

**Jaarverslag
van het Hof van Cassatie van België
2008**

Redactie

I. Verougstraete – M. De Swaef – P. Lecroart – S. Lierman

Het verslag is goedgekeurd door de Algemene vergadering van het Hof op 19 februari 2009 en door de korpsvergadering van het parket bij het Hof op 11 februari 2009.

Voorwoord	19
Vorwort	20
HOOFDSTUK I - Voorstelling van het Hof van Cassatie	21
AFDELING 1 - Algemene voorstelling	21
AFDELING 2 - Het Hof van Cassatie en andere rechtscolleges	22
§ 1. Algemeen	22
§ 2. Belgische magistraten van zetel en parket van het Hof bij het Benelux-Gerechtshof	23
AFDELING 3 - Het Hof van Cassatie en Europese instellingen	24
AFDELING 4 - Personalia	25
HOOFDSTUK II - Belangrijke arresten van het Hof	26
AFDELING 1 - Uitspraken in burgerlijke zaken	26
§ 1. Aansprakelijkheidsrecht	26
A. Vergoeding van verlies van genezings- en overlevingskansen: arrest van 5 juni 2008 (C.07.0199.N)	26
B. Aansprakelijkheid van de notaris die gevorderd wordt een onderhandse koopakte op te maken is ten aanzien van de partij die hierom verzoekt van contractuele aard: arrest van 23 oktober 2008 (C.06.0158.F-C.06.0478.F)	27
§ 2. Aansprakelijkheid van de overheid	27
A. Aansprakelijkheid van de Staat voor de fout in de rechtsprekende functie: arrest van 5 juni 2008 (C.06.0366.N)	27
B. Aanvang van de verjaringstermijn voor het instellen van de vordering tot aansprakelijkheid van de Belgische Staat, wegens de fout van een magistraat in zijn rechtsprekende functie: arrest van 5 juni 2008 (C.07.0073.N)	29
C. Begrip ‘openbare gezondheid’ in de zin van artikel 135, § 2, van de nieuwe gemeentewet: arrest van 20 juni 2008 (C.06.0592.F)	30
D. Fout van een magistraat waarvoor de Staat aansprakelijk is, hoeft niet noodzakelijk deze te zijn die de intrekking, de wijziging, de vernietiging of de herroeping van zijn beslissing rechtvaardigde: arrest van 27 juni 2008 (C.07.0384.F), met de conclusie van advocaat-generaal T. Werquin	31
E. Schade, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, die door de openbare werkgever wordt geleden, strekt zich niet uit tot de vergoedingen die zijn uitbetaald aan zijn personeelslid dat door de fout van een derde gedeeltelijk blijvend arbeidsongeschikt is, zo de werkgever geen arbeidsprestaties van dat personeelslid heeft moeten ontberen, ook al zijn deze vergoedingen verschuldigd	

krachtens een wettelijke of reglementaire verplichting van de openbare werkgever: arrest van 12 november 2008 (P.07.1531.F)	32
§ 3. Familiaal vermogensrecht	33
A. Bepaling van de wet die van toepassing is op een huwelijksvermogensstelsel wanneer de gewezen echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben: arrest van 5 mei 2008 (C.06.0288.F)	33
B. De latere verdwijning van de oorzaak van de rechtshandeling heeft in de regel geen gevolgen voor de geldigheid ervan. Dit geldt ook voor schenkingen onder de levenden, waarvan de beweegreden tot schenking later buiten de wil van de schenker verdwijnt: arrest van 12 december 2008 (C.06.0332.N)	34
§ 4. Personen- en familierecht	35
A. De onder voorlopig bewind geplaatste persoon waarvan de bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft, is niet volledig handelingsonbekwaam. Hij kan dus geldig testeren als hij gezond van geest is: arrest van 10 januari 2008 (C.06.0620.N)	35
B. Met “eindvonnis” in de zin van artikel 42, § 2, eerste lid, van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming tot echtscheiding, wordt de gerechtelijke beslissing bedoeld die <i>onherroepelijk</i> uitspraak doet over de aanvraag tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed: arrest van 11 september 2008 (C.08.0088.F)	36
C. De omstandigheid dat een echtgenoot de echtscheiding op grond van bepaalde feiten heeft gevorderd en verkregen, sluit niet uit dat op verzoek van de andere echtgenoot de rechter tevens de echtscheiding uitspreekt op grond van feitelijke scheiding en, op verzoek van laatstgenoemde, het vermoeden van toerekenbaarheid van schuld aan de feitelijke scheiding omkeert: arrest van 22 december 2008 (C.07.0089.F)	37
§ 5. Zekerheden	38
A. De kosteloze aard van de persoonlijke zekerheidsstelling is het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de persoonlijke zekerheidssteller kan genieten ten gevolge van de zekerheidsstelling. Of de zekerheidssteller al dan niet een concrete tegenprestatie heeft bedongen voor het aangaan van de zekerheidsstelling is daartoe niet bepalend: arrest van 26 juni 2008 (C.07.0596.N), met conclusie van advocaat-generaal met opdracht A. Van Ingelgem	38
B. De uit het gerechtelijk akkoord ontstane schulden die krachtens artikel 44, tweede lid, van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord worden beschouwd als boedelschulden van het faillissement, hebben geen voorrang op de rechten van de schuldeisers die een bijzonder voorrecht op roerende goederen bezitten: arrest van 18 december 2008 (C.07.0491.F)	40

