tot aanhouding, van alle in de artikelen 16, §7, en 18, §2, Voorlopige Hechteniswet bedoelde stukken, het recht van de inverdenkinggestelde om onmiddellijk vrij verkeer te hebben met zijn advocaat overeenkomstig artikel 20, §1 en 5, van de voormelde wet, de inzage van het dossier alvorens voor het onderzoeksgerecht te verschijnen, zoals dat in artikel 21, §3, van die wet is geregeld, alsook de rechten die met name in de artikelen 61ter, 61quater, 61quinquies, 136 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering zijn bedoeld, de inzage van het dossier en het vrij verkeer van de beklaagde met zijn advocaat tijdens de procedure voor de feitenrechter, in hun geheel daadwerkelijke en passende remedies zijn tegen de afwezigheid van bijstand van een advocaat tijdens het politieverhoor, omdat zij de beklaagde toelaten zijn recht van verdediging ten volle uit te oefenen en omdat zij zijn recht op een eerlijk proces waarborgen.

Benevens dit onderzoek in abstracto van de compenserende waarborgen die het intern rechtstelsel biedt, meen ik bovendien dat het Hof, in navolging van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zelf ook tot een onderzoek in concreto van het voorliggende

23 EHRM, 19 nov. 2009, Dayanan t. Turkije.

24 EHRM, 2 maart 2010, Bouglame t. België.

25 EHRM, 19 nov. 2009, Dayanan t. Turkije.

26 Cass. 5 mei 2010, AR P.10.0257.F, AC, 2010, nr. 314 met concl. adv.-gen. VANDERMEERSCH.

27 Cass. 26 mei 2010, AR 9.10.0503.F, AC, nr. 366.

individuele geval moet overgaan. Uw Hof heeft reeds in die zin beslist in zijn arrest van 27 oktober 2010²⁸ door te oordelen dat er dient nagegaan te worden of de verhoren van de eiser, die gebeurden buiten de aanwezigheid van de advocaat, een dusdanig effect gehad hebben op het verloop van het proces dat dit niet langer meer als eerlijk kan worden beschouwd.

Wanneer het Hof tot dit nazicht in concreto overgaat en dit nazicht combineert met de andere criteria die het Europees Hof hanteert, zal het dienen vast te stellen, op grond van de stukken waarop het vermag acht te slaan, dat:

-eiser II niet aanvoert dat er sprake was van ongepaste dwang

-eiser II zich tijdens het verhoor en tijdens het onderzoek niet in een kwetsbare positie bevond, noch in een positie die vergelijkbaar is met deze van een verdachte op het ogenblik van het eerste politieverhoor of het verhoor door de onderzoeksrechter in het kader van de voorlopige hechtenis

-eiser II reeds naar aanleiding van zijn voorleiding voor de onderzoeksrechter op 24 april 2007 keuze van raadsman had gedaan

-deze advocaat hem heeft bijgestaan in het verder verloop van de procedure, bij voorbeeld bij de verschijningen voor de raadkamer en voor de kamer van inbeschuldigingstelling in het kader van de voorlopige hechtenis

-eiser II op het ogenblik van zijn verklaring op 23 mei 2007 reeds de bijstand van een advocaat had en dat hij en zijn advocaat de gelegenheid hadden inzage te nemen van het dossier, zodat hij kon genieten van "het uitgebreide gamma van tussenkomsten die een advocaat kan bieden, zoals de bespreking van de zaak, de organisatie van de verdediging, het zoeken naar elementen à décharge, de voorbereiding van de ondervragingen, de bijstand aan de verdachte in nood en de controle van de detentievoorwaarden"

-de appelrechters de gewraakte verklaring van 23 mei 2007 weliswaar bespreken in het bestreden arrest, maar enkel in het licht van de verweermiddelen die eiser II tegen deze verklaring aanvoerde

-de appelrechters weliswaar oordelen dat "er dan ook geen redenen zijn om de verklaring van (eiser II) niet te gebruiken", maar dat zij met eigen redenen en met overname van de redenen van het beroepen vonnis oordelen dat eiser II schuldig is aan de ten laste gelegde feiten op grond van de tijdens het onderzoek uitgevoerde observaties, de resultaten van de huiszoeking en van het uitgevoerde deskundigenonderzoek, zodat de gewraakte verklaring van 23 mei 2007 van eiser II niet doorslaggevend was om de veroordeling op te steunen

-dat alle elementen aan de tegenspraak van de partijen werden onderworpen en eiser II zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd bijgestaan door zijn raadslieden.

In zoverre het derde middel van eiser II ervan uitgaat dat het loutere feit van de niet-aanwezigheid van zijn advocaat bij zijn verhoor van 23 mei 2007 "automatisch" zijn recht van verdediging en zijn recht op een eerlijk proces onherstelbaar en onherroepelijk heeft aangetast, faalt het naar recht.

In zoverre het derde middel ervan uitgaat dat uit het nazicht in concreto van het verloop van de rechtspleging moet blijken dat de appelrechters zijn recht van verdediging en zijn recht op een eerlijk proces hebben miskend, kan het niet worden aangenomen.

Conclusie: verwerping van de cassatieberoepen

ARREST

(AR P.10.1428.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 25 juni 2010.

De eiser I voert in een memorie twee middelen aan.

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

Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

(...)

Eerste middel van de eiser II

Eerste onderdeel

2. Het onderdeel voert schending aan van artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR, de artikelen 12 en 14 Grondwet, artikel *2bis* Drugswet en de artikelen *26bis* en 28 KB 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende de risicobeperking en therapeutisch advies (verder: KB 31 december 1930): het arrest beslist ten onrechte dat de teelt van cannabisplanten ook strafbaar is wanneer deze teelt niet gebeurt voor eigen gebruik; de teelt van planten waaruit de door de Drugswet geviseerde stoffen kunnen worden getrokken, is slechts strafbaar voor zover het gaat om cannabis en mits het gaat om teelt bestemd voor persoonlijk gebruik.

3. De artikelen *26bis*, 2°, en 28 KB 31 december 1930, die een minder zware straf stellen op de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit van slaap- en verdovende middelen die betrekking hebben op cannabis alsmede op de teelt van cannabisplanten voor persoonlijk gebruik, doen geen afbreuk aan de strafbaarheid van andere dan voor persoonlijk gebruik gepleegde misdrijven met betrekking tot cannabis.

Het onderdeel faalt naar recht.

Tweede onderdeel

4. Het onderdeel voert schending aan van artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR, de artikelen 12 en 14 Grondwet, artikel *2bis* Drugswet en de artikelen *26bis* en 28 KB 31 december 1930: het arrest beslist ten onrechte dat de eiser schuldig is aan de teelt van cannabisplanten voor andermans gebruik; die wet noch het KB 31 december 1930 geven een criterium aan dat toelaat het onderscheid te maken tussen teelt voor eigen en anders dan voor eigen gebruik, wat nochtans noodzakelijk is om de strafmaat binnen het kader van artikel 28 KB 31 december 1930 rechtsgeldig te kunnen verantwoorden.

Het onderdeel verzoekt het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

"In hoeverre zijn de artikelen 1 en *2bis* Drugswet, geïnterpreteerd in die zin dat zij een delegatie van de wetgever aan de uitvoerende macht verlenen om te

bepalen vanaf wanneer een teelt van cannabisplanten als anders dan voor het persoonlijk gebruik moet worden beschouwd, zonder dat daarbij de verplichting wordt opgelegd om daarbij een welomschreven hoeveelheid te definiëren, verenigbaar is met artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR en met de artikelen 12 en 14 Grondwet."

5. Het telen van planten voor verdovende middelen is strafbaar door het enkele feit dat de teelt plaatsvindt, onverschillig welke de hoeveelheid van die teelt is en of die teelt gebeurt voor eigen dan wel voor andermans gebruik. De vraag naar de hoeveelheid van de verdovende middelen is slechts relevant wanneer deze plaatsvindt voor persoonlijk gebruik daar die omstandigheid kan leiden tot een lichtere straf. Daarentegen, wanneer de teelt bestemd is voor andermans gebruik is de hoeveelheid van die teelt voor de bestraffing irrelevant.

Het onderdeel faalt naar recht.

6. De prejudiciële vraag gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het Hof ze niet stelt.

(...)

Derde middel van de eiser II

10. Het middel voert schending aan van artikel 6 EVRM: het arrest verklaart de eiser ten onrechte schuldig aan de hem ten laste gelegde feiten op grond van de verklaring die de eiser op 23 mei 2007 buiten aanwezigheid van zijn raadsman heeft afgelegd; daardoor is eisers recht van verdediging en recht op eerlijk proces onherstelbaar aangetast.

11. Het recht op bijstand van een advocaat gewaarborgd bij artikel 6.3 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens, houdt in dat er gedurende het volledige vooronderzoek toegang moet zijn tot een advocaat, tenzij is aangetoond dat er wegens de bijzondere omstandigheden van de zaak dwingende redenen zijn om dit recht te beperken. Zelfs in dat geval mag een dergelijke beperking, wat ook de rechtvaardiging ervan is, niet onrechtmatig de rechten van de beklaagde zoals beschermd bij artikel 6.1 en 6.3 EVRM beperken.

12. Het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn in de regel geschaad als incriminerende verklaringen die werden afgelegd tijdens een politieverhoor zonder mogelijkheid van bijstand van een advocaat, worden gebruikt voor een veroordeling.

13. Deze omstandigheid heeft nochtans niet automatisch voor gevolg dat het definitief onmogelijk is de zaak van een verdachte en vervolgens beklaagde op eerlijke wijze te behandelen. Wanneer de rechter de verklaringen niet als doorslaggevend bewijs gebruikt, er kennelijk geen misbruik of dwang is gebruikt en de beklaagde zich op het ogenblik van het verhoor en tijdens het onderzoek niet in een kwetsbare positie bevond, of aan de kwetsbare positie van de beklaagde op een daadwerkelijke en passende wijze is geredimeerd, blijft het eerlijke karakter van het proces gevrijwaard.

14. Het feit dat de Belgische wetgeving niet voorziet in de bijstand van een advocaat tijdens het verhoor door de politiediensten, dient te worden beoordeeld

in het licht van het geheel der wettelijke waarborgen die diezelfde wetgeving de beklaagde biedt ter vrijwaring van zijn recht van verdediging en van zijn recht op een eerlijk proces.

15. De vormvereisten die bij artikel 47*bis* Wetboek van Strafvordering voor het verhoor van de beklaagde zijn opgelegd, de korte duur van de grondwettelijke termijn van de vrijheidsberoving, de onmiddellijke overhandiging aan de verdachte, op het ogenblik van de betekening van het bevel tot aanhouding, van alle in de artikelen 16, §7, en 18, §2, Voorlopige Hechteniswet bedoelde stukken, het recht van de verdachte onmiddellijk vrij verkeer te hebben met zijn advocaat overeenkomstig artikel 20, §1 en 5, van de voormelde wet, de inzage van het dossier alvorens voor het onderzoeksgerecht te verschijnen, zoals dat in artikel 21, §3, van die wet is geregeld, alsook de rechten die met name in de artikelen 61*ter*, 61*quater*, 61*quinquies*, 127, 135, 136 en 235*bis* Wetboek van Strafvordering zijn bedoeld, de inzage van het dossier en het vrij verkeer van de beklaagde met zijn advocaat tijdens de procedure voor de feitenrechter, kunnen in hun geheel daadwerkelijke en passende remedies zijn op de afwezigheid van bijstand van een advocaat tijdens het politieverhoor. Zij laten de beklaagde immers toe zijn recht van verdediging ten volle uit te oefenen en waarborgen zijn recht op een eerlijk proces.

16. In zoverre het middel ervan uitgaat dat het gebrek aan bijstand van een advocaat tijdens een politieverhoor het recht van verdediging en recht op een eerlijk proces steeds onherstelbaar aantast, faalt het naar recht.

17. Het staat de rechter ook aan de hand van de concrete gegevens van de zaak na te gaan of de afwezigheid van bijstand van een advocaat bij een verhoor door de politie of de onderzoeksrechter het recht op eerlijk proces en het recht van verdediging van de verdachte en latere beklaagde of beschuldigde onherstelbaar heeft aangetast.

18. Het arrest stelt vast dat:

- "de eiser reeds naar aanleiding van zijn voorleiding voor de onderzoeksrechter op 27 april 2007 keuze van een raadsman heeft gedaan;

- deze advocaat hem in het verdere verloop van de procedure heeft bijgestaan, bij voorbeeld bij de verschijningen voor de raadkamer en voor de kamer van inbeschuldigingstelling in het kader van de voorlopige hechtenis;

- op 23 mei 2007, de (eiser II) reeds bijstand van een advocaat had en dat hij en zijn advocaat de gelegenheid hadden inzage te nemen van het dossier."

Op grond van die vaststellingen oordeelt het arrest verder: "Het feit dat tijdens het verhoor zelf door de politiediensten de beklaagde niet werd bijgestaan door een advocaat, kan dan ook geenszins een [miskenning] van het recht van verdediging uitmaken."

Die beslissing is naar recht verantwoord.

19. Verder dient te worden nagegaan of de verklaringen die de eiser heeft afgelegd zonder de bijstand van een advocaat, een zodanige impact hebben gehad op het verloop van het strafproces dat dit geen eerlijk karakter meer zou vertonen.

Het arrest oordeelt met eigen redenen en met overname van de redenen van het beroepen vonnis dat de eiser schuldig is aan de hem ten laste gelegde feiten op grond van de uitgevoerde observaties tijdens het onderzoek, de resultaten van de huiszoeking en de uitgevoerde expertise.

Eenzijds werd geen enkele van die elementen aan de tegenspraak van de partijen onttrokken, anderzijds is de betwiste verklaring naar aanleiding van de expertise op de wagen van de eiser niet doorslaggevend geweest voor de vorming van de overtuiging van de appelrechters en de daarop volgende veroordeling.

20. Hieruit volgt dat het arrest eisers recht van verdediging en recht op eerlijk proces niet miskent.

Het middel kan in zoverre niet aangenomen worden.

Ambtshalve onderzoek

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

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers in de kosten.

23 november 2010 – 2^o kamer – *Voorzitter* : de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. D. Grootjans, Antwerpen.

Nr. 691

2^o KAMER - 23 november 2010

1^o ONDERZOEKSGERECHTEN - RAADKAMER - REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE EN BURGERLIJKE PARTIJ - VERZOEK AAN DE ONDERZOEKSRECHTER OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN TE VERRICHTEN - VERVOLLEDIGING VAN HET ONDERZOEK - NIEUW VERZOEK OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN - ONTVANKELIJKHEID

2^o ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - VOLTOOING VAN HET ONDERZOEK - VORDERING TOT REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE EN BURGERLIJKE PARTIJ - VERZOEK AAN DE ONDERZOEKSRECHTER OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN TE VERRICHTEN - VERVOLLEDIGING VAN HET ONDERZOEK - NIEUW VERZOEK OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN - ONTVANKELIJKHEID

3^o ONDERZOEKSRECHTER - VOLTOOING VAN HET ONDERZOEK - VORDERING TOT REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE EN BURGERLIJKE PARTIJ - VERZOEK AAN DE ONDERZOEKSRECHTER OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN TE VERRICHTEN - VERVOLLEDIGING VAN HET ONDERZOEK - NIEUW VERZOEK OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN - ONTVANKELIJKHEID

4^o ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE VAN

DE REGELMATIGHEID VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN OBSERVATIE EN INFILTRATIE -
DRAAGWIJDTE

5^o ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE VAN
DE REGELMATIGHEID VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN OBSERVATIE EN INFILTRATIE -
INVLOED OP DE REGELING VAN DE RECHTSPLEGING

6^o ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - CONTROLE VAN
DE REGELMATIGHEID VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN OBSERVATIE EN INFILTRATIE -
ARREST WAARBIJ DE REGELMATIGHEID VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN WORDT
VASTGESTELD - CASSATIEBEROEP - OPROEPING VOOR DE RAADKAMER VOOR DE REGELING VAN DE
RECHTSPLEGING - OPROEPING VÓÓR DE UITSpraak OVER HET CASSATIEBEROEP - INVLOED OP DE
MOGELIJKHEID OM BIJKOMENDE ONDERZOEKSHANDELINGEN TE VRAGEN

1^o, 2^o en 3^o Artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering geeft aan de partijen die vóór hun
verschijning voor het onderzoeksgerecht een verzoek overeenkomstig artikel 61quin-
quies Wetboek van Strafvordering tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen
hebben ingediend of die, alhoewel zij hiertoe de mogelijkheid hadden, dit in
tegenstelling tot andere partijen hebben nagelaten, niet het recht de regeling van de
rechtspleging een tweede maal te laten schorsen door de onderzoeksrechter opnieuw
om bijkomende onderzoeksverrichtingen te verzoeken, ook al zijn het andere; afgezien
van het geval waarin het openbaar ministerie op grond van de uitslag van de eerder
gevraagde bijkomende onderzoeksverrichtingen zijn vordering tot regeling van de rechts-
pleging wijzigt, is het recht om bijkomende onderzoeksverrichtingen te verzoeken
gedurende de termijn die aan de rechtszitting voor de regeling van de rechtspleging
voorafgaat, een recht dat maar eenmaal kan worden uitgeoefend¹.