§ 6. Andere uitspraken in burgerlijke zaken	40
A. De toepassing van artikel 1236, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, sluit niet uit dat een derde, die bij de verbintenis geen belang heeft maar de betaling verricht heeft, door de schuldeiser bij overeenkomst in zijn rechten gesteld wordt: arrest van 21 januari 2008 (C.07.0078.F)	40
B. Verjaring van de vordering tot betaling van erelonen en kosten van de advocaat: arrest van 24 januari 2008 (C.07.0372.N)	41
C. De ontvangst van een betaling door de bankier, die de lasthebber van zijn cliënt is, en geen weet heeft van zijn overlijden, is geldig en die bankier wordt hierdoor niet degene die de betaling ontvangt in de zin van artikel 1376 van het Burgerlijk Wetboek: arrest van 22 februari 2008 (C.07.0274.F)	42
D. Begrip oorzaak van de verbintenissen in een wederkerige overeenkomst: arrest van 14 maart 2008 (C.05.0380.F)	43
E. Een overeenkomst die, buiten de bij wet toegestane gevallen, ertoe strekt ten voordele van een van de partijen de andere partij te beletten zijn beroepsarbeid vrij te verrichten, heeft een ongeoorloofde oorzaak en is volstrekt nietig: arrest van 29 september 2008 (C.06.0443.F)	44
F. De bekrachtiging door de eigenaar van het verkochte goed van de door een andere partij zonder volmacht en in eigen naam gesloten verkoop is rechtsgeldig, maar brengt niet automatisch rechtsgevolgen teweeg voor de wederpartij-koper: arrest van 24 oktober 008 (C.08.0065.N)	45
G. Bepaling van de niet-uitgedrukte oorzaak van een verbintenis en bewijslast: arrest van 10 november 2008 (C.06.0632.F), met conclusie van procureur-generaal J.-Fr. Leclercq	46
AFDELING 2 - Uitspraken in economisch recht	47
§ 1. Insolventie en vereffening	47
A. Een individuele schuldeiser kan tijdens het faillissement geen aansprakelijkheidsvordering tegen een derde instellen wegens collectieve schade: arrest van 17 januari 2008 (F.06.0079.N) met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	47
B. Wanneer de rechter binnen het kader van een collectieve schuldenregeling een gerechtelijke aanzuiveringsregeling vaststelt die een gedeeltelijke kwijtschelding van schulden in kapitaal omvat, kan hij, als hij het nodig acht opdat de schuldenaar en zijn gezin een menswaardig leven zouden kunnen leiden, aan de verkoop van de voor beslag in aanmerking komende goederen voorwaarden verbinden waardoor dat doel kan worden bereikt: arrest van 29 februari 2008 (C.06.0142.F)	48
C. Voorwaardelijke beëindiging door de curator van een door de gefailleerde gesloten lopende overeenkomst: arrest van 10 april 2008 (C.05.0527.N), met conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle	49

D. Definitieve opschorting van betaling en het lot van de niet tijdig aangegeven schuldvorderingen: arrest van 8 mei 2008 (C.07.0472.N)	51
E. De kosteloze aard van de persoonlijke zekerheidsstelling is het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de persoonlijke zekerheidssteller kan genieten ten gevolge van de zekerheidsstelling. Of de zekerheidssteller al dan niet een concrete tegenprestatie heeft bedongen voor het aangaan van de zekerheidsstelling is daartoe niet bepalend: arrest van 26 juni 2008 (C.07.0596.N), met conclusie van advocaat-generaal met opdracht A. Van Ingelgem	52
F. De uit het gerechtelijk akkoord ontstane schulden die krachtens artikel 44, tweede lid, van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord worden beschouwd als boedelschulden van het faillissement hebben geen voorrang op de rechten van de schuldeisers die een bijzonder voorrecht op roerende goederen bezitten: arrest van 18 december 2008 (C.07.0491.F)	52
G. De vennoten van een vennootschap onder firma, alsook de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap worden geacht koopman te zijn omwille van hun lidmaatschap van de vennootschap, zodat het faillissement van de vennootschap onder firma resp. de gewone commanditaire vennootschap het faillissement van de (beherende) vennoten tot gevolg heeft. De curator is gerechtigd om de vorderingsrechten uit te oefenen tegen een derde die heeft in te staan voor de schulden van de gefailleerde, wanneer die gehoudenheid bestaat tegen alle schuldeisers, ook al behoren de vorderingsrechten niet aan de gefailleerde toe: arrest van 19 december 2008 (C.07.0281.N), met conclusie van advocaat-generaal met opdracht A. Van Ingelgem	53
§ 2. Verzekeringen	56
A. Begrip wegverkeersongeval in de zin van artikel 29bis van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheids-verzekering inzake motorrijtuigen: arrest van 25 januari 2008 (C.07.0261.F)	56
B. Uitbreiding van de verplichte dekking van de burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van het vervangingsvoertuig: arrest van 31 januari 2008 (C.06.0186.N)	57
C. Werking in de tijd van artikel 82 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst: arrest van 18 april 2008 (C.06.0564.F) met conclusie van advocaat-generaal T. Werquin	58
D. De verzekeraar van de vergoedbare schade, die in de rechten treedt van het slachtoffer van een wegverkeersongeval, beschikt niet over een subrogatoir verhaal tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds tot terugbetaling van de uitbetaalde bedragen, aangezien de benadeelde zelf ook geen verhaal kan uitoefenen voor het gedeelte van zijn schade die door een verzekering gedekt wordt: arrest van 24 november 2008 (C.07.0432.F)	60

§ 3. Intellectuele rechten	61
De opdrachtgever van een model is niet de ontwerper ervan wanneer dit niet door hem wordt vervaardigd of verhandeld maar hem voor eenmalig gebruik wordt verhuurd: arrest van 7 februari 2008 (C.05.0371.N) na prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof	61
§ 4. Andere uitspraken in handelszaken	62
Indien de derde-beslagene een buitenlandse rechtspersoon is die in België een bijkantoor heeft, kan hier ten lande onder het bijkantoor beslag gelegd worden op de schuldvorderingen die de beslagene heeft op die buitenlandse rechtspersoon wegens de activiteiten van het bijkantoor: arrest van 26 september 2008 (C.07.0519.N)	62
AFDELING 3 - Uitspraken in fiscale zaken	64
§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep in fiscale zaken	64
A. Een advocaat kan een cassatieberoep ondertekenen dat gericht is tegen een beslissing van de fiscale rechter over een ondergeschikte niet-fiscale vordering: arrest van 17 januari 2008 (F.06.0082.N) met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	64
B. Slechts indien het cassatieberoep wordt ingesteld tegen een eindbeslissing die is gewezen over een geschil dat werd beslecht door een fiscale rechter is er geen bijstand door een advocaat bij het Hof van Cassatie vereist: arrest van 12 december 2008 (F.07.0035.N.), met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	65
§ 2. BTW	66
A. Geen vrijstelling wegens uitvoer voor leveringen aan Belgische afnemers met gesimuleerde uitvoer door of voor rekening van de verkoper - Geen kapitalisatie van interest bij terugbetaling van BTW-tegoeden: arrest van 14 februari 2008 (F.05.0009.N) met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	66
B. De rechter kan geen betalingsfaciliteiten toekennen voor een BTW-schuld: arrest van 24 april 2008 (F.06.0042.N.)	67
C. Bij de toetsing van een administratieve sanctie met een repressief karakter heeft de rechter de volle rechtsmacht en kan hij toetsen aan het evenredigheidsbeginsel: arrest van 12 december 2008 (F.06.0111.N)	69
§ 3. Inkomstenbelasting	72
A. Een dwangbevel of bevel tot betalen dat wordt betekend voor een betwiste belastingschuld is een geldige verjaringstuitende akte: arrest van 17 januari 2008 (F.07.0057.N.)	72
B. Inzake inkomstenbelastingen ontstaat de belastingschuld definitief op de datum van afsluiting van de periode waarin de inkomsten verworven zijn die de belastingbasis uitmaken: arrest van 14 maart 2008 (F.07.0067.F), met conclusie van advocaat-generaal A. Henkes	75