4^o De controle door de kamer van inbeschuldigingstelling over de toepassing van de bijzon-
dere opsporingsmethoden observatie en infiltratie van artikel 235ter, §1, Wetboek van
Strafvordering betreft enkel een controle ten einde na te gaan of naar de gegevens van
het vertrouwelijk dossier de voorschriften betreffende deze bijzondere opsporings-
methoden, bepaald in de artikelen 47sexies, 47septies, 47octies en 47novies Wetboek
van Strafvordering werden nageleefd en of de bij het strafdossier gevoegde processen-
verbaal betreffende de toepassing van die bijzondere opsporingsmethoden de
vermeldingen bevatten die ze moeten bevatten en of deze overeenkomen met de
gegevens van het vertrouwelijk dossier, maar heeft verder niets uitstaande met het
onderzoek van de regelmatigheid of volledigheid van het eigenlijke strafonderzoek².

5^o en 6^o De controle van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie,
uitgevoerd met toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering, houdt in dat de
regeling van de rechtspleging niet kan plaatsvinden zolang die controle, daarin begrepen
het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling waarbij die
controle wordt uitgevoerd, niet afgehandeld is; daarentegen volgt evenwel noch uit deze
wetsbepaling noch uit artikel 127 van hetzelfde wetboek dat de procedure van regeling
van de rechtspleging niet kan opgestart worden door de partijen reeds op te roepen voor
de rechtszitting voor de raadkamer, met als gevolg dat de partijen op dat ogenblik
toepassing kunnen maken van de in artikel 127, §3, bepaalde mogelijkheid een verzoek
in te dienen bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten en het feit dat
cassatieberoep werd aangetekend tegen het arrest waarbij de controle overeenkomstig
artikel 235ter Wetboek van Strafvordering werd uitgevoerd en hierover nog geen definitieve
uitspraak is gedaan, doet hieraan geen afbreuk³.

(H.)

Conclusie van advocaat-generaal P. Duinslaeger:

1 Zie conclusie van het O.M.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

1. De eiser wordt vervolgd voor inbreuken op de Drugswet, criminele organisatie en witwassen.

In het kader van het gerechtelijk onderzoek werden de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie aangewend.

Deze bijzondere opsporingsmethoden werden in toepassing van artikel 235ter , §1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering op vordering van de federale procureur, ter controle voorgelegd aan de kamer van inbeschuldigingstelling op het ogenblik dat de onderzoeksrechter zijn dossier aan het openbaar ministerie had overgemaakt krachtens artikel 127, §1, eerste lid, van hetzelfde wetboek.

Bij arrest van 26 juni 2010 stelde de kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen vast dat de observatie en de infiltratie regelmatig waren verlopen.

De eiser tekende tegen dit arrest cassatieberoep aan dat door het Hof bij arrest van 27 oktober 2010, AR P.10.1226.N, werd verworpen. Een tweede cassatieberoep van een andere inverdenkinggestelde werd verworpen bij arrest van het Hof van 21 september 2010.

Nog voor het Hof dit cassatieberoep behandelde werd de eiser opgeroepen om op 9 juli 2010 te verschijnen voor de raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt om de rechtspleging te regelen.

Verscheidene andere inverdenkinggestelden verzochten evenwel om bijkomende onderzoekshandelingen in toepassing van de artikelen 61quinquies en 127, §3, Wetboek van Strafvordering, zodat beslist werd de regeling van de rechtspleging te schorsen.

De eiser zelf verzocht op dat ogenblik de onderzoeksrechter niet om bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten, maar zond op 6 juli 2010, na het ontvangen van de oproeping, een faxbericht toe aan de voorzitter van de raadkamer, waarin hij zijn verwondering uitte over de gang van zaken, met name over het feit dat de raadkamer de rechtspleging zou regelen terwijl het Hof zich nog niet had uitgesproken over het cassatieberoep tegen het arrest waarbij tot de BOM-controle werd overgegaan en waarbij hij vroeg om de regeling van de rechtspleging uit te stellen "met behoud van alle rechten voor de verdediging om desgevallend nog om bijkomend onderzoek te vragen". Op de zitting van de raadkamer van 9 juli 2010 tekende hij opnieuw voorbehoud aan omdat het Hof zich nog niet had uitgesproken over het cassatieberoep en de BOM-controle bijgevolg nog niet was afgerond.

Op de zitting van 9 juli 2010 werd de regeling van de rechtspleging geschorst in afwachting van de definitieve behandeling van de verzoeken om bijkomende onderzoekshandelingen.

Na uitvoering van het door de andere inverdenkinggestelden ingediende verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen, volgde een nieuwe oproeping voor de regeling van de rechtspleging door de raadkamer op 24 september 2010.

Op 23 september 2010 legde de eiser zelf een verzoekschrift neer waarbij aan de onderzoeksrechter gevraagd werd bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten.

Op de zitting van 24 september 2010 legde hij een conclusie neer waarbij hij om de schorsing verzocht in toepassing van artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, gelet op het door hem neergelegde verzoekschrift.

Bij beschikking van 29 september 2010 besliste de raadkamer de procedure niet te schorsen, omdat de eiser geen verzoekschrift had neergelegd voor de eerste zitting van 9 juli 2010 en werd de eiser naar de correctionele rechtbank verwezen.

De eiser tekende tegen deze beschikking hoger beroep aan, beperkt tot (dat deel van) de beschikking waarbij de raadkamer oordeelde dat de procedure niet moest worden

geschorst.

Bij arrest van 12 oktober 2010 verklaarde de kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen het hoger beroep deels ontvankelijk, maar ongegrond en werd de beroepen beschikking bevestigd.

Dit is het bestreden arrest waartegen de eiser op 13 oktober 2010 cassatieberoep aantekende. Dit cassatieberoep is gericht tegen alle beschikkingen van het bestreden arrest.

2. De kamer van inbeschuldigingstelling buigt zich in het bestreden arrest eerst over de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen de verwijzingsbeschikking van de raadkamer. Dit hoger beroep was beperkt tot de beslissing van de raadkamer in zoverre zij weigerde de procedure van de regeling van de rechtspleging te schorsen. De kamer van inbeschuldigingstelling verklaart het hoger beroep van de eiser slechts ontvankelijk in de mate dat de eiser de verwijzingsbeschikking onregelmatig achtte wegens de niet-schorsing van de regeling van de rechtspleging in toepassing van artikel 127, §3 Wetboek van Strafvordering, verweer dat de eiser ook had aangevoerd in de schriftelijke conclusie die hij had neergelegd op de zitting van de raadkamer van 24 september 2010 (zie randnummer 1 hiervoor). Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van de eiser voor het overige niet ontvankelijk.

Zoals hiervoor uiteengezet is het cassatieberoep van de eiser een onbeperkt cassatieberoep, dat gericht is tegen alle beschikkingen van het bestreden arrest.

In de mate dat de kamer van inbeschuldigingstelling terecht het hoger beroep deels niet ontvankelijk verklaart, is het cassatieberoep evenmin ontvankelijk.

3. In zijn memorie voert de eiser als enig middel de schending aan van de artikelen 127 en 235ter Wetboek van Strafvordering.

De eiser verwijt de kamer van inbeschuldigingstelling onterecht het (gedeeltelijk ontvankelijk) hoger beroep ongegrond te hebben verklaard en de beslissing van de raadkamer te hebben bevestigd om de procedure niet te schorsen in afwachting van de afhandeling van het door hem neergelegd verzoek van 23 september 2010 waarbij de onderzoeksrechter gevraagd werd (alsnog) bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten. De kritiek betreft met name het feit dat over de regeling van de rechtspleging, althans volgens de eiser, niet kon beslist worden vooraleer (definitief) beslist werd over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, wat in casu niet het geval was bij de eerste zitting van de raadkamer op 9 juli 2010, aangezien het Hof op dat ogenblik nog geen uitspraak had gedaan over de cassatieberoepen van de eiser en van een andere inverdenkinggestelde tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 26 juni 2010, waarbij de aangewende bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie regelmatig werden bevonden. De eiser wijst daarbij in zijn toelichting op het schorsend effect van het niet manifest onontvankelijk cassatieberoep.

De eiser besluit dan ook "dat de beslissing waarbij wordt geoordeeld dat een verzoek tot bijkomend onderzoek niet kan leiden tot schorsing van de regeling van de rechtspleging, op grond van de vaststelling dat het verzoek niet was neergelegd voorafgaand aan een eerdere zitting van de raadkamer die had plaatsgevonden vooraleer (definitief) was beslist over de controle van de bijzondere opsporingsmethoden, niet naar recht verantwoord is".

In de toelichting preciseert de eiser dat de overweging van het bestreden arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat de raadkamer terecht oordeelde dat aan de vereiste van de controle van de bijzondere opsporingsmethoden door de kamer van inbeschuldigingstelling definitief werd voldaan en dat uit de tekst van de wet niet volgt dat de procedure tot regeling van de rechtspleging niet kan worden opgestart vooraleer een cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de BOM-

controle werd beëindigd, eveneens niet naar recht verantwoord is.

4. Het aangevoerde middel leidt tot een tweevoudige vraag :

- wat is de precieze draagwijdte van de procedure van artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, die aan de inverdenkinggestelde en aan de burgerlijke partij de mogelijkheid biedt om binnen de in artikel 127, §2 van het zelfde wetboek bepaalde termijn, de onderzoeksrechter overeenkomstig artikel 61quinquies, Wetboek van Strafvordering, te verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten en op welk ogenblik dienen deze partijen van deze mogelijkheid gebruik te maken ?

- wat is het effect van een hangend cassatieberoep tegen het arrest waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie onderzoekt op de in artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, bedoelde mogelijkheid om de onderzoeksrechter te verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten ?

5. Het antwoord op de eerste vraag lijkt eenvoudig : het volstaat inderdaad te verwijzen naar de vroegere rechtspraak van het Hof.

In zijn arrest van 26 september 2007⁴ besliste het Hof immers dat artikel 127, §3, van het Wetboek van Strafvordering aan de partijen die vóór hun verschijning een op artikel 61quinquies van dat wetboek gegrond verzoek hebben ingediend, niet het recht geeft om de regeling van de rechtspleging een tweede maal te schorsen door de onderzoeksrechter opnieuw om bijkomende onderzoeksopdrachten te verzoeken, ook al zijn het andere.

Het Hof preciseert dat, afgezien van het geval waarin het openbaar ministerie op grond van de uitslag van die onderzoeksopdrachten zijn vordering wijzigt, het recht om aanvullende onderzoekshandelingen te vragen gedurende de termijn van ten minste vijftien dagen die aan de terechtzitting voor de regeling van de rechtspleging voorafgaat, een recht is dat maar éénmaal mag worden uitgeoefend.

Ook vóór de wijziging van artikel 127 Wetboek van Strafvordering door de wet van 31 mei 2005⁵, was de rechtspraak⁶ in die zin gevestigd. Door deze wetswijziging sloot de wetgever zich bij deze rechtspraak aan⁷. Ook in de rechtsleer⁸ is er omtrent dit standpunt van het Hof thans nog weinig⁹ discussie.

Deze regel, die wil dat slechts eenmaal toepassing kan gemaakt worden van de proce-

4 Cass., 26 sept. 2007, AR P.07.0487.F, AC, 2007, nr. 436

5 BS, 26 juni 2005

6 Cass., 14 nov. 2000, AR P.00.1382.N, AC, 2000, nr. 621; 12 feb. 2002, AR p.01.1448.N, AC, 2002, nr. 98; 13 okt. 2004, AR P.04.1120.F, AC, 2004, nr. 480

7 Parl. St. Kamer, Memorie van Toelichting, St. 51-1317/005, p. 24; Parl. St. Senaat, 2004-2005, St. 3-1100/2, p. 20)

8 DECLERCQ, R. "Beginselen van Strafrechtspleging", 2^e Editie 2007, p. 311, nr. 587; VANDROMME, S., "Regeling van de rechtspleging - bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen", *NjW*, 2002, 161; HUYBRECHTS, L. "Vragen over de werking van artikel 127 Wetboek van Strafvordering", *RW*, 1999-2000, p. 1281, nr. 45; HUYBRECHTS, L., "Twee jaar Franchimont", CBR Jaarboek, 2000-2001, p. 147; MASSET, A. "Le nouveau règlement de la procédure (articles 127 et 135 nouveaux C.I.C.) : un an après l'application de la réforme Franchimont", P&B/RDJP, 2000, p. 19-21;

9 Aanvankelijk waren een aantal auteurs een andere mening toegedaan: KLEES, O. en VANDERMEERSCH, D., "La réforme 'Franchimont' - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction", *JT*, 1998, p. 438; BOSLY, H.-D. en VANDERMEERSCH, D., "Droit de la procédure pénale", 1999, p. 456; VERSTRAETEN, R., "Handboek Strafvordering", 1999, p. 430, nr. 1000; DE MEESTER, T. en TRAESE, Ph., "De regeling van de rechtspleging door de onderzoeksgerechten en de zuivering van de nietigheden tijdens het vooronderzoek" in "Het nieuwe strafprocesrecht", 1998, p. 239. Thans lijken zij zich evenwel aan te sluiten bij de zienswijze van het Hof : VERSTRAETEN, R., Handboek Strafvordering, 4de uitgave, 2005, p. 569; BOSLY, H.-D., VANDERMEERSCH, D. en BEERNAERT, M.-A., "Droit de la procédure pénale", 2008, p. 907

dure van artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, geldt niet enkel voor de inverdenkinggestelde of de burgerlijke partij die reeds bij de eerste oproeping voor de raadkamer van dit recht om bijkomende onderzoekshandelingen te laten verrichten gebruik heeft gemaakt, maar ook voor een inverdenkinggestelde of burgerlijke partij die, om welke reden ook, behoudens overmacht, verzuimd had van dit recht gebruik te maken bij de eerste oproeping : zij hebben dan niet meer de mogelijkheid om bij de tweede oproeping, na de uitvoering of definitieve weigering van uitvoering van de door een andere partij gevraagde bijkomende onderzoekshandelingen, alsnog een nieuw verzoek tot de onderzoeksrechter te richten. Dat is precies wat in de thans voorliggende de zaak is gebeurd : de eiser heeft bij de eerste oproeping voor de raadkamer met het oog op de regeling van de rechtspleging, in tegenstelling tot andere inverdenkinggestelden, onterecht geoordeeld geen verzoek te kunnen of te moeten richten tot de onderzoeksrechter. Hij kon dit recht niet meer claimen bij de tweede oproeping voor de zitting van 24 september 2010. Het feit dat hij bij de eerste oproeping en op de zitting van de raadkamer een voorbehoud maakte ten aanzien van de mogelijke uitoefening (in een later stadium) van "alle rechten voor de verdediging om desgevallend nog om bijkomend onderzoek te vragen", doet daaraan niet af.