C. De anterioriteitsvoorwaarde voor de pauliaanse vordering in geval van hoofdelijke gehoudenheid op grond van artikel 458 WIB 1992: arrest van 20 maart 2008 (F.07.0027.N) met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	76
D. Vanaf 1 januari 2009 moet, in het geval van de in artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde rechtstreekse vordering, de opdrachtgever die aan de onderaannemers de bedragen betaalt die verschuldigd zijn aan een niet-geregistreerde hoofdaannemer, 15 pct. van de betaalde bedragen inhouden en aan de fiscus storten: arrest van 13 juni 2008 (F.06.0130.F)	76
E. Wanneer de overdracht van een handelszaak meerwaarden aan het licht brengt in de zin van artikel 28 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen heeft de administratie het recht ze te belasten voor het aanslagjaar tijdens hetwelk de overdracht is gesloten: arrest van 13 juni 2008 (F.06.0095.F)	77
§ 4. Gemeentebelasting	78
A. Gemeentebelasting kan niet worden gevestigd ten name van een tijdelijke handelsvereniging: arrest van 14 februari 2008 (F.07.0058.N), met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs	78
B. Het door of krachtens de wet georganiseerde administratief beroep in de zin van artikel 1385undecies van het Gerechtelijk Wetboek is inzake gemeentebelastingen het bezwaarschrift dat tegen de op naam van de belastingplichtige ingekohierde belasting ingediend wordt bij het schepencollege: arrest van 30 mei 2008 (F.06.0110.F)	79
AFDELING 4 - Uitspraken in strafzaken	80
§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep in strafzaken	80
A. Ontvankelijkheid van het onmiddellijk cassatieberoep tegen het arrest dat uitspraak doet over het hoger beroep tegen een beschikking van verwijzing: arrest van 25 juni 2008 (P.07.1364.F)	80
B. De ontvankelijkheid van een cassatieberoep tegen een beslissing waarbij een strafrechtelijke veroordeling en een stedenbouwkundige herstelmaatregel wordt opgelegd, moet, wat die beide aspecten van de bestreden beslissing betreft, op verschillende wijze onderzocht worden: arrest (volt. zitting) van 17 september 2008 (P.07.1838.F), met conclusie van Procureur-generaal J.-Fr. Leclercq	81
C. Ontvankelijkheid van een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling uitgesproken in toepassing van artikel 235 ^{ter} Wetboek van Strafvordering – of de rechter een leemte in de wet kan opvullen hangt af van de leemte zelf: arrest van 14 oktober 2008 (P.08.1329.N), met conclusie van advocaat-generaal M. Timperman	82
§ 2. Cassatieprocedure	86
Verwijzing van de zaak, na regeling van rechtsgebied, naar het vonnisgerecht dat zich eerder onbevoegd had verklaard: arrest van 3 september 2008 (P.08.0940.F)	86