Van enige overmacht, die overigens door de eiser niet wordt aangevoerd, kan hier hoegenaamd geen sprake zijn : overmacht kan volgens het Hof alleen voortvloeien uit een gebeurtenis buiten de wil van de mens die hij niet kon voorzien of vermijden¹⁰. Wat in de thans voorliggende zaak is gebeurd, is net het tegenovergestelde : uit het hiervoor besproken "voorbehoud" van de eiser blijkt zonder enige twijfel dat hij de duidelijke wil had om bij de eerste oproeping geen gebruik te maken van de mogelijkheid voorzien in artikel 127, §3 Wetboek van Strafvordering.

Men mag bij dit alles bovendien niet uit het oog verliezen dat de partijen tijdens de (uiteindelijke) procedure van de regeling van de rechtspleging voor de raadkamer nog steeds hun standpunt kunnen uiteenzetten¹¹ en om bijkomende onderzoekshandelingen kunnen verzoeken, wat de eiser overigens heeft gedaan, en dat het de raadkamer zal toekomen te oordelen over de daarbij aangeklaagde onvolledigheid van het onderzoek¹².

In de mate dat het middel ervan uitgaat dat de eiser, in de gegeven omstandigheden, de mogelijkheid behield om alsnog zijn recht om de onderzoeksrechter te verzoeken om bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten, uit te oefenen, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt het naar recht.

Indien ervan zou worden uitgegaan dat de aangevoerde schending van de door de eiser aangehaalde wetsbepalingen enkel erop gericht is om hem toch nog in staat te stellen om bijkomende onderzoeksverrichtingen te vragen, zou bovenstaand antwoord kunnen volstaan om tot de verwerping van het cassatieberoep te besluiten.

6. Ik wil evenwel ook de tweede vraag, naar de impact van een hangend cassatieberoep tegen het arrest, waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie onderzoekt, op de in artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, bedoelde mogelijkheid om de onderzoeksrechter te verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten, niet uit de weg gaan.

Het artikel 235ter Wetboek van Strafvordering voert een afzonderlijke, inquisitoire en niet-tegensprekelijke rechtspleging in waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling enkel de regelmatigheid beoordeelt van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie voor zover ze daartoe het vertrouwelijk dossier, bedoeld in de

10 Zie onder meer Cass., 22 maart 2002, AR C.00.0401.F, AC, 2002, nr. 193

11 DECLERCO, R. "Beginselen van Strafrechtspleging", 2^e Editie 2007, p. 311, nr. 587

12 DECLERCO, R. "Beginselen van Strafrechtspleging", 2^e Editie 2007, p. 355, nr. 679

artikelen 47septies en 47nonies Wetboek van Strafvordering, moet controleren¹³.

De bomcontrole in toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering, heeft dus enkel als voorwerp het nazicht door de kamer van inbeschuldigingstelling van het door de wet bedoelde vertrouwelijk dossier om na te gaan of uit de inhoud van dit dossier blijkt dat alle wettelijke voorschriften betreffende de observatie (artt. 47sexies en 47septies Wetboek van Strafvordering) of de infiltratie (artt. 47octies en 47novies Wetboek van Strafvordering) werden gerespecteerd en, bij vergelijking tussen het vertrouwelijk dossier en het strafdossier, of het strafdossier de vereiste vermeldingen inhoudt en, ten slotte, of er geen verschillen merkbaar zijn tussen de gegevens vermeld in het vertrouwelijk dossier en deze die werden opgenomen in het strafdossier.

De procedure van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering, die betrekking heeft op een zeer specifieke controle met een eigen voorwerp, houdt geen enkel verband met de opdracht van de raadkamer bij de regeling van de rechtspleging. Deze laatste opdracht houdt onder meer in dat dit onderzoeksgerecht nazicht doet omtrent de regelmatigheid en de volledigheid van het gerechtelijk onderzoek en omtrent het al dan niet bestaan van voldoende bezwaren om de zaak bij het vonnisgerecht aanhangig te maken.

De controle door de kamer van inbeschuldigingstelling van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie kan dus geen obstakel zijn voor een inverdenkinggestelde of een burgerlijke partij om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 127, §3 Wetboek van Strafvordering biedt om, bij de oproeping voor de raadkamer met het oog op de regeling van de rechtspleging, de onderzoeksrechter te verzoeken over te gaan tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen. De omstandigheid dat er cassatieberoep werd aangetekend tegen het arrest dat tot de BOM-controle overging is ter zake niet relevant.

In de mate dat het middel ervan uitgaat dat het feit dat in het kader van het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, waarbij tot de controle van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie werd overgegaan, nog geen uitspraak werd gedaan door het Hof, de eiser belet om in toepassing van de artikelen 61quinquies en 127, §3, Wetboek van Strafvordering de onderzoeksrechter te verzoeken om bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten faalt het eveneens naar recht.

Het argument van het schorsend karakter van het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 24 juni 2010 snijdt naar mijn oordeel geen hout. Nog afgezien van de vraag welke vorm van tenuitvoerlegging er zou kunnen gegeven worden aan een arrest dat bij de BOM-controle vaststelt dat de observatie en de infiltratie regelmatig zijn verlopen, heeft het Hof in een arrest van 19 april 1994¹⁴ beslist dat een ontvankelijk cassatieberoep tegen een arrest van het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, tot verwijzing naar de correctionele rechtbank, weliswaar de tenuitvoerlegging van dat arrest schorst tot de ontvangst van het arrest van het Hof van Cassatie, maar dat het (toenmalig) artikel 373 Wetboek van Strafvordering (thans artikel 359, laatste lid van hetzelfde wetboek) niet belet dat het openbaar ministerie binnen de in dit artikel bedoelde schorsingstermijn de rechtsdag bepaalt, noch dat een beslissing tot verwijzing naar een meervoudige kamer wordt genomen.

Hier is de situatie de facto dezelfde : de zaak werd wel opgeroepen voor de regeling van de rechtspleging op de zitting van de raadkamer van 9 juli 2010, maar de behandeling werd onmiddellijk geschorst in toepassing van artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, tot het verzoek om bijkomende onderzoekshandelingen, dat werd inge-

13 Cass., 31 oktober 2006, AR P.06.0841.N, AC, 2006, nr. 534; 31 okt. 2006, AR P.06.1016.N, AC, 2006, nr. 535

14 Cass., 19 april 1994, AR 6902, AC, 1994, nr. 186

diend door een aantal andere inverdenkinggestelden, definitief was behandeld. Deze schorsing gold ook ten aanzien van de eiser. Het effect van het eventueel schorsend karakter van het cassatieberoep zou overigens minder ruim geweest zijn dan het schorsend effect van artikel 127, §3 Wetboek van Strafvordering, want het zou enkel gespeeld hebben ten aanzien van de eiser. Het lijkt mij overigens niet relevant te weten welke schorsingsgrond uiteindelijk ertoe geleid heeft dat de zaak pas opnieuw werd opgeroepen op de zitting van de raadkamer van 24 september 2010, op een ogenblik waarop niet alleen de verzoeken tot bijkomende onderzoekshandelingen definitief waren behandeld, maar waarop ook het Hof uitspraak had gedaan over de cassatieberoepen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 24 juni 2010. Het is deze laatste vaststelling die de kamer van inbeschuldigingstelling ertoe bracht te oordelen dat de raadkamer terecht oordeelde dat aan de vereiste van de controle van de bijzondere opsporingsmethoden door de kamer van inbeschuldigingstelling definitief werd voldaan en dat uit de tekst van de wet niet volgt dat de procedure tot regeling van de rechtspleging niet kan worden opgestart vooraleer een cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de BOM-controle werd beëindigd.

7. Het ambtshalve onderzoek levert geen onregelmatigheden op.

Conclusie : verwerping van het cassatieberoep

ARREST

(AR P.10.1643.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, van 12 oktober 2010.

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

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Een inverdenkinggestelde kan slechts onmiddellijk cassatieberoep instellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat gewezen is op zijn hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer die hem naar de correctionele rechtbank verwijst, op voorwaarde dat hij tegen deze beschikking hoger beroep kon instellen.

2. Het arrest verklaart het hoger beroep van de eiser tegen de beschikking die hem naar de correctionele rechtbank verwijst, ontvankelijk in zoverre de eiser aanvoert dat de procedure voor de raadkamer in het kader van de regeling van de rechtspleging onregelmatig is verlopen bij gebrek aan schorsing bij toepassing van artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering, wat hij bij schriftelijke conclusie had gevraagd voor de raadkamer.

In zoverre is het cassatieberoep ontvankelijk.

3. Voor het overige verklaart het arrest het hoger beroep niet ontvankelijk, omdat niet is voldaan aan de door artikel 135, §2, Wetboek van Strafvordering bepaalde ontvankelijkheidsvoorwaarden.

In zoverre is het cassatieberoep niet ontvankelijk.

Middel

4. Het middel voert schending aan van de artikelen 127 en 235ter Wetboek van Strafvordering: de beslissing die oordeelt dat een verzoek tot bijkomend onderzoek niet kan leiden tot schorsing van de regeling van de rechtspleging op grond van de vaststelling dat het verzoek niet was neergelegd voorafgaand aan een eerdere rechtszitting van de raadkamer die had plaatsgevonden vooraleer definitief was beslist over de controle van de bijzondere opsporingsmethoden, is niet naar recht verantwoord.

5. Artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij binnen de in §2 van hetzelfde artikel bepaalde termijn de onderzoeksrechter overeenkomstig artikel 61quinquies Wetboek van Strafvordering kunnen verzoeken om bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten. In dat geval wordt de regeling van de rechtspleging geschorst. Als het verzoek definitief is behandeld, wordt de zaak opnieuw vastgesteld voor de raadkamer overeenkomstig de in §2 bepaalde vormen en termijnen.

Artikel 127, §3, Wetboek van Strafvordering geeft aan de partijen die vóór hun verschijning voor het onderzoeksgerecht een verzoek overeenkomstig artikel 61quinquies Wetboek van Strafvordering tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen hebben ingediend of die, alhoewel zij hiertoe de mogelijkheid hadden, maar dit in tegenstelling tot andere partijen hebben nagelaten, niet het recht de regeling van de rechtspleging een tweede maal te laten schorsen door de onderzoeksrechter opnieuw om bijkomende onderzoeksverrichtingen te verzoeken, ook al zijn het andere.

Afgezien van het geval waarin het openbaar ministerie op grond van de uitslag van de eerder gevraagde bijkomende onderzoeksverrichtingen zijn vordering tot regeling van de rechtspleging wijzigt, is het recht om bijkomende onderzoeksverrichtingen te verzoeken gedurende de termijn die aan de rechtszitting voor de regeling van de rechtspleging voorafgaat, een recht dat maar eenmaal kan worden uitgeoefend.

In zoverre faalt het middel naar recht.

6. Krachtens artikel 235ter, §1, derde lid, Wetboek van Strafvordering onderzoekt de kamer van inbeschuldigingstelling op het ogenblik dat de onderzoeksrechter zijn dossier aan de procureur des Konings verzendt krachtens artikel 127, §1, eerste lid, op vordering van het openbaar ministerie, de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie die werden toegepast in het kader van het gerechtelijk onderzoek of in het daaraan voorafgaande opsporingsonderzoek.

De controle door de kamer van inbeschuldigingstelling over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie van artikel 235ter, §1, Wetboek van Strafvordering betreft enkel een controle ten einde na te gaan of naar de gegevens van het vertrouwelijk dossier de voorschriften betreffende deze bijzondere opsporingsmethoden, bepaald in de artikelen 47sexies, 47septies, 47octies en 47novies Wetboek van Strafvordering werden nageleefd en of de bij het strafdossier gevoegde processen-verbaal betreffende de toepassing van die

bijzondere opsporingsmethoden de vermeldingen bevatten die ze moeten bevatten, en of deze overeenkomen met de gegevens van het vertrouwelijk dossier.

Deze controle heeft verder niets uitstaande met het onderzoek van de regelmatigheid of de volledigheid van het eigenlijke strafonderzoek.

7. De controle van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, uitgevoerd met toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering, houdt in dat de regeling van de rechtspleging niet kan plaatsvinden zolang die controle, daarin begrepen het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling waarbij die controle wordt uitgevoerd, niet afgehandeld is.

Daarentegen volgt evenwel noch uit deze wetsbepaling noch uit artikel 127 van hetzelfde wetboek dat de procedure van regeling van de rechtspleging niet kan opgestart worden door de partijen reeds op te roepen voor de rechtszitting voor de raadkamer, met als gevolg dat de partijen op dat ogenblik toepassing kunnen maken van de in artikel 127, §3, bepaalde mogelijkheid een verzoek in te dienen bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten. Het feit dat cassatieberoep werd aangetekend tegen het arrest waarbij de controle overeenkomstig artikel 235ter Wetboek van Strafvordering werd uitgevoerd en hierover nog geen definitieve uitspraak is gedaan, doet hieraan geen afbreuk.

In zoverre faalt het middel eveneens naar recht.

8. De appelrechters stellen vast dat:

- bij arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 24 juni 2010 werd vastgesteld dat de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie regelmatig zijn;
- de cassatieberoepen tegen dit arrest werden verworpen bij de arresten van het Hof van 27 juli 2010 en 21 september 2010;
- de partijen opgeroepen werden met het oog op de regeling van de rechtspleging voor de rechtszitting van de raadkamer van 9 juli 2010;
- de rechtspleging alsdan geschorst werd ingevolge het verzoek van andere partijen tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen;
- na de uitvoering van die bijkomende onderzoekshandelingen de partijen voor de rechtszitting van de raadkamer van 24 september 2010 een tweede maal werden opgeroepen met het oog op de regeling van de rechtspleging;
- de eiser op 23 september 2010 een verzoek tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen heeft gericht tot de onderzoeksrechter.

Zij oordelen vervolgens dat:

- uit de tekst van de wet niet volgt dat de procedure tot regeling van de rechtspleging niet kan opgestart worden vooraleer uitspraak is gedaan over het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de controle bij toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie;
- partijen slechts éénmalig de onderzoeksrechter kunnen verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten en de eiser die hiertoe de mogelijk-

heid had, dit heeft nagelaten in tegenstelling tot andere partijen;

- de raadkamer bij beschikking van 29 september 2010 de rechtspleging uiteindelijk heeft geregeld nadat aan de voorafgaande vereiste van de controle van de bijzondere opsporingsmethoden door de kamer van inbeschuldigingstelling definitief werd voldaan.

Aldus verantwoordt zij hun beslissing dat de regeling van de rechtspleging niet andermaal moet worden geschorst, naar recht.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

9. 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.

23 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. W. Van Steenbrugge, Gent en J. Meese, Gent.

Nr. 692

2° KAMER - 24 november 2010

1° STRAF — ANDERE STRAFFEN - WERKSTRAF - BEKLAAGDE - INSTEMMING -
SUBSTANTIËLE VOORWAARDE

2° CASSATIE — Vernietiging. OMVANG — STRAFZAKEN —
STRAFVORDERING — BEKLAAGDE EN VERDACHTE - WERKSTRAF -
INSTEMMING - ONTBREKEN - ONWETTIGHEID - NIETIGVERKLARING VAN DE STRAF - OMVANG -
GRENZEN

1° *De rechter kan slechts een werkstraf uitspreken als de beklaagde daartoe, hetzij in persoon, hetzij via zijn raadsman, zijn instemming heeft gegeven; die voorwaarde is substantieel, aangezien zij met name ter fine van de tenuitvoerlegging van de straf is bepaald¹. (Art. 37ter, §3, eerste lid, Strafwetboek)*

2° *De vernietiging wegens het gebrek aan instemming van de beklaagde met een werkstraf die hem wordt opgelegd, brengt de vernietiging mee van de beslissingen over de gehele straf en over de bijdrage aan het Bijzonder Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden; er is geen grond om de vernietiging uit te breiden tot de beslissing waarbij de appelrechters de strafbare feiten bewezen verklaren, aangezien vernietigd wordt om een reden die geen verband houdt met die welke die beslissing verantwoordt.*

¹ Vgl. de instemming zoals die vereist is bij de opschorting van de uitspraak van de veroordeling; Cass., 31 mei 1995, AR P.94.0968.F, AC, 1995, nr. 269; Cass., 12 nov. 1996, AR P.95.0950.N, AC, 1996, nr. 430.

(V. T. G. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR P.10.1145.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel, correctionele kamer, van 28 mei 2010.

Afdelingsvoorzitter Frédéric Close heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Jean-Marie Genicot heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

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

Ambtshalve aangevoerd middel: schending van artikel 37ter, §3, eerste lid, Strafwetboek

Uit die bepaling volgt dat de rechter slechts een werkstraf kan uitspreken als de beklaagde daartoe, hetzij in persoon, hetzij via zijn raadsman, zijn instemming heeft gegeven. Die voorwaarde is substantieel, aangezien zij met name ter fine van de tenuitvoerlegging van de straf is bepaald.

Uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de eiser zijn instemming heeft gegeven voor een werkstraf.

Die onwettigheid brengt de vernietiging mee van de beslissingen over de gehele straf en over de bijdrage aan het Bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, maar er is geen grond om de vernietiging uit te breiden tot de beslissing waarbij de appelrechters de strafbare feiten bewezen hebben verklaard, aangezien vernietigd wordt om een reden die geen verband houdt met die welke die beslissing verantwoorden.

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 door de verweerders ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen

De eiser voert geen middel aan.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de eiser een straf oplegt en hem veroordeelt om een bijdrage te betalen aan het Bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden.

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 drie vierde van de kosten van zijn cassatieberoep en

laat het overige vierde ten laste van de Staat.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Bergen, correctie-nele kamer.

24 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Close, af-delingsvoorzitter – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Genicot, advocaat-generaal.

Nr. 693**1° KAMER - 26 november 2010****OVERHEIDSOPDRACHTEN (WERKEN. LEVERINGEN. DIENSTEN) - VERZOEK
OM HERZIENING VAN DE OVEREENKOMST - VORM**

De klachten en verzoeken van de aannemer om de herziening van de overeenkomst of schadeloosstelling te verkrijgen, moeten, op straffe van verval, schriftelijk ingediend worden ten laatste zestig kalenderdagen na de voorlopige keuring van de gezamenlijke werken; dit schriftelijk indienen kan gebeuren door en op de datum van afgifte van een aangetekende brief bij de postdiensten¹. (Art. 16, D, eerste lid, 2°, MB 14 okt. 1964)

(ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS nv T. VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, Begroting, Innovatie, Media en Ruimtelijke Ordening)

ARREST**(AR C.08.0335.N)****I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF**

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 4 maart 2008 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift drie middelen aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Vijfde onderdeel

1. Krachtens artikel 16, A, van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 aangaande de administratieve en technische contractuele bepalingen die het algemeen lastenkohier van de overeenkomsten van de Staat uitmaken, AAV, kan de aannemer zich beroepen op feiten die hij aan het bestuur of zijn personeel ten

¹ Zie Cass., 10 okt. 1985, AR nr. 7277, AC, 1985-1986, nr. 82; zie ook M-A FLAMME, Praktische Commentaar bij de reglementering van de Overheidsopdrachten, Deel 2, 1996-1997, Nat. Confederatie van het Bouwbedrijf, Brussel, p. 446-447.

laste legt en die voor hem een oorzaak zouden zijn van een vertraging en (of) een nadeel met het oog op het verkrijgen desgevallend van de verlenging van de uitvoeringstermijn, herziening of verbreking van de overeenkomst en (of) schadeloosstelling.

2. Krachtens artikel 16, D, eerste lid, 2°, AAV, moeten de klachten en verzoeken van de aannemer om de herziening van de overeenkomst of schadeloosstelling te verkrijgen, op straffe van verval, schriftelijk ingediend worden ten laatste zestig kalenderdagen na de voorlopige keuring van de gezamenlijke werken.

Dit schriftelijk indienen kan gebeuren door en op de datum van afgifte van een aangetekende brief bij de postdiensten.

3. Het bestreden arrest stelt vast dat tot de voorlopige oplevering werd overgegaan op 17 december 1985, dat de eiseres bij aangetekend schrijven van 13 februari 1986 de herziening van de overeenkomst vorderde en dat dit aangetekend schrijven door de verweerster werd ontvangen op 18 februari 1985 (bedoeld wordt: 1986).

4. Het bestreden arrest, dat vervolgens oordeelt dat het verzoek tot herziening, dat later werd ontvangen dan zestig kalenderdagen na de voorlopige goedkeuring van de werken, laattijdig en dus onontvankelijk is, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de vordering tot prijsherziening conform artikel 16A en 15F van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 aangaande de administratieve en technische contractuele bepalingen die het algemeen lastenkohier van de overeenkomsten van de Staat uitmaken, niet ontvankelijk verklaart wegens laattijdigheid van indiening van het verzoek van de eiseres tot prijsherziening, in zoverre het met bevestiging van het beroepen vonnis uitspraak doet over de aanvangsdatum van de loop van de interest op de studiekosten, 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 beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

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

26 november 2010 – 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Verbist.

Nr. 694**1° KAMER - 26 november 2010**

1° KOOP - NIEUWE AUTOVOERTUIGEN - BESTELBON - ALGEMENE VERKOOPSVORWAARDEN - VERMELDING VAN DE ESSENTIËLE GEGEVENS - NIET-NALEVING VAN DE BEPALINGEN - NIETIGHEID - BEWIJSLAST

**2° BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — BEWIJSLAST.
BEOORDELINGSVRIJHEID - NIEUWE AUTOVOERTUIGEN - BESTELBON - ALGEMENE VERKOOPSVORWAARDEN - VERMELDING VAN DE ESSENTIËLE GEGEVENS - NIET-NALEVING VAN DE BEPALINGEN - NIETIGHEID - BEWIJSLAST**

1° en 2° Artikel 5 van het koninklijk besluit van 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens van de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen legt ter bescherming van de koper een relatieve nietigheid op wegens de niet-naleving van de bepalingen van dat koninklijk besluit, waarbij de koper die deze nietigheid wenst in te roepen, dient aan te tonen dat door de toevoeging of wijziging aan de bepalingen van het koninklijk besluit, de rechten die hij haalt uit wettelijke bepalingen, rechtstreeks of onrechtstreeks worden opgeheven of beperkt¹. (Art. 5, KB 9 juli 2000)

(D. T. LOKERS AUTOBEDRIJF nv)

ARREST

(AR C.09.0273.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

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

Raadsheer Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

(...)

Tweede onderdeel

Eerste subonderdeel

8. Krachtens artikel 5 van het koninklijk besluit van 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens van de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen is elke toevoeging of wijziging aan deze bepalingen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, de rechten beperken of opheffen die de koper haalt uit deze of uit de wettelijke bepalingen, in het bijzonder deze van de Handelspraktijkenwet 1991, verboden en nietig.

¹ Zie Cass., 26 mei 2006, AR C.05.0378.F, AC, 2006, nr. 293, (contract tot reorganisatie).

9. Aldus legt dit artikel ter bescherming van de koper een relatieve nietigheid op wegens de niet-naleving van de bepalingen van het koninklijk besluit van 9 juli 2000, waarbij de koper die deze nietigheid wenst in te roepen, dient aan te tonen dat door de toevoeging of wijziging aan de bepalingen van het koninklijk besluit, de rechten die hij haalt uit wettelijke bepalingen, rechtstreeks of onrechtstreeks worden opgeheven of beperkt.

10. Het subonderdeel, dat in wezen volledig ervan uitgaat dat elke toevoeging of wijziging aan de bepalingen van het koninklijk besluit van rechtswege de nietigheid van het beding met zich meebrengt, zonder dat dient nagegaan of de rechten van de koper rechtstreeks of onrechtstreeks worden opgeheven of beperkt, faalt naar recht.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser in de kosten.

26 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Deconinck – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Lefèbvre en van Eeckhoutte.

Nr. 695

1^o KAMER - 26 november 2010

1^o ECONOMIE - WET ECONOMISCHE EXPANSIE - WEDERVERKOOP VAN HET BETROKKEN GOED -
INSTEMMING VAN DE OVERHEID - VOORWAARDE

2^o KOOP - WET ECONOMISCHE EXPANSIE - WEDERVERKOOP VAN HET BETROKKEN GOED -
INSTEMMING VAN DE OVERHEID - VOORWAARDE

1^o en 2^o Uit de bepaling van artikel 32, §1, van de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie blijkt niet dat de overheid het verlenen van haar instemming met de wederverkoop van het betrokken goed krachtens het derde lid van dat artikel vermag afhankelijk te maken van het afstaan door de wederverkoper van de gerealiseerde meerwaarde. (Art. 32, §1, derde lid, Wet 30 dec. 1970 betreffende de economische expansie)

(STAD BERINGEN, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen T. DEMOCO MANAGEMENT & INVESTMENT nv e.a.)

ARREST

(AR C.09.0362.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 24 februari 2009 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

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

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Artikel 32, §1, van de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie, hierna: Expansiewet, bepaalt dat wanneer een openbare rechtspersoon een tegemoetkoming van de Staat heeft genoten voor de verwerving, de aanleg, of de uitrusting van gronden voor de nijverheid, het ambachtswezen of de diensten, die gronden ter beschikking worden gesteld van de gebruikers door verhuring of door verkoop.

In geval van verkoop, moet de authentieke akte clausules bevatten die preciseren:

1° de economische bedrijvigheid die op de grond zal dienen te worden uitgeoefend, alsmede de andere voorwaarden van zijn gebruik;

2° dat de openbare rechtspersoon of de Staat, vertegenwoordigd door de ministers die Economische Zaken of Streekeconomie en Openbare Werken in hun bevoegdheid hebben, de grond zal kunnen terugkopen in het geval dat de gebruiker de in 1° genoemde bedrijvigheid staakt, of in dat geval dat hij de andere voorwaarden tot gebruik niet naleeft.

Nochtans, op voorwaarde dat de openbare rechtspersoon hiermede instemt, zal de gebruiker het goed weer kunnen verkopen, in welk geval de akte van wederverkoop de hierboven vermelde clausules moet bevatten.

2. Uit die bepaling blijkt niet dat de overheid het verlenen van haar instemming met de wederverkoop van het betrokken goed krachtens artikel 32, §1, derde lid, Expansiewet, vermag afhankelijk te maken van het afstaan door de wederverkoper van de gerealiseerde meerwaarde.

Het onderdeel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

Tweede onderdeel

3. De appelrechters die de tekst van artikel 32, §1, van de Expansiewet weer-geven, oordelen dat uit voormeld artikel volgt dat de eigendomsbeperkingen uitsluitend de bestending van de economische bedrijvigheid tot doel hadden en dat in geval van wederverkoop dit doel werd bereikt door opname in de akte van wederverkoop van de hierboven geciteerde clausule.

Zij oordelen verder dat hieruit volgt dat de eiseres zich ten onrechte beroept op de bepalingen van de Expansiewet ter rechtvaardiging van haar weigering toestemming met de verkoop te verlenen, tenzij mits de betaling van de meerwaarde van de grond.

4. Dit oordeel draagt de beslissing van de appelrechters.

Het onderdeel dat opkomt tegen een overtollige reden is niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

26 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijklopende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Wouters en Verbist.

Nr. 696

1^o KAMER - 26 november 2010

BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — BEWIJSLAST.

BEOORDELINGSVRIJHEID - BEWIJS VAN EEN NEGATIEF FEIT - BEOORDELING DOOR DE RECHTER - GRENZEN

De rechter vermag te oordelen dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid behoeft te worden geleverd als het bewijs van een bevestigend feit, maar vermag niet de eisende partij van dit bewijs te ontslaan¹; het volstaat derhalve niet dat een partij een door haar aangevoerd negatief feit louter aannemelijk maakt. (Art. 870, Gerechtelijk Wetboek)

(MAGIC MIRRORS bvba T. SPIEGELTENTEN KLESSENS WILLY bvba)

ARREST

(AR C.09.0584.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 27 mei 2009 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

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. Krachtens artikel 4, eerste lid, van de wet van 26 juni 2003 betreffende het wederrechtelijk registreren van domeinnamen, hierna: de Domeinnaamwet, stelt

de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, of de voorzitter van de rechtbank van koophandel, het bestaan vast en beveelt de staking van elk wederrechtelijk registreren van een domeinnaam door een persoon met woonplaats of vestiging in België, en van elk wederrechtelijk registreren van een domeinnaam geregistreerd onder het ".be-domein".

Krachtens artikel 4, tweede lid, Domeinnaamwet wordt als het wederrechtelijk registreren van een domeinnaam beschouwd, het zonder enig recht of legitiem belang jegens die domeinnaam, en met het doel een derde te schaden of er een ongerechtvaardigd voordeel uit te halen, laten registreren door een officieel erkende instantie gemachtigd voor registratie, al dan niet via een tussenpersoon, van een domeinnaam, die ofwel identiek is aan, of die zodanig overeenstemt dat hij verwarring kan scheppen met, onder meer, een merk, een geografische aanduiding of een benaming van oorsprong, een handelsnaam, een origineel werk, een naam van een vennootschap of van een vereniging, een geslachtsnaam of de naam van een geografische entiteit, die aan iemand anders toebehoort.

2. Krachtens artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.

De rechter vermag daarbij te oordelen dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid behoeft te worden geleverd als het bewijs van een bevestigend feit, maar vermag niet de eisende partij van dit bewijs te ontslaan.

Het volstaat derhalve niet dat een partij een door haar aangevoerd negatief feit louter aannemelijk maakt.

3. Uit deze twee bepalingen volgt dat diegene die een vordering tot vaststelling en staking van een wederrechtelijk registreren van een domeinnaam instelt, het bewijs dient te leveren dat:

- de houder van de registratie geen enkel recht op, noch legitiem belang bij die domeinnaam heeft;
- de registratie geschiedde met het doel om derden te schaden of een ongerechtvaardigd voordeel uit te halen;
- een domeinnaam werd geregistreerd die identiek is aan of verwarring scheidt met een beschermd teken, zoals deze opgesomd in artikel 4, tweede lid, Domeinnaamwet.

4. De appelrechters overwegen dat "(de eiseres) ... die beweert dat aan de toepassingsvoorwaarde voldaan is, ... het bewijs (dient) te leveren dat (de verweerster) geen recht of legitiem belang had bij de registratie en dat de registratie geschied is met het doel om derden te schaden, of een ongerechtvaardigd voordeel uit de registratie te halen".

5. De appelrechters, die vervolgens, na onderzoek van de door partijen overgelegde overtuigingsstukken, oordelen dat "al deze elementen samen in ogen-schouw genomen, ... voldoende duidelijk (maken) dat de registratie niet te kwader trouw is gebeurd ... (en dat) niet (kan) gesteld worden dat (de verweerster) de registratie zonder enig recht of legitiem belang heeft doorgevoerd en evenmin dat het haar bedoeling was om (de eiseres) daarmee te schaden of er een ongerechtvaardigd voordeel uit te halen", verantwoordden hun beslissing naar

recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

26 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. De Gryse en Geinger.