§ 3. Omvang van cassatie in strafzaken	87
Omvang van cassatie in het raam van de wet bijzondere opsporingsmethodes: arrest van 14 oktober 2008 (P.08.1329.N), met conclusie van advocaat-generaal M. Timperman	87
§ 4. Europees aanhoudingsbevel	87
Kennisgeving van de datum van de verschijning voor de kamer van inbeschuldigingstelling in geval van hoger beroep tegen een beschikking die de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel heeft bevolen: arrest van 12 augustus 2008 (P.08.1280.N)	87
§ 5. Wet Bijzondere Opsporingsmethodes	88
A. Het gevolg van het verzuim van toezicht op de bijzondere opsporingsmethoden op het ogenblik van het afsluiten van het gerechtelijk onderzoek: arrest van 19 maart 2008 (P.08.0319.F), met conclusie van advocaat-generaal D. Vandermeersch	88
B. Ontvankelijkheid van een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling uitgesproken in toepassing van artikel 235 ^{ter} Wetboek van Strafvordering – Of de rechter een leemte in de wet kan opvullen hangt af van de leemte zelf: arrest van 14 oktober 2008 – Omvang van cassatie in het raam van de wet bijzondere opsporingsmethodes (P.08.1329.N), met conclusie van advocaat-generaal M. Timperman	89
C. Uitoefening van het recht van verdediging bij de rechtspleging overeenkomstig artikel 235 ^{ter} Wetboek van Strafvordering: arrest van 4 november 2008 (P.08.1440.N)	89
§ 6. Strafprocedure	90
A. Berichtgeving in de media over de toerekeningsvatbaarheid van de beschuldigde en onpartijdigheid van de rechter: arrest van 19 februari 2008 (P.07.1648.N)	90
B. Voorlopige hechtenis in het geval van vervolgingen ten laste van een persoon die met voorrecht van rechtsmacht is bekleed en samenhangende vervolgingen tegen mededaders en medeplichtigen: arrest van 27 februari 2008 (P.08.0305.F), met conclusie van advocaat-generaal D. Vandermeersch	91
C. Stuiting van de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering voortvloeiende uit een misdrijf en inleiding van de voormelde vordering door burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter: arrest van 12 maart 2008 (P.07.1523.F)	92
D. De kamer van inbeschuldigingstelling waar een hoger beroep aanhangig is gemaakt tegen de beschikking van verwijzing, is niet bevoegd om uitspraak te doen over de handhaving van de voorlopige hechtenis: arrest van 23 april 2008 (P.08.0588.F)	94
E. Samenstelling van het rechtscollege op het ogenblik van de beraadslaging en bij de uitspraak van de beslissing: arrest van 7 mei 2008 (P.08.0429.F), met conclusie van advocaat-generaal R. Loop	95

F. Gevolg op de regeling van de rechtspleging van de overschrijding van de redelijke termijn en het ontbreken van een effectief rechtsmiddel in de fase van het onderzoek: arrest van 28 mei 2008 (P.08.0216.F) met conclusie van advocaat-generaal D. Vandermeersch	95
§ 7. Het bewijs in strafzaken	97
Persoon die van de bescherming geniet van de journalistieke bronnen: arrest van 6 februari 2008 (P.07.1466.F)	97
§ 8. Straf en strafuitvoering	98
A. Strafvuiveringsrechtbank, territoriale bevoegdheid, overdracht van bevoegdheid en regeling van rechtsgebied: arrest van 12 maart 2008 (P.08.0271.F)	98
B. De artikelen 42, 1°, 2°, en 3°, en 43bis van het Strafwetboek voorzien in de verbeurdverklaring van het equivalent en in die van de indeplaatsgestelde goederen enkel ten aanzien van de vermogensvoordelen en niet ten aanzien van het voorwerp van het misdrijf, de opbrengst ervan of de middelen om het te plegen: arrest van 4 april 2008 (C.07.0083.F)	99
C. De in artikel 44 Dopingdecreet voorziene strafuitsluitende verschoningsgrond kan niet worden toegepast ten aanzien van bezit van verboden substanties als bedoeld in de Drugwet: arrest van 3 juni 2008 (P.07.0521.N)	100
D. Het oordeel dat verzwarende omstandigheden bij diefstal met geweld of bedreiging objectieve verzwarende omstandigheden zijn zodat de persoonlijke betrokkenheid bij deze omstandigheden van de mededader of medeplichtige onverschillig is, is onverenigbaar met het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR: arrest van 17 juni 2008 (P.08.0070.N), met conclusie van eerste advocaat-generaal M. De Swaef	102
§ 9. Milieu- en stedenbouwmisdrijven	104
De ontvankelijkheid van een cassatieberoep tegen een beslissing waarbij een strafrechtelijke veroordeling en een stedenbouwkundige herstelmaatregel wordt opgelegd, moet, wat die beide aspecten van de bestreden beslissing betreft, op verschillende wijze onderzocht worden: arrest van 17 september 2008 (P.07.1838.F), gewezen in voltallige zitting, met conclusie van Procureur-generaal J.-Fr. Leclercq	104
§ 10. Rechtsplegingsvergoeding	104
Het middel dat voor het eerst voor het Hof van Cassatie opwerpt dat de appelrechters geen veroordeling konden uitspreken tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding is nieuw en dus niet ontvankelijk, wanneer de eisende partij voor de appelrechter de mogelijkheid had om er zich tegen te verzetten: arrest van 18 november 2008 (P.08.0768.N)	104