Nr. 697

1^o KAMER - 26 november 2010

1^o PAND - PANDHOUDER - BEZIT - BESCHERMING - VOORWAARDEN - WARRANT - UITGEVER - WARRANTHOUDER - TOEPASSELIJKHEID - BEZIT TE GOEDER TROUW - VOORWAARDEN - VERPLICHTING

2^o BEZIT - PANDHOUDER - BEZIT - BESCHERMING - VOORWAARDEN - WARRANT - UITGEVER - WARRANTHOUDER - TOEPASSELIJKHEID - BEZIT TE GOEDER TROUW - VOORWAARDEN - VERPLICHTING

1^o en 2^o De pandhouder wordt krachtens artikel 2279, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek beschermd wanneer hij erop mocht vertrouwen dat de verpande goederen werden verschaft door de eigenaar of door iemand die bevoegd was om de goederen te verpanden¹; de regel is ook van toepassing op de uitgever van de warrant² en op de warranthouder; de pandhouder is niet te goeder trouw wanneer hij wist of behoorde te weten dat de pandgever niet tot verpanden bevoegd was; behoudens bijzondere omstandigheden rust op de pandhouder ter zake geen onderzoeksplicht. (Art. 2279, eerste lid, BW)

(PROXXON WERKZEUG GMBH, handelsvennootschap naar Duits recht T. FORTIS BANK nv e.a.)

ARREST

(AR C.10.0006.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 10 september 2009 gewezen door het hof van beroep te Antwerpen.

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

¹ Zie Cass., 21 maart 2003, AR C.01.0134.N, AC, 2003, nr. 190.

² Cass., 12 feb. 2004, AR C.01.0121.N, AC, 2004, nr.76.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Door te oordelen dat "de beweerde ongeloofwaardigheid van de aldus gecreëerde buitenbezitstelling (...) onbewezen (blijft)" en dat "niet is aangetoond dat de overeenkomsten niet volgens afspraak werden nageleefd", leggen de appelrechters de bewijslast nopens het bestaan van die buitenbezitstelling niet ten laste van de eiseres.

Het middel kan in zoverre niet worden aangenomen.

2. De appelrechters gronden hun beslissing niet op deze beweerde miskenning van de bewijslast, maar op grond van de feitelijke vaststellingen die zij vermelden onder r.o. 5 tot en met 13 van het arrest, zoals onder meer dat de ruimte waarin de verpande goederen waren opgeslagen een afzonderlijk magazijn vormde, gescheiden van de overige bedrijfsruimten van de bvba Present Handel die slechts toegankelijk waren via deuren die vergrendeld waren door middel van hangsloten, dat door middel van platen op de buitenmuren zichtbaar melding werd gemaakt dat er onder warrant geplaatste goederen werden opgeslagen en bvba Present Handel geen vrije toegang had tot het magazijn, zelfs indien de toegangsdeuren niet gesloten waren.

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

Tweede middel

3. De pandhouder wordt krachtens artikel 2279, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, beschermd wanneer hij erop mocht vertrouwen dat de verpande goederen werden verschaft door de eigenaar of door iemand die bevoegd was om de goederen te verpanden. De regel is ook van toepassing op de uitgever van de warrant en op de warranhouder.

De pandhouder is niet te goeder trouw wanneer hij wist of behoorde te weten dat de pandgever niet tot verpanden bevoegd was.

Behoudens bijzondere omstandigheden rust op de pandhouder ter zake geen onderzoeksplicht.

4. Het arrest stelt vast dat:

- de goederen door de bvba Present Handel onder warrant werden geplaatst bij de zesde verweerster ten voordele van de banken (eerste tot en met vierde verweersters);

- de bvba Present Handel ten overstaan van de banken heeft verklaard de goederen vrij van eender welke lasten te hebben afgegeven aan de (zesde verweerster), met het oog op het in pand geven ervan;

- er geen aanwijzingen waren dat de bvba Present Handel niet over de goederen mocht beschikken;

- de zesde verweerster geen kijk had op de gestage stroom van betalingen door de bvba Present Handel aan de eiseres.

5. De appelrechters die op grond van deze vaststellingen oordelen dat op de banken en op de zesde verweerster geen onderzoeksplicht rustte naar het mogelijk bestaan van een eigendomsvoorbehoud op de onder warrant geplaatste goederen, verantwoordten hun beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

26 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Van Ingelgem, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Wouters, Van Ommeslaghe en Geinger.

Nr. 698

3^o KAMER - 29 november 2010

**DAGVAARDING - BURGERLIJKE ZAKEN - TERMIJN - NIET-NALEVING - NIETIGHEID -
DAGVAARDING DIE HET DOEL HEEFT BEREIKT DAT DE WET ERMEE BEOOGT - BEGRIP -
VERSTEKVONNIS - VERZET**

Wanneer het bestreden arrest vaststelt dat er, ondanks de niet-naleving van de termijn van dagvaarding, die op straffe van nietigheid is voorgeschreven bij de artikelen 55, 3^o, en 707, eerste lid, 709 en 710, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, tegen de gedaagde partij een veroordelend verstekvonnis is gewezen en de gedaagde partij tegen dat vonnis verzet heeft gedaan, kan het het vonnis dat, op dat verzet, de oorspronkelijke dagvaarding nietig heeft verklaard, niet wettig wijzigen op grond dat die dagvaarding het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, te weten de gedaagde partij voor de rechtbank te brengen teneinde voor dat rechtscollege een rechtspleging op tegenspraak te voeren die het recht van verdediging eerbiedigt¹. (Artt. 55, 3^o, 707, eerste lid, 709, 710, eerste lid, en 867, Gerechtelijk Wetboek)

(REPUBLIEK ZUID-AFRIKA T. G.)

ARREST (vertaling)

(AR S.09.0062.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 16 maart 2009 gewezen door het arbeidshof te Brussel onder het nummer 49.250 van de algemene rol.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.*, 2010, nr. 698 ; art. 867, Ger. W., zoals het van kracht was vóór de wijziging ervan bij de W. 26 april 2007.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert de volgende twee middelen aan, waarvan het eerste gesteld is als volgt:

Geschonden wettelijke bepalingen

De artikelen 55, 707, 709, 710, 860, 861, 862, §1, 1°, 867 (vóór de wijziging ervan door de wet van 26 april 2007) en 1047 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond, wijzigt het beroepen vonnis, verklaart de oorspronkelijke vordering van de verweerster ontvankelijk en gegrond en veroordeelt de eiseres om aan de verweerster een brutobedrag van 15.458,19 euro te betalen ter vergoeding van het willekeurig ontslag, vermeerderd met de wettelijke verwijlinterest met ingang van 1 september 2003. Het arrest legt de kosten van het verzet voor de arbeidsrechtbank (alsook de kosten van de vordering tot bindendverklaring van het arrest) ten laste van de verweerster en legt de andere kosten ten laste van de eiseres, die voor de verweerster op 2.836,02 euro zijn bepaald.

Het arrest grondt zijn beslissing over de regelmatigheid van de dagvaarding op de redenen die zijn uiteengezet op de bladzijden 5 tot 11, waaronder de volgende redenen, die betrekking hebben op de mogelijke nietigheid van de dagvaarding, wegens het niet naleven van de dagvaardingstermijn:

"De niet-naleving van de op straffe van nietigheid voorgeschreven dagvaardingstermijn leidt te dezen niet tot de nietigheid van de dagvaarding (artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek);

(De verweerster) heeft de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijn van acht dagen, verlengd met tachtig dagen, niet nageleefd (de artikelen 55, 707 en 710 van het Gerechtelijk Wetboek);

Uit de processtukken blijkt evenwel dat de dagvaarding van maart 2004 het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt. Dat doel bestond er immers in de (eiseres) voor de arbeidsrechtbank te Brussel te brengen (om die reden verlengt het Gerechtelijk Wetboek de dagvaardingstermijn, en de tegensprekelijke verzetprocedure werd ingeleid op 4 oktober 2004, dat wil zeggen meer dan achtentachtig dagen na maart 2004) teneinde voor dat gerecht een tegensprekelijke procedure te voeren die het recht van verdediging eerbiedigt (de (eiseres) heeft zich volledig kunnen uitdrukken voor de arbeidsrechtbank, die de zaak op 28 september 2006 in beraad heeft genomen, en vervolgens voor het arbeidshof, dat de zaak op 12 januari 2009 in beraad heeft genomen);

Het oorspronkelijke verstekvonnis, dat voortvloeide uit de niet-naleving van de dagvaardingstermijn, belet niet dat de oorspronkelijke dagvaarding het doel kan bereiken dat de wet ermee beoogt wanneer er na dat verstekvonnis, zoals te dezen, voor dezelfde rechter, op verzet, over de zaak een tegensprekelijk debat is gevoerd dat het recht van verdediging eerbiedigt, waarbij de kosten van de verzetprocedure ten laste zijn gelegd van de partij die deze procedure veroorzaakt heeft door de dagvaardingstermijn niet na te leven".

Grieven

Luidens artikel 710 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de termijnen van dagvaarding voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Volgens artikel 707 van het Gerechtelijk Wetboek is de gewone termijn van dagvaarding voor hen die hun woon- of verblijfplaats hebben in België, acht dagen. Artikel 709 van dat wetboek bepaalt dat voor hen die noch woonplaats, noch verblijfplaats noch gekozen woonplaats hebben in België, de termijn wordt verlengd zoals bepaald is in

artikel 55, behalve wanneer de dagvaarding aan hun persoon in België is betekend.

Wanneer de wet bepaalt dat ten aanzien van de partij die in België noch woonplaats, noch verblijfplaats, noch gekozen woonplaats heeft, de termijnen die haar verleend werden verlengd dienen te worden, bedraagt die verlenging volgens artikel 55 van hetzelfde wetboek tachtig dagen wanneer die partij in een ander werelddeel dan Europa verblijft.

Het arrest stelt vast, zonder op dat punt bekritiseerd te worden, dat de verweerster de op straffe van nietigheid voorgeschreven dagvaardingstermijn van acht dagen, verlengd met tachtig dagen, niet heeft nageleefd.

Artikel 860, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling nietig kan worden verklaard indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen.

Artikel 861 van dat wetboek bepaalt 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.

Artikel 862, §1, 1^o, van datzelfde wetboek preciseert dat de regel van artikel 861 niet geldt voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende de op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven termijnen. Zo zal de dagvaarding, ingeval de eisende partij de termijn ervan niet naleeft, nietig kunnen worden verklaard zonder dat de verwerende partij hoeft aan te tonen dat die onregelmatigheid haar belangen heeft geschaad.

Artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek, vóór de wijziging ervan door de wet van 26 april 2007, bepaalt evenwel dat het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling met inbegrip van de niet-naleving van de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen of van de vermelding van een vorm, niet tot nietigheid kan leiden, wanneer uit de processtukken blijkt ofwel dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt (ofwel dat die niet-vermelde vorm werkelijk in acht is genomen).

Het arrest stelt het volgende vast: 1. de door de verweerster aangezochte gerechtsdeurwaarder heeft in maart 2004 aan de eiseres een dagvaarding doen betekenen om op 19 april 2004 voor de arbeidsrechtbank te Brussel te verschijnen, 2. die rechtbank heeft een verstekvonnis gewezen op 10 juni 2004, 3. de eiseres heeft op 30 juli 2004 tegen dat vonnis verzet gedaan, en 4. de arbeidsrechtbank heeft, na een tegensprekelijk debat op verzet, op 20 oktober 2006 een vonnis gewezen waartegen de verweerster vervolgens hoger beroep heeft ingesteld. Het arrest erkent dat het voormelde verstekvonnis het gevolg is van de niet-naleving van de dagvaardingstermijn.

Luidens artikel 1047 van het Gerechtelijk Wetboek kan tegen ieder verstekvonnis verzet worden gedaan, onverminderd de bij de wet bepaalde uitzonderingen (eerste lid), en wordt het verzet betekend bij gerechtsdeurwaardersexploot, dat dagvaarding inhoudt om te verschijnen voor de rechter die het verstekvonnis heeft gewezen (tweede lid).

Zo kan er over de zaak waarin een verstekvonnis is gewezen ten gevolge van de niet-naleving van de dagvaardingstermijn slechts een tegensprekelijk debat worden gevoerd dat het recht van verdediging eerbiedigt, op voorwaarde dat de partij jegens wie het verstekvonnis is gewezen, verzet doet en, meer bepaald, haar akte van verzet bij gerechtsdeurwaardersexploot betekent en de oorspronkelijk eisende partij tegelijkertijd dagvaardt om te verschijnen voor de rechter die het verstekvonnis gewezen heeft. De verschijning van de partijen en het debat dat tegensprekelijk is en het recht van verdediging eerbiedigt, zijn derhalve het gevolg van een door de oorspronkelijk gedaagde partij gestelde proceshandeling, die losstaat van de oorspronkelijke dagvaarding.

Het arrest heeft bijgevolg niet wettig kunnen beslissen dat de oorspronkelijke dagvaarding het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt en dat de oorspronkelijke dagvaarding

niet nietig hoefde te worden verklaard.

Het arrest schendt derhalve alle in het middel vermelde bepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Eerste middel

Luidens artikel 710, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zijn de termijnen van dagvaarding voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Krachtens artikel 867 van datzelfde wetboek kan de niet-naleving van die termijnen evenwel niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt.

Het arrest stelt vast dat de gewone dagvaardingstermijn van acht dagen, bepaald in artikel 707, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, te dezen was verlengd met tachtig dagen, overeenkomstig artikel 55, 3°, van dat wetboek, en dat "(de verweerster) in maart 2004 aan de (eiseres) een dagvaarding heeft doen betekenen om op 19 april 2004 voor de arbeidsrechtbank te verschijnen", en dat die rechtbank, die bij verstek uitspraak heeft gedaan, op 10 juni 2004 een vonnis heeft gewezen waarin zij de eiseres veroordeelt en oordeelt dat "(de verweerster) de op straffe van nietigheid voorgeschreven dagvaardingstermijn niet heeft nageleefd".

Het arrest, dat vaststelt dat de eiseres verzet heeft gedaan tegen het voormelde vonnis van 10 juni 2004, heeft het op dat verzet gewezen vonnis, dat de oorspronkelijke dagvaarding nietig had verklaard, niet wettig kunnen wijzigen, op grond dat voormeld vonnis "het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, (dat erin bestaat(de [eiseres] voor de arbeidsrechtbank te brengen teneinde voor dat gerecht een tegensprekelijke procedure te voeren die het recht van verdediging eerbiedigt".

Het middel is gegrond.

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

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dat arrest 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 beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Luik.

29 november 2010 – 3° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. J.-F. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. Geinger.

Nr. 699

3° KAMER - 29 november 2010

SOCIALE ZEKERHEID — ZELFSTANDIGEN - SOCIAAL STATUUT - BIJDAGEN -
 BEREKENING - BEROEPSINKOMSTEN - IN AANMERKING TE NEMEN BEROEPSINKOMSTEN -
 ADMINISTRATIE DER DIRECTE BELASTINGEN - GEVOLG

De beroepsinkomsten waarop de bijdragen van de verzekeringsplichtige zelfstandigen berekend worden, zijn krachtens de geldende wettelijke en reglementaire bepalingen met name samengesteld uit de beroepsinkomsten die door de administratie der directe belastingen zijn meegedeeld; het arbeidsgerecht kan het bedrag van die aldus meegedeelde beroepsinkomsten niet betwisten, evenmin als de omschrijving van die inkomsten op grond waarvan de belasting ten kohiere is gebracht¹. (Art. 11, §§1 en 2, eerste en zesde lid, Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen; Art. 33, KB 19 dec. 1967)

(RSVZ T. M. e.a.)

ARREST (vertaling)

(AR S.09.0082.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 14 mei 2008 gewezen door het arbeidshof te Luik, afdeling Neufchâteau.