§ 11. Andere uitspraken in strafzaken	105
Toezicht van de onderzoeksgerechten op de afwezigheid van ernstige risico's dat de persoon, indien hij wordt uitgeleverd, in de verzoekende staat wordt onderworpen aan flagrante rechtsweigerig, foltering of onmenselijke en ontorende behandeling: arrest van 28 mei 2008 (P.08.0680.F), met conclusie advocaat-generaal D. Vandermeersch	105
AFDELING 5 - Uitspraken in sociale zaken	106
§ 1. Rechtsmacht van de rechter	106
Grenzen van de bevoegdheid van de rechter om een door het Grondwettelijke Hof vastgestelde leemte in de wetgeving op te vullen, inzonderheid wat betreft de toepasselijkheid van de Arbeidsongevallenwet op de onbezoldigde stagiairs: arrest van 3 november 2008 (S.07.0013.N), met conclusie van advocaat-generaal R. Mortier	106
§ 2. Arbeidsovereenkomst	108
A. Bewijslast miskening van het ontslagverbod bij tijdskrediet: arrest van 14 januari 2008 (S.07.0049.N)	108
B. Vakantiegeld op variabel loon: arrest van 11 februari 2008 (S.07.0085.N)	109
C. De wettelijke bepalingen betreffende de vaststelling van de duur van de opzeggingstermijn zijn alleen dwingend ten voordele van de werknemer: arrest van 7 april 2008 (S.07.0098.F)	110
D. Onrechtmatige terbeschikkingstelling van werknemers door een uitzendbureau: arrest van 1 december 2008 (S.07.0043.N), met conclusie van advocaat-generaal R. Mortier	111
E. Berekeningsbasis van de interest op achterstallig loon: arrest van 1 december 2008 (S.07.0116.N), met conclusie van advocaat-generaal R. Mortier	113
F. Duur van de aan bepaalde kandidaat-personeelsafgevaardigden toegekende ontslagbescherming: arrest van 8 december 2008 (S.08.0047.F)	115
§ 3. Arbeidsongeval	116
A. Letsel veroorzaakt door een arbeidsongeval. Het begrip "plotselinge gebeurtenis" in de zin van artikel 9 van de Arbeidsongevallenwet: arrest van 28 april 2008 (S.07.0079.N)	116
B. Schade aan een prothese moet op grond van artikel 3 <i>ter</i> , eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 vergoed worden, ook al wordt zij niet gebruikt op het ogenblik van de beschadiging: arrest van 22 september 2008 (S.07.0119.N)	117
§ 4. Sociaal zekerheidsrecht	118
A. Berekening van de socialezekerheidsbijdragen voor huisarbeiders: arrest van 11 februari 2008 (S.07.0075.N)	118
B. Toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in sociale zaken: arrest van 10 maart 2008 (S.07.0073.N)	119