Raadsheer Alain Simon heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert een middel aan dat luidt als volgt:

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 159 van de Grondwet;

- artikel 581, in het bijzonder 1° en 2° van het Gerechtelijk Wetboek;

- artikel 11, in het bijzonder §1 en 2, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, gewijzigd bij de wet van 9 juni 1970, zoals dat artikel (en meer bepaald de paragrafen 1 en 2) achtereenvolgens van toepassing was op de berekening van de invorderbare aanslagen krachtens een beroepsbezigheid uitgeoefend door een zelfstandige vanaf het tweede kwartaal van 1999 tot het eerste kwartaal van 2003, namelijk 1. zoals laatst gewijzigd bij artikel 3 van het koninklijk besluit van 18 november 1996 houdende financiële en diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal statuut der zelfstandigen, met toepassing van titel VI van de wet van 26 juli 1996 houdende modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels en van artikel 3 van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, maar voor de wijziging ervan bij artikel 63 van de programmawet van 2 augustus 2002, 2. zoals laatst gewijzigd bij artikel 63 van de programmawet van 2 augustus 2002, maar voor de wijziging ervan bij artikel 2 van de programmawet (I) van 24 december 2002, en 3. zoals laatst gewijzigd bij artikel 2 van de programmawet (I) van 24 december 2002;

- artikel 12, in het bijzonder §2, van het voornoemde koninklijk besluit nr. 38, zoals achtereenvolgens van toepassing op de berekening van de aanslagen die opeisbaar waren

krachtens een zelfstandige beroepsbezigheid uitgeoefend vanaf het tweede kwartaal van 1999 tot het eerste kwartaal van 2003, namelijk 1. zoals laatst gewijzigd bij artikel 4 van het koninklijk besluit van 18 november 1996 houdende financiële en diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal statuut der zelfstandigen, met toepassing van titel VI van de wet van 26 juli 1996 houdende modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels en van artikel 3 van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, maar voor de wijziging ervan bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 20 juli 2000 houdende uitvoering van de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, voor wat Landbouw en Middenstand betreft, 2. zoals laatst gewijzigd bij artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 20 juli 2000, maar voor de wijziging ervan bij artikel 3 van de programmawet (I) van 24 december 2002, en 3. zoals laatst gewijzigd bij artikel 3 van de programmawet (I) van 24 december 2002;

- artikel 33 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr 38, zoals van kracht 1. na de wijziging ervan bij artikel 4 van het koninklijk besluit van 23 december 1996, maar voor de wijziging ervan bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 7 februari 2003 houdende uitvoering van de programmawet (I) van 24 december 2002 voor wat betreft de vereenvoudiging van de bijdragestructuur van het sociaal statuut der zelfstandigen, en 2. zoals van kracht na de wijziging ervan bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 7 februari 2003.

Aangevochten beslissingen:

Het arrest stelt in hoofdzaak vast dat de verweerder vanaf het tweede kwartaal van 1999 tot het eerste kwartaal van 2003 zaakvoerder was van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met maatschappelijke zetel in België, en in die hoedanigheid bijgevolg een zelfstandige beroepsbezigheid uitoefende; dat hij tijdens dezelfde periode bij een Luxemburgse vennootschap als loontrekkende was tewerkgesteld en dat zijn loon in het Groothertogdom belast werd; dat hij in zijn aangifte in de personenbelasting de door de Luxemburgse vennootschap betaalde en in het Groothertogdom Luxemburg belastbare lonen per vergissing aangegeven heeft als in België belastbare inkomsten van een zelfstandige; dat die inkomsten als dusdanig in België definitief belast werden; dat de eiser de sociale bijdragen voor zelfstandigen die de verweerder verschuldigd is voor de drie laatste kwartalen van het jaar 1999, de vier kwartalen van de jaren 2000, 2001 en 2002 en het eerste kwartaal van het jaar 2003 berekend heeft op basis van zijn belastingaangiften die door de administratie is aangenomen en verwerpt vervolgens, met wijziging van de beslissing van de eerste rechter, de vordering van de eiser om de voornoemde aldus berekende sociale bijdragen te betalen.

Het arrest motiveert die beslissing als volgt:

1. "Artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen bepaalt dat:

'§1. De bijdragen van de onderworpenen worden uitgedrukt in een percentage van de beroepsinkomsten.

§2. Onder beroepsinkomsten in de zin van §1 dienen te worden verstaan de brutoberoepsinkomsten, verminderd met de beroepskosten, en eventueel met de beroepsverliezen, vastgesteld overeenkomstig de wetgeving betreffende de inkomstenbelasting, die de onderworpenen als zelfstandige heeft genoten tijdens de periode dat hij aan dit besluit was onderworpen' (...);

De arbeidsgerechten mogen 'de inkomsten die de belastingadministratie voor een bepaald jaar heeft vastgesteld niet wijzigen of interpreteren'. Bijgevolg mag het arbeidsge-

recht het bedrag van de door de administratie meegedeelde inkomsten, noch de omschrijving van de inkomsten (Cass., 14 januari 2002) ter discussie stellen (...);

'Als de administratie of de belastingschuldige zelf een fout heeft begaan, mogen de arbeidsgerechten die slechts wijzigen voor zover die geen betrekking heeft op het bedrag van de inkomsten, op de omschrijving ervan (in dit geval, beroepsinkomsten) en op de (algehele of afzonderlijke) aanslag. Als de arbeidsgerechten die beperking in aanmerking nemen wijzigen ze immers de grondslag en de berekening van de belasting niet en eigenen ze zich bijgevolg de bevoegdheid niet toe van de bevoegde administratie'.

2. "De rechter mag overigens geen onwettelijke administratieve beslissing toepassen, ook niet als die definitief is.

De rechtbanken passen de besluiten immers slechts toe voor zover ze conform de wetten zijn, zodat zij op grond van artikel 159 van de Grondwet, de interne en externe legaliteit moeten nagaan van elke administratieve akte waarop een vordering, een verdediging of een exceptie gebaseerd is, zonder zich te beperken tot het toetsen van duidelijke of evidente onregelmatigheden.

Artikel 159 betreft elke administratieve akte, ook de akte met individuele draagkracht".

3. In dit geval "heeft de Belgische belastingadministratie, ten gevolge van een onjuiste aangifte (van de eiser), beroepsinkomsten als zelfstandige belast voor een bezoldigde activiteit in het Groothertogdom terwijl hij in dat land (...) daarop werd belast. Het gaat hier duidelijk om een vergissing van de belastingadministratie die in België geen inkomsten uit lonen mag belasten als zelfstandige inkomsten, terwijl die lonen reeds in het Groothertogdom Luxemburg werden belast. Dubbele belasting is onwettelijk. Bijgevolg hoeven de sociale gerechten geen rekening te houden met die onwettelijke beslissing, zelfs als die definitief is omdat er geen beroep werd aangetekend.

Aangezien er geen inkomsten als zelfstandige zijn in de loop van de jaren 1999 tot 2003 is de vordering tot betaling van aanvullende sociale bijdragen niet gegrond".

Grieven

Artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen bepaalt in de opeenvolgende versies die toepasselijk zijn op de litigieuze periodes enerzijds dat het bedrag van de trimestriële bijdrage wordt uitgedrukt in een percentage van de beroepsinkomsten (§1) en anderzijds dat voor de toepassing van voornoemde bepaling onder beroepsinkomsten dienen te worden verstaan de brutoberoepsinkomsten, verminderd met de beroepskosten, en eventueel met de beroepsverliezen, "vastgesteld overeenkomstig de wetgeving betreffende de inkomstenbelasting, die de onderworpenen als zelfstandige heeft genoten tijdens de periode dat hij aan dit besluit was onderworpen" (§2).

Hetzelfde artikel bepaalt bovendien dat de administratie der directe belastingen ertoe is gehouden het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen de nodige inlichtingen te verstrekken om het bedrag van de verschuldigde bijdragen vast te stellen.

In zijn opeenvolgende versies die van toepassing zijn op de litigieuze periodes bepaalt artikel 33 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr 38 van 27 juli 1967, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 7 februari 1989, dat "de beroepsinkomsten" die tot grondslag dienen voor de bijdragen "de beroepsinkomsten zijn" die betrekking hebben op het voorlaatste aanslagjaar voorafgaand aan het jaar van de inning "die zijn meegedeeld door de administratie der directe belastingen overeenkomstig" de voorvermelde bepaling van het koninklijk besluit nr. 38 (artikel 11, §2) die bovenvermelde administratie ertoe verplicht aan het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen de nodige inlichtingen te verstrekken om het bedrag van de bijdragen vast te stellen.

Uit de voornoemde wettelijke bepalingen blijkt dat de beroepsinkomsten die in aanmerking moeten worden genomen voor de berekening van de bijdragen deze zijn die de administratie der directe belastingen heeft vastgesteld of, bij betwisting, die de overheid of het gerecht waarbij het belastingberoep aanhangig is gemaakt bij het einde van het geschil heeft erkend.

Op grond van artikel 581, 1° en 2°, van het Gerechtelijk Wetboek mag het arbeidsgerecht, dat uitspraak doet over een geschil betreffende de verplichtingen die voortvloeien uit de wetten en verordeningen inzake sociaal statuut, het bedrag niet wijzigen van de inkomsten die de grondslag vormen voor de berekening van de aanslag noch de kwalificaties wijzigen die in aanmerking zijn genomen door de fiscale administratie of, als de belastingschuldige beroep aantekent tegen de aanslag, door de directeur of de rechter die hierover definitief uitspraak heeft gedaan. De arbeidsgerechten hebben hierover dus geen volle rechtsmacht.

Alleen als de belastingschuldige beroep aantekent tegen een tegen hem ingekohierde belasting mag de rechterlijke macht de wettelijkheid van de individuele administratieve akte, de inkohiering, toetsen. In dat geval mag de rechterlijke macht zeker geen gevolg hechten aan een inkohiering die zij onwettig acht. Enkel binnen dat bestek kan artikel 159 van het Grondwet worden aangevoerd.

Het arrest stelt vast dat de administratie van de directe belastingen de verweerder, overeenkomstig diens belastingaangifte, belast op beroepsinkomsten uit een in België uitgeoefende activiteit als zelfstandige en dat tegen die aanslagen geen beroep werd aangetekend, en kan zodoende niet wettelijk beslissen dat de verweerder gedurende die periode geen beroepsinkomsten als zelfstandige heeft ontvangen en dat de door de eiser gevorderde sociale bijdragen bijgevolg onverschuldigd waren.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Krachtens de artikelen 11, §1 en 2, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen en 33 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38, zoals de teksten ervan tijdens de litigieuze periode zijn gewijzigd, dient te worden verstaan onder beroepsinkomsten die in aanmerking moeten worden genomen voor de berekening van de bijdragen van de onderworpenen aan het sociaal statuut van zelfstandigen, de brutoberoepsinkomsten die de administratie der directe belastingen heeft vastgesteld en medegedeeld aan het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen conform de wettelijke en reglementaire voorwaarden waarin die bepalingen voorzien, of, in geval van betwisting, deze die bij het einde van het geschil zijn erkend door de overheid of door het gerecht waarbij het belastingberoep aanhangig is gemaakt.

Het arbeidsgerecht dat uitspraak doet over de betwisting van de verplichtingen uit de wetten en verordeningen inzake sociaal statuut, mag het bedrag van de beroepsinkomsten dat is vastgesteld overeenkomstig de wetgeving op de inkomstenbelastingen in de zin van artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 38, noch de omschrijving van die inkomsten op grond waarvan de aanslag werd ingekohierd niet ter discussie stellen.

Hoewel artikel 159 van de Grondwet bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en lokale besluiten en verordeningen slechts moeten toepassen voor zover die conform de wetten zijn, ontslaat het de rechter niet van

de verplichting om de bepalingen van artikel 11, §1 en 2, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 op de feiten toe te passen die bij hem aanhangig zijn.

Het arrest stelt vast dat "de belastingadministratie voor het jaar 2000 inkomsten ten belope van 23.364,59 € als inkomsten van bedrijfsleider (na aftrek van de forfaitaire lasten) in aanmerking heeft genomen die de Luxemburgse vennootschap, die (de verweerder) tewerkstelt, verschuldigd is".

Het arrest dat, om de verweerder te ontslaan van de verplichting de bijdragen te betalen van onderworpenen aan het sociaal statuut der zelfstandigen, overweegt dat "het duidelijk een vergissing moet betreffen van de belastingadministratie die in België geen lonen mag belasten als zelfstandige inkomsten die reeds in het Groothertogdom Luxemburg werden belast, (en dat) dubbele heffing onwettelijk is; (dat) de sociale gerechten bijgevolg geen rekening moeten houden met deze onwettelijke beslissing, zelfs als die definitief is omdat er geen beroep werd aangetekend", schendt de bepalingen die het middel aanwijst.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre dat het hoger beroep van de verweerder grotendeels gegrond verklaart, het beroepen vonnis wijzigt, en 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 beslissing aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Brussel.

29 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Storck, voorzitter – *Verslaggever*: de h.. Simon – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. Kirkpatrick.

Nr. 700

3^o KAMER - 29 november 2010

1^o ONDERNEMINGSRAAD EN VEILIGHEIDSCOMITE — BESCHERMDE
WERKNEMERS - BIJZONDER ONTSLAG - DRINGENDE REDEN - DIEFSTAL

2^o ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — ONTSLAG OM DRINGENDE
REDEN - DIEFSTAL

1^o en 2^o *Het bestreden arrest motiveert regelmatig en verantwoordt naar recht zijn beslissing om de dringende reden van ontslag niet aan te nemen, wanneer het overweegt, zonder bekritiseerd te worden, dat het enige feit dat de werkgever aanvoert tot staving van de dringende reden een diefstal is en bij gebrek aan bedrieglijk opzet uitsluit dat de werknemer die diefstal heeft gepleegd. (Artt. 2, §1, 4 en 7, Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden; Art. 35, Arbeidsovereenkomstenwet)*

(ACCOR HOTELS BELGIUM nv T. A. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(AR S.09.0114.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 17 september 2009 gewezen door het arbeidshof te Brussel.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 2, §1, 4 en 7 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden;

- artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart het hoger beroep gegrond, doet het beroepen vonnis teniet en doet opnieuw uitspraak over het verzoek van de eiseres om de (eerste) verweerster om een dringende reden te mogen ontslaan, verklaart die vordering ongegrond en verwerpt ze, laat de kosten van de dagvaarding ten laste van de eiseres en veroordeelt haar om aan de (eerste) verweerster de rechtsplegingsvergoedingen voor de twee instanties te betalen, om alle daarin vermelde redenen en in het bijzonder om de volgende redenen:

"III. 5. 3. (...) Het materieel bestanddeel van het misdrijf is dus bewezen;

III. 5. 4. De beslissing van de eerste rechters over het moreel bestanddeel van de diefstal kan daarentegen niet worden gevolgd;

Hoewel de arbeidsrechtbank vaststelt dat de uitleg van (de eerste verweerster) 'voldoende waarschijnlijk' lijkt, heeft zij uit die gegevens, die zij 'in hun geheel en met inachtneming van hun chronologische volgorde heeft beschouwd', met zekerheid het bestaan van een bedrieglijk opzet aan de zijde van (de eerste verweerster) menen te kunnen afleiden;

Zodoende heeft de arbeidsrechtbank de gegevens ten ontlaste miskend, die wezen op het ontbreken van een bedrieglijk opzet. Die gegevens zijn inzonderheid:

het feit dat (de eerste verweerster) het T-shirt niet naar huis heeft meegenomen (wat zij makkelijk had kunnen doen) maar het in haar bergkastje heeft laten liggen (wat daarenboven in tegenspraak is met de bewering uit de brief van 10 april 2009 aan de vakbond, volgens welke 'het evident is dat (de eerste verweerster) geen andere bedoeling had dan het T-shirt naar huis mee te nemen');

het feit dat (de eerste verweerster) zelf gepreciseerd heeft waar het T-shirt lag en toestemming had gegeven om haar bergkast in haar afwezigheid te openen;

het feit dat (de eerste verweerster) niet de kans heeft gekregen om de gouvernante de volgende namiddag zelf op de hoogte te brengen van dat feit, daar zij in de loop van de ochtend al was opgebeld;

de omstandigheid dat de eerlijkheid van (de eerste verweerster) nooit eerder ter discussie heeft gestaan.