C. Omvang van het subrogatoir verhaal van de verzekeringsinstelling in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering: arrest van 21 april 2008 (C.06.0675.F), met conclusie van advocaat-generaal J.-M. Genicot	120
D. Mededeling aan het openbaar ministerie van bepaalde betwistingen inzake de sociale zekerheid van de werknemers: arrest van 15 september 2008 (S.08.0048.F)	121
E. Het toelaatbaar karakter van een verschil in behandeling van personen met een handicap, rekening houdend met artikel 14 EVRM: arrest van 8 december 2008 (S.07.0114.F)	122
§ 5. Maatschappelijke dienstverlening	123
Het recht op maatschappelijke dienstverlening is een recht dat verbonden is aan de persoon en kan niet het voorwerp uitmaken van een zijdelingse vordering: arrest van 29 september 2008 (C.07.0101.F)	123
§ 6. Andere arresten in sociale zaken	124
Ontvankelijkheid van het beroep dat ingesteld wordt in het kader van de procedure aangaande de sociale verkiezingen: arrest van 27 oktober 2008 (S.08.0076.F)	124
AFDELING 6 - Uitspraken in gerechtelijk recht	125
§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatiemiddel	125
A. Ontvankelijkheid van het cassatiemiddel in burgerlijke zaken - middel gegrond op een wettelijke bepaling van openbare orde of dwingend recht: arrest van 8 september 2008, C.08.0026.N	125
B. Aan de verplichting om in het verzoekschrift de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd te vermelden, is voldaan wanneer het verzoekschrift die wetsbepalingen bevat waarop de grief betrekking heeft: arrest van 19 december 2008 (C.07.0281.N), met conclusie van advocaat-generaal met opdracht A. Van Ingelgem	127
§ 2. Omvang van cassatie	128
Gedeeltelijke cassatie zonder verwijzing in geval van vernietiging van de beslissing van een appelgerecht in zoverre dit de zaak verwijst naar de eerste rechter: arrest van 5 september 2008 (C.07.0327.N), uitgesproken in voltallige zitting, met conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle	128
§ 3. Rechtsmacht van de rechter	129
A. Grenzen aan het toetsingsrecht van de kortgedingrechter bij een onrechtmatige aantasting van een subjectief recht door discretionair overheidshandelen: arrest van 3 januari 2008 (C.06.0322.N)	129
B. De rechter is ertoe verplicht de rechtsregel te bepalen en toe te passen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering – Door een uitdrukkelijk procedureakkoord kunnen de partijen de rechter binden over een punt in rechte of in feite waartoe zij het debat willen beperken: arrest van 9 mei 2008 (C.06.0641.F)	130

C. Of de rechter een leemte in de wet kan opvullen hangt af van de leemte zelf: arrest van 14 oktober 2008 (P.08.1329.N), met conclusie van advocaat-generaal M. Timperman	130
D. De grenzen van de bevoegdheid van de rechter om een door het Grondwettelijke Hof vastgestelde leemte in de wetgeving op te vullen, inzonderheid wat betreft de toepasselijkheid van de Arbeidsongevallenwet op de onbezoldigde stagiairs: arrest van 3 november 2008 (S.07.0013.N), met conclusie van advocaat-generaal R. Mortier	131
§ 4. Wraking en onttrekking	131
A. De commentaren van de voorzitter waarin hij, bij de ondervraging van de beschuldigde, uiting geeft van zijn overtuiging dat de verklaringen van die beschuldigde niet overeenstemmen met de werkelijkheid, gaan de grenzen te buiten van wat toegelaten is aan de actieve rechter in het algemeen, en aan de voorzitter van een assisenhof in het bijzonder: arrest van 28 februari 2008 (C.08.0086.N)	131
B. Bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering tot wraking van leden van de Nationale Tuchtraad: arrest van 27 juni 2008 (C.08.0237.F)	132
§ 5. Rechtsplegingsvergoeding	132
A. De kosten voor het Hof van Cassatie omvatten niet de rechtsplegingsvergoeding die bedoeld wordt in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek: arrest van 27 juni 2008 (C.05.0328.F)	132
B. Het middel dat voor het eerst voor het Hof van Cassatie opwerpt dat de appelrechters geen veroordeling konden uitspreken tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding is nieuw en dus niet ontvankelijk, wanneer de eisende partij voor de appelrechter de mogelijkheid had om er zich tegen te verzetten: arrest van 18 november 2008 (P.08.0768.N)	133
§ 6. Andere uitspraken in gerechtelijk recht	133
A. De toepassing van de burgerlijke boete wegens roekeloos of tergend beroep, bedoeld in artikel 1072bis, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek: arrest van 5 mei 2008 (C.05.0223.F), met conclusie procureur-generaal J.-Fr. Leclercq	133
B. Belangenschade in de zin van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek is beperkt tot het belang van de partij die de exceptie opwerpt binnen de eigenlijke procedure: arrest van 8 september 2008 (C.06.0497.N)	134
AFDELING 7 - Uitspraken in administratieve zaken en zaken van publiek recht	135
§ 1. Fundamentele rechten en vrijheden	135
De rechtsvordering tot staking, gegrond op een discriminatie en bewijslast: arrest van 18 december 2008 (C.06.0351.F)	135