III. 5. 5. Het arbeidshof is de mening toegedaan dat niet is bewezen dat (de eerste verweerster) de intentie had om het T-shirt van de hotelgast te stelen en dat er in dat verband op zijn minst een redelijke twijfel blijft bestaan;

Het is immers perfect aannemelijk dat (de eerste verweerster), zoals de arbeidsrechtbank overigens erkent, bij het verlaten van kamer 118 de litigieuze plastic zak heeft meegenomen, wat de kamermeisjes gebruikelijk doen om ze te hergebruiken (een gebruik dat bevestigd wordt door de collectieve getuigenis die bij het dossier van (de eerste verweerster) is gevoegd). Het feit dat (de eerste verweerster) de plastic zak heeft meegenomen, toont op zich niet aan dat zij zich meteen ervan bewust was dat deze niet leeg was en dat zij zich de inhoud ervan heeft willen toe-eigenen, en toont evenmin aan dat zij de zak op het einde van haar werkdag, gelet op het late uur en de afwezigheid van de gouvernante en van de 'house keeping'-verantwoordelijke, in haar bergkastje heeft gestopt;

In die omstandigheden is de aangevoerde dringende reden, te weten de diefstal, niet aangetoond en heeft het beroepen vonnis (de eiseres) ten onrechte toegestaan om (de eerste verweerster) zonder opzegging of vergoeding te ontslaan".

Grieven

Krachtens artikel 2, §1, van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, kunnen de personeelsafgevaardigden en de kandidaat-personeelsafgevaardigden slechts worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht aangenomen werd.

Krachtens artikel 4 van die wet, moet de werkgever die het voornemen heeft een personeelsafgevaardigde of een kandidaat-personeelsafgevaardigde om een dringende reden te ontslaan, hem hierover inlichten bij een ter post aangetekende brief. De werkgever moet hierin alle feiten vermelden die naar zijn oordeel elke professionele samenwerking definitief onmogelijk maken.

Artikel 7 van dezelfde wet bepaalt dat de feiten die aangevoerd worden tot staving van een verzoek tot ontslag om een dringende reden, niet mogen verschillen van die welke met toepassing van artikel 4, paragraaf 1, ter kennis werden gebracht.

Artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bepaalt dat elke partij de overeenkomst zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn om een dringende reden kan beëindigen. Onder dringende reden wordt verstaan de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

De eiseres heeft de (eerste) verweerster bij brief van 10 april 2009 ingelicht over haar voornemen om haar om een dringende reden te ontslaan, waarbij zij haar tekortkomingen verweet die haar vertrouwen in haar geschonden hadden en die elke toekomstige samenwerking definitief onmogelijk maakten. Het arrest vermeldt dat de (eerste) verweerster, volgens de eiseres, een voorwerp van een hotelgast had gestolen en dat de eiseres het volgende preciseerde:

"Op 6 april 2009 hebt u immers de kamer 118 schoongemaakt die de gast sinds 4 april 2009 betrok en hebt u uit de kamer van (die) gast twee voorwerpen van haar meegenomen; het gaat om een lege schoendoos van het merk 'Repetto' en een plastic zak met daarin een wit T-shirt van het merk 'Manoukian', dat de gast net had gekocht.

Hierbij moet worden benadrukt dat (die gast) nog tot de volgende ochtend in het hotel zou verblijven. U hoorde dus wel te weten dat de kamer niet leeggemaakt mocht worden.

U hebt de lege schoendoos, conform de interne procedure voor gevonden voorwerpen, in het kantoor van de gouvernante achtergelaten.

De plastic zak met het T-shirt hebt u daarentegen in uw persoonlijk bergkastje in de vestiaire gelegd. Het ligt voor de hand dat u enkel en alleen de bedoeling had om het T-shirt mee naar huis te nemen".

In haar aanvullende en samenvattende appelconclusies voerde de eiseres die feiten aan tot staving van haar verzoek om de (eerste) verweerster om een dringende reden te mogen ontslaan. Zo wees zij met name op het volgende:

"Door een voorwerp mee te nemen dat in de kamer van een gast lag en dat voorwerp in haar eigen bergkastje te plaatsen, heeft (de eerste verweerster) kennelijk dat vertrouwen geschonden, daar (de eiseres) van (de eerste verweerster) een onberispelijke en onbe-grensde eerlijkheid mag verwachten.

(De eerste verweerster) heeft geen voorwerp gevonden dat zoek was geraakt of dat vergeten was in de gangen of de gemeenschappelijke toiletten van het hotel, zonder te weten van wie het was.

(De eerste verweerster) heeft meteen kunnen beseffen dat het een T-shirt van (een) hotelgast was. (De eerste verweerster) heeft het voorwerp van een hotelgast doelbewust in haar bergkastje geplaatst, hoewel zij anders had kunnen handelen.

De voortzetting van elke professionele samenwerking met (de eerste verweerster) blijkt, gelet op het voorgaande, volkomen ondenkbaar en onmogelijk".

Het arrest stelt vast dat de (eerste) verweerster de litigieuze zak met daarin een T-shirt dat toebehoorde aan (een) gast van het hotel van de eiseres, tegen de zin van (die) gast heeft ontvreemd.

Vervolgens beslist het arrest alleen maar dat het opzettelijk bestanddeel van de diefstal niet zou zijn bewezen en verklaart, uitsluitend om die reden, het verzoek van de eiseres om de (eerste) verweerster om een dringende reden te mogen ontslaan, niet-gegrond.

Het arrest doet aldus geen uitspraak over het geheel van de door de eiseres aangevoerde feiten, die volgens haar het ontslag om een dringende reden verantwoorden.

Aangezien het arrest vaststelde dat de (eerste) verweerster een plastic zak ontvreemd had, met daarin een T-shirt dat toebehoorde aan een gast van het door de eiseres beheerde hotel, en dat de (eerste) verweerster die zak in haar bergkastje had gelegd, diende het op grond van die feiten vast te stellen of het vertrouwen tussen de eiseres en (die) verweerster daadwerkelijk was geschonden en of die feiten bijgevolg elke professionele samenwerking tussen de partijen definitief onmogelijk hadden gemaakt.

Het arrest, dat alleen vaststelt dat het moreel bestanddeel van de diefstal niet was bewezen, zonder te beslissen of het geheel van de feiten die de eiseres had aangevoerd en die het had vastgesteld elke professionele samenwerking tussen de eiseres en de (eerste) verweerster definitief onmogelijk hadden gemaakt, los van de vraag of die omstandigheden al dan niet het misdrijf 'diefstal' opleverden, is niet wettig met redenen omkleed. Het schendt immers de artikelen 2, §1, 4 en 7 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, alsook artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Het antwoordt overigens niet op de aanvullende en samenvattende appelconclusies van de eiseres volgens welke het feit dat de eerste verweerster een zak had meegenomen van een gast die in een kamer van het hotel van de eiseres verbleef en in haar bergkastje had gelegd, elke professionele samenwerking tussen de eiseres en de verweerster onmogelijk had gemaakt en dus een ontslag om een dringende reden verantwoordde. Het schendt

zodoende artikel 149 van de Grondwet.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Het arrest herinnert eraan dat het arbeidsgerecht, dat uitspraak moet doen over de aanneming van een dringende reden tot ontslag van een werknemer die onder de toepassing valt van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden valt, krachtens de bepalingen van de artikelen 4 en 7 van die wet alleen kennisneemt van de feiten "die overeenkomstig artikel 4, §1" van die wet ter kennis zijn gebracht", en beslist vervolgens, zonder op dat punt bekritiseerd te worden, dat "uit de lezing van de aange tekende brieven van 10 april 2009, die overeenkomstig (voormeld) artikel 4, §1, (aan de verweersters) ter kennis zijn gebracht, (...) blijkt dat de arbeidsrechtbank terecht één enkel, door (de eiseres) aangevoerd feit als een dringende reden heeft beschouwd, met name de diefstal, (op) 6 april 2009, uit de kamer (van een) gast van het hotel, van een plastic zak (...) met daarin een wit T-shirt van het merk 'Manoukian', dat op 7 april 2009 is teruggevonden in het bergkastje van (de eerste verweerster)".

Het arrest, dat bij gebrek aan bedrieglijk opzet uitsluit dat de eerste verweester die diefstal heeft gepleegd, antwoordt aldus op de conclusie van de eiseres, motiveert regelmatig en verantwoordt naar recht zijn beslissing om de dringende reden van ontslag niet te willen aannemen.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

29 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. Mahieu.

Nr. 701

3^o KAMER - 29 november 2010

1^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - BURGERLIJKE ZAKEN - BESLISSING - UITSpraak

2^o VONNISSEN EN ARRESTEN — BURGERLIJKE ZAKEN — SOCIAAL PROCESRECHT - BESLISSING - UITSpraak - WETTEN - WERKING IN DE TIJD

1^o en 2^o *Wanneer er, inzake arbeidsongevallen, voor de zaak, zoals zij nog door het arbeidshof moest worden berecht op 1 september 2007, noch een rechtsdag noch een kalender voor de rechtspleging was vastgesteld en dat er evenmin enig verzoek tot vaststelling ervan was ingediend, moet het arrest uitgesproken worden door de voorzitter van*

*het rechtscollege dat het gewezen heeft*¹. (Art. 782*bis*, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek; Artt. 24 en 31, Wet 26 april 2007)

(M. T. AXA BELGIUM nv)

ARREST (*vertaling*)

(AR S.10.0012.F)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 19 oktober 2009 gewezen door het arbeidshof te Brussel.

Voorzitter Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiser voert volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 31 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand;

- de artikelen 779, 782, vóór de wijziging ervan bij de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, en 782*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van de eiser ongegrond en bevestigt het beroepen vonnis wat betreft de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid en de kosten van de eerste aanleg.

Het bestreden arrest veroordeelt de verweerster, met bevestiging van het beroepen vonnis, om aan de eiser, ten gevolge van zijn arbeidsongeval op 23 augustus 2000, de forfaitaire vergoedingen en uitkeringen te betalen op grond van een gedeeltelijke blijvende arbeidsongeschiktheid van 18 pct., vanaf 1 januari 2003, datum van de consolidatie, en bepaalt de jaarlijkse uitkering, met ingang van die datum, op 4.392,03 euro.

Het bestreden arrest bevat de vermelding dat het aldus is "gewezen door M. Delange, raadsheer, Y. Gauthy, raadsheer in sociale zaken benoemd als werkgever, P. Leveque, raadsheer in sociale zaken benoemd als werknemer, bijgestaan door A. De Clerck, griffier", gevolgd door de handtekeningen van de raadsheren Delange, Gauthy en Leveque en van griffier De Clerck, en de vermelding "dat het is uitgesproken op de openbare terechtzitting van de zesde kamer van het arbeidshof te Brussel op negentien oktober tweeduizend en negen, alwaar aanwezig waren M. Delange, raadsheer, Ch. Everard, griffier", gevolgd door de handtekeningen van raadsheer Delange en van griffier Everard.

Grieven

Krachtens artikel 31 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, zijn de wijzigingen van de artikelen 779 en 782 van dat wetboek alsook de invoeging, in dat wetboek, van een artikel 782*bis*, in elke aanleg van toepassing op de zaken waarvoor op 1 september 2007 geen rechtsdag of geen kalender voor de rechtspleging is vastgesteld, of waarvoor geen enkel verzoek tot vaststelling werd ingediend.

¹ Zie Cass., 24 sept. 2008, AR P.08.0494.F, AC, 2008, nr. 499 ; Cass., 26 feb. 2010, AR F.09.0010.F, AC, 2010, nr.135, met concl. adv.-gen. HENKES in *Pas.*, 2010, nr.135.

Te dezen had het arbeidshof te Brussel reeds op 19 februari 2007 een arrest gewezen. Uit dat arrest volgt dat de zaak reeds was gepleit op de openbare terechtzitting van 22 januari 2007.

Aangezien de zaak reeds op 22 januari 2007 was gepleit en er op 19 februari 2007 een arrest was gewezen, kan niet worden betwist dat de rechtsdag van de zaak, in hoger beroep, reeds vóór 1 september 2007 was vastgesteld.

Het bestreden arrest moest bijgevolg, overeenkomstig artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het van toepassing was vóór de wijziging door de wet van 26 april 2007, op straffe van nietigheid worden uitgesproken door de drie magistraten die alle zittingen over de zaak bijgewoond hebben overeenkomstig artikel 779, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het van toepassing was vóór de opheffing ervan bij de voormelde wet van 26 april 2007.

Luidens artikel 782 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het van toepassing was vóór de inwerkingtreding van de wet van 26 april 2007, wordt het vonnis ondertekend door de rechters die het hebben uitgesproken, en door de griffier.

Het bestreden arrest dat, volgens de vermeldingen op zijn laatste bladzijde, volgens de vermeldingen op het zittingsblad van 19 oktober 2009, waarvan een door de griffier eensluidend verklaard afschrift aan het cassatieberoep is gehecht en volgens de vermeldingen van het proces-verbaal van de terechtzitting van 19 oktober 2009, dat deel uitmaakt van het dossier van de rechtspleging, op de openbare terechtzitting van 19 oktober 2009 werd uitgesproken door raadsheer Delange en niet door de drie magistraten die het debat over de zaak hebben bijgewoond en aan de beraadslaging hebben deelgenomen, schendt derhalve de artikelen 779 en 782 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals zij van toepassing waren vóór de wijziging ervan bij de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, 31 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand en, voor zover nodig, 782*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Zowel het zittingsblad en het proces-verbaal van de terechtzitting als het bestreden arrest stellen vast dat voormeld arrest op 19 oktober 2009 enkel door de magistraat is uitgesproken die optrad als voorzitter van de kamer die het gewezen heeft, in afwezigheid van de andere rechters van die kamer.

Krachtens artikel 31 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, zijn de bepalingen van die wet die de artikelen 779 en 782 van dat wetboek wijzigen en daarin een artikel 782*bis* invoegen, in elke aanleg van toepassing op de zaken waarvoor op 1 september 2007 geen rechtsdag of geen kalender voor de rechtspleging is vastgesteld, of waarvoor geen enkel verzoek tot vaststelling werd ingediend, en wordt om de latere instaatstelling en vaststelling van de rechtsdag verzocht overeenkomstig de bepalingen van de nieuwe wet.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat het arbeidshof op 19 februari 2007 een eerste arrest heeft gewezen dat het hoger beroep van de eiser ontvankelijk verklaart en een aanvullend deskundigenonderzoek beveelt, dat de deskundige zijn aanvullend verslag op 30 juni 2008 heeft neergelegd, en dat de partijen vervolgens hun conclusies hebben uitgewisseld, waarna zij op 16 januari 2009, op grond van artikel 750 van het Gerechtelijk Wetboek, verzocht

hebben om de rechtsdag van de zaak vast te stellen, en dat de zaak is gepleit op de zitting van 25 september 2009.

Daaruit volgt dat er voor de zaak, zoals zij nog door het arbeidshof moest worden berecht, op 1 september 2007 noch een rechtsdag noch een kalender voor de rechtspleging was vastgesteld en dat er evenmin enig verzoek tot vaststelling ervan was ingediend.

Het bestreden arrest dat, overeenkomstig artikel 782*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het bijgevolg op de zaak moest worden toegepast, is uitgesproken door de voorzitter van het rechtscollege dat het arrest gewezen heeft, schendt geen van de in het middel bedoelde bepalingen.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Gelet op artikel 68 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, veroordeelt de verweerster in de kosten.

29 november 2010 – 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Storck, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Leclercq, procureur-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en Kirkpatrick.

Nr. 702

2^o KAMER - 30 november 2010

WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ARTIKEL 42 - LICHAAMELIJKE ONGESCHIKTHEID EEN MOTORRIJTUIG TE BESTUREN - VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN - AARD - BEOORDELING DOOR DE RECHTER - MINIMUMNORMEN VAN BIJLAGE 6 BIJ K.B. 23 MAART 1998 BETREFFENDE HET RIJBEWIJS - INVLOED

Het verval van het recht tot sturen, bepaald in artikel 42 Wegverkeerswet is een veiligheidsmaatregel die naast de straf moet worden uitgesproken en waartoe de rechter op grond van een soevereine beoordeling beslist; het is niet uitgesloten dat een persoon die voldoet aan de minimumnormen inzake het gebruik van alcohol zoals bepaald in bijlage 6 bij het K.B. van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs, door de rechter ongeschikt bevonden wordt om een motorrijtuig te besturen in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet¹.

(E.)

Conclusie van eerste advocaat-generaal M. De Swaef.

Het enig middel tot cassatie komt op tegen de beslissing van de appelrechters die het verval van het recht tot sturen wegens ongeschiktheid in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet uitspreken nadat nochtans blijkt dat de eiseres slaagde in de bij een vorig vonnis opgelegde geneeskundige en psychologische onderzoeken.

Meer bepaald wordt aangevoerd dat lichamelijke ongeschiktheid als gevolg van alco-

¹ Zie de concl. van het O.M.

holisme in de zin van bijlage 6 bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs dezelfde connotatie heeft als in artikel 42 Wegverkeerswet.

Het verval van het recht tot sturen wegens lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid is geen straf maar een beveiligingsmaatregel².

De rechter moet het verval tot sturen opleggen wanneer aan de voorwaarden is voldaan; hij oordeelt onaantastbaar over het al dan niet voldaan zijn aan de voorwaarden³.

Het slagen in de geneeskundige en psychologische onderzoeken betekent evenwel niet dat geen toepassing meer kan gemaakt worden van artikel 42 Wegverkeerswet.

De appelrechters verwijzen daarbij naar Arnou en De Busscher⁴ om vast te stellen dat het slagen in de geneeskundige en psychologische onderzoeken weliswaar betekent dat de betrokkene voldoet aan de minimumnormen van voormelde bijlage 6 maar dat dit noodzakelijk samenvalt met de lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid van artikel 42 Wegverkeerswet.

Volgens deze auteurs zal de rechter "deze ongeschiktheid uiteraard geheel of gedeeltelijk moeten aannemen wanneer blijkt dat de betrokkene niet meer voldoet aan de in de bijlage 6 bij het K.B. Rijbewijs bepaalde normen tot het besturen van alle of bepaalde categorieën van motorvoertuigen waarvoor een rijbewijs vereist is. Maar de rechter kan ook andere oorzaken van gehele of gedeeltelijke lichamelijke ongeschiktheid aannemen"⁵.

Wanneer er sprake is van een lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid als gevolg van alcoholisme in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet kan men niet oordelen dat men voldoet aan de minimumnormen van bijlage 6 voormeld.

Het omgekeerde is echter niet noodzakelijk waar; dit is nu precies de veronderstelling waarvan het middel uitgaat.

Inderdaad, het is niet omdat men voldoet aan de minimumnormen van bijlage 6, K.B. 23 maart 1998 - merk overigens op dat het gaat om minimumnormen - dat er geen sprake kan zijn van een lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet.

Niet alleen kan het immers zijn dat andere redenen dan deze vermeld in de minimumnormen van bijlage 6 de rechter - die daarover soeverein oordeelt - doen besluiten tot het bestaan van een lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet, maar te dezen blijken de appelrechters ook op grond van de expertise van Dr. Baecke te weerhouden dat de eiseres misschien wel op het moment van hun oordeel géén alcoholverslaafde meer was, maar dat de schade die zij opliep als gevolg van deze (vroegere) alcoholverslaving, haar toch nog steeds lichamenlijk of geestelijk ongeschiktheid maakt in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet.

Het vonnis stelt daarbij vast: "Dr. Baecke stelde, na grondig onderzoek van beklagde, vast dat zij door chronisch alcoholgebruik erg veel schade heeft opgelopen, zowel op psycho-organisch vlak als op maatschappelijk vlak en dat zij op heden niet stabiel is in haar abstinentie" om te besluiten: dat betrokkene op heden als geestelijk ongeschikt moet beschouwd worden om een voertuig te besturen door de psycho-organische schade die het gevolg is van chronisch ethylisme."

Naar recht verantwoord is derhalve het oordeel dat het dus niet onmogelijk is dat een

2 Cass. 30 januari 2007, AR P.06.1496.N, AC, 2007, nr. 57; 11 mei 2010, AR P.10.0079.N.

3 A. VANDEPLAS, Over ontzegging van rijbevoegdheid, noot onder Beroep Antwerpen, 2 september 1993, *RW*, 1993-1994, 1234; M. Sterkens. De uitbreiding van het verval van het recht tot sturen, noot onder Cass. 8 november 2005, *RW*, 2006-2007, 135.

4 *Misdrijven en sancties in de Wegverkeerswet*, Mechelen, Kluwer, 1999, nr. 975.

5 Zie ook: Larcier, *Wet en duiding, Wegverkeer. Deel 1*, 2008, F. GLORIEUX, G. JOCQUÉ en R. SIERENS, editors, 29-30.

persoon die voldoet aan de minimumnormen van bijlage 6 bij het KB betreffende het rijbewijs na het slagen in een geneeskundige en psychologische proef, toch niet geschikt wordt bevonden tot het besturen van een motorvoertuig in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet.

Het middel kan niet worden aangenomen. De bestreden beslissing die de eiseres niet voorgoed maar tijdelijk vervallen verklaart van het recht tot sturen, is cassatiebestendig.

Conclusie: verwerping.

ARREST

(AR P.10.0619.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctionele rechtbank te Brugge van 26 februari 2010.

De eiseres voert in een verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM, artikel 42 Wegverkeerswet en de artikelen N6.IV.2.1 - N6.IV.2.3 van de bijlagen bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs, alsmede miskennen van het recht van verdediging: de appelrechters oordelen ten onrechte dat de eiseres lichamelijk ongeschikt is een motorrijtuig te besturen in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet en dat de minimumnormen van bijlage 6 bij het KB van 23 maart 1998 een andere connotatie hebben.

2. Artikel 42 Wegverkeerswet bepaalt: "Verval van het recht tot sturen moet uitgesproken worden wanneer, naar aanleiding van een veroordeling wegens overtreding van de politie over het wegverkeer of wegens een verkeersongeval te wijten aan het persoonlijk toedoen van de dader, de schuldige lichamelijk of geestelijk ongeschikt wordt bevonden tot het besturen van een motorvoertuig; in dat geval wordt het verval uitgesproken, hetzij voorgoed, hetzij voor een termijn gelijk aan de waarschijnlijke duur van de ongeschiktheid al naargelang deze blijvend of voorlopig blijkt te zijn."

3. Dit verval is een veiligheidsmaatregel die naast de uitgesproken straf moet worden uitgesproken en waartoe de rechter op grond van een soevereine beoordeling beslist.

4. Artikel N6 van de bijlagen bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs, bepaalt de minimumnormen en attesten inzake lichamelijke en geestelijke geschiktheid voor het besturen van een motorvoertuig. Die bijlage beschrijft de functionele stoornissen en aandoeningen die de uitsluiting tot gevolg hebben en de geneeskundige normen waaraan de kandidaat voor een rijbewijs of een leervergunning en de houder van een rijbewijs moeten voldoen.

5. Artikel N6.IV.2.1 tot N6.IV.2.3 van de bijlagen bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs bepalen: "2.1. De geneesheer bepaalt de rijgeschiktheid en geldigheidsduur ervan. 2.2. De kandidaat die aan alcohol verslaafd is of zich niet kan onthouden van alcoholgebruik wanneer hij een motorvoertuig bestuurt, is niet rijgeschikt. 2.3. De kandidaat die aan alcohol verslaafd is geweest, kan evenwel na een periode van bewezen onthouding van minstens zes maanden rijgeschikt worden verklaard. De geldigheidsduur van de rijgeschiktheid is beperkt tot maximaal drie jaar."

6. Uit voormelde wetsbepalingen volgt dat het niet uitgesloten is dat een persoon die voldoet aan de minimumnormen inzake het gebruik van alcohol zoals bepaald in bijlage 6 bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs, door de rechter ongeschikt bevonden wordt om een motorrijtuig te besturen in de zin van artikel 42 Wegverkeerswet.

7. De appelrechters oordelen dat het slagen in de geneeskundige en psychologische onderzoeken weliswaar betekent dat de betrokkene voldoet aan de minimumnormen die gesteld zijn in bijlage 6 bij het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs, maar dit niet noodzakelijk volledig samenvalt met de lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid waarvan gewag in artikel 42 Wegverkeerswet. Zij stellen vast dat gerechtspychiater Baecke, na grondig onderzoek van de eiseres, vaststelde dat zij door chronisch alcoholgebruik erg veel schade heeft opgelopen, zowel op psycho-organisch als op maatschappelijk vlak en dat zij op heden niet stabiel is in haar abstinentie.

Zodoende verantwoordende de appelrechters hun beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

8. 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 eiseres in de kosten.

30 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. P. Brondel, Brugge.

Nr. 703

2° KAMER - 30 november 2010

**WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ARTIKEL
67 — ARTIKEL 67TER - TREKKER MET OPLEGGER - TOEPASSING**

Artikel 67ter Wegverkeerswet geldt ook voor de combinatie van een trekker met oplegger.

(G.)

ARREST

(AR P.10.0964.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis in hoger beroep van de correctie-rechtbank te Gent van 29 april 2010.

De eiser voert in een verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een grief aan. Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Grief

1. De grief voert schending aan van artikel 67ter, eerste en tweede lid, Wegverkeerswet: de appelrechters oordelen onterecht dat een trekker met oplegger een motorvoertuig is in de zin van artikel 67ter Wegverkeerswet.

2. Artikel 67ter Wegverkeerswet 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 meedelen.

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."

3. Anders dan waarvan de grief uitgaat, geldt deze bepaling ook voor de combinatie van een trekker met oplegger.

De grief faalt naar recht.

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.

30 november 2010 – 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J. Cansse, Gent.

Nr. 704

2° KAMER - 30 november 2010

- 1^o VREEMDELINGEN - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BESLISSINGEN VAN DE ONDERZOEKSGERECHTEN - ARTIKEL 149, GRONDWET - TOEPASSING
- 2^o GRONDWET — GRONDWET 1994 (ART. 100 TOT EINDE) — ARTIKEL 149 - VREEMDELINGEN - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BESLISSINGEN VAN DE ONDERZOEKSGERECHTEN - TOEPASSING
- 3^o ONDERZOEKSGERECHTEN - VREEMDELINGEN - MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BESLISSINGEN - ARTIKEL 149, GRONDWET - TOEPASSING
- 4^o VREEMDELINGEN - ADMINISTRatieve MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - AARD VAN DE PROCEDURE - GEVOLG - PREJUDICIËLE VRAAG
- 5^o GRONDWETTelijk HOF - VREEMDELINGEN - ADMINISTRatieve MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - AARD VAN DE PROCEDURE - GEVOLG - PREJUDICIËLE VRAAG
- 6^o PREJUDICIËEL GESCHIL - VREEMDELINGEN - ADMINISTRatieve MAATREGEL VAN VRIJHEIDSBEROEVING - BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT - AARD VAN DE PROCEDURE - GEVOLG - PREJUDICIËLE VRAAG
- 1^o, 2^o en 3^o *Artikel 149 Grondwet is niet van toepassing op de beslissingen van de onderzoeksgerechten over de handhaving van de maatregel van vrijheidsbeneming, genomen in toepassing van artikel 72 Vreemdelingenwet¹.*
- 4^o, 5^o en 6^o *De rechtspleging op het beroep dat een vreemdeling met toepassing van artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet instelt tegen een administratieve maatregel van vrijheidsberoving, is een procedure die spoedeisend is en een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof².*

(A. T. BELGISCHE STAAT, Staatssecretaris voor migratie- en asielbeleid)

ARREST

(AR P.10.1735.N)

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 4 november 2010.

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

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

¹ Cass., 4 aug. 2009, AR P.09.1130.N, AC, 2009, nr. 460.

² Cass., 30 april 2008, AR P.08.0596.F, AC, 2008, nr. 263.

Eerste advocaat-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

Eerste onderdeel

1. Het onderdeel voert miskenning aan van het vermoeden van onschuld: niet-tegenstaande de eiser de beweerde vervalsing van het visum in het eerder voorgelegde paspoort ontkent en niet blijkt welk gevolg werd gegeven aan het proces-verbaal dat werd opgesteld wegens gebruik van ongeldige identiteitsdocumenten, stelt het arrest vast dat de eiser zich onbetwist schuldig heeft gemaakt aan schriftvervalsing.

2. Wanneer de vreemdeling met toepassing van artikel 71 Vreemdelingenwet beroep instelt tegen een administratieve maatregel van vrijheidsberoving, dienen de onderzoeksgerechten te onderzoeken of de maatregelen van vrijheidsberoving of tot verwijdering van het grondgebied in overeenstemming zijn met de wet. Zij moeten daarbij de werkelijke toedracht en de juistheid van de feiten die de administratieve overheid aanvoert, nagaan. De omstandigheid dat een door de administratieve overheid aangevoerd feit als een misdrijf kan worden gekwalificeerd, doet daaraan niet af.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat de kamer van inbeschuldigingstelling niet vermog na te gaan of de vreemdeling de aangevoerde strafbare handeling heeft gesteld zolang een strafonderzoek loopt, faalt het naar recht.

3. Het enkele feit dat de rechter anders oordeelt dan een partij in conclusie aanvoert, levert geen miskenning van het vermoeden van onschuld op.

In zoverre faalt het onderdeel eveneens naar recht.

4. Voor het overige komt het onderdeel geheel op tegen de beoordeling van de feiten door de rechter of vraagt het een onderzoek van feiten waarvoor het Hof niet bevoegd is.

In zoverre is het onderdeel niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

5. Het onderdeel voert schending aan van artikel 149 Grondwet en artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet: het arrest dat zonder vermelding van de juridische grondslag weigert het Grondwettelijk Hof de voorgestelde prejudiciële vraag te stellen, is aldus onvoldoende gemotiveerd; de vermelde hoogdringendheid van de te nemen beslissing kan die weigering niet verantwoorden.

De eiser verzoekt het Hof nog het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

"Schenkt artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenlezing met het artikel 6 van het EVRM en artikel 14 IVBPR voor zover dat een persoon die van zijn vrijheid is beroofd in het kader van de vreemdelingenwet zich voor een onderzoeksgerecht dient te verantwoorden welke enkel oordeelt over de wettigheid van de genomen beslissing terwijl een persoon die van zijn vrijheid is beroofd in het kader van de voorlo-

pige hechteniswet zich voor een onderzoeksgerecht dient te verantwoorden die zowel de wettigheid als de opportuniteit beoordeelt?"

6. Artikel 149 Grondwet is niet van toepassing op de beslissingen van de onderzoeksgerechten over de handhaving van de maatregel van vrijheidsbeneming, genomen in toepassing van artikel 72 Vreemdelingenwet.

In zoverre het schending van die bepaling aanvoert, faalt het onderdeel naar recht.

7. Volgens artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof is een rechtscoliege niet ertoe gehouden een prejudiciële vraag te stellen zowel in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft, als in het geval het een procedure ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis betreft, behalve wanneer er ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 Grondwet bedoelde regel met een van de in artikel 26, §1, bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Grondwettelijk Hof aanhangig is.

8. De rechtspleging op het beroep dat een vreemdeling met toepassing van artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet instelt tegen een administratieve maatregel van vrijheidsberoving, is een procedure die spoedeisend is en een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 26, §3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

9. Het arrest oordeelt dat gelet op de hoogdringendheid van de te nemen beslissing inzake vrijheidsbeneming, niet kan worden ingegaan op het verzoek het Grondwettelijk Hof de voorgestelde prejudiciële vraag te stellen. Aldus omkleedt het arrest zijn beslissing met redenen en verantwoordt het die naar recht.

Het onderdeel kan in zoverre niet worden aangenomen.

10. Om de hiervoor vermelde redenen dient ook het Hof de voorgestelde prejudiciële vraag niet te stellen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing

11. 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.

30 november 2010 – 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mestdagh – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. R. Colman, Dendermonde.