§ 2. Milieustakingsvordering	136
A. Belang van de gemeente, en bij haar stilzitten, van haar inwoners om een milieustakingsvordering in te stellen tegen handelingen die het gevolg zijn van een eerder door de gemeente ten onrechte gegeven vergunning: arrest van 10 maart 2008 (C.06.0173.N) met conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle	136
B. Het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening moet beschouwd worden als “een wet betreffende de bescherming van het leefmilieu in de zin van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993”, zodat de stakingsvordering inzake leefmilieu ook kan ingesteld worden in geval van inbreuken op de ruimtelijk ordening. Daarbij is het de stakingsrechter niet verboden om de afbraak te bevelen van wederrechtelijk opgerichte constructies, indien dergelijk bevel noodzakelijk is om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen: arrest van 31 maart 2008 (C.07.0157.N), met conclusie van advocaat-generaal R. Mortier	138
§ 3. Andere uitspraken in administratieve zaken en zaken van publiek recht	139
A. Grenzen aan het toetsingsrecht van de kortgedingrechter bij een onrechtmatige aantasting van een subjectief recht door discretionair overheidshandelen: arrest van 3 januari 2008 (C.06.0322.N)	139
B. De gehoudenheid de uitbater van een algemeen ziekenhuis schadeloos te stellen voor kosten die gepaard gaan met de sluiting van het ziekenhuis of een gedeelte ervan rust op de Belgische Staat: arrest van 10 maart 2008 (C.06.0610.N)	140
C. Beoordeling van de voorwaarden tot verkrijging van de status van staatloze, vastgesteld bij artikel 1, 1, van het Verdrag van New York van 28 september 1954 betreffende de Status van Staatlozen: arrest van 6 juni 2008 (C.07.0385.F)	142
AFDELING 8 - Uitspraken in tuchtzaken	143
Bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering tot wraking van leden van de Nationale Tuchtraad: arrest van 27 juni 2008 (C.08.0237.F)	143
HOOFDSTUK III - Belangrijkste conclusies die het openbaar ministerie tijdens het kalenderjaar 2008 heeft genomen	144
AFDELING 1 - Burgerlijk, handels- en economisch recht	144
AFDELING 2 - Gerechtelijk recht	146
AFDELING 3 - Fiscaal recht	146
AFDELING 4 - Sociaal recht	148
AFDELING 5 - Strafrecht en strafrechtspleging	149
AFDELING 6 - Publiek en administratief recht	153

AFDELING 7 - Tuchtrect	154
HOOFDSTUK IV - “Merk (Benelux) toch hoe sterk” - Rede uitgesproken door Jean-François Leclercq, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van 1 september 2008	155
AFDELING 1 - Een eenvormig recht dat standhoudt	155
AFDELING 2 - Het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te den haag op 25 februari 2005, en het daaropvolgend recht	158
§ 1. Van de eenvormige Benelux-Merkenwet en de eenvormige Benelux-Wet inzake tekeningen of modellen naar het Benelux- Verdrag inzake de intellectuele eigendom	158
A. Het tijdperk van de intellectuele eigendom is aangebroken.	158
B. Een Benelux-merk, wanneer en waarom?	160
C. De vitaliteit binnen de Benelux inzake de intellectuele eigendom gaat er niet op achteruit.	163
D. De uitwerking van het ontwerp dat het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom zou worden.	165
§ 2. Overzicht van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen).	170
A. Fundamentele aspecten van het Benelux-Verdrag op basis van een onderzoek van de rechtsleer	170
B. Beknopte vaststellingen betreffende de rechtspraak over het BVIE, die meteen is gevolgd op de inwerkingtreding van dat Verdrag op 1 september 2006	179
C. Vergelijking met internationale verdragen, communautaire en nationale bepalingen inzake intellectuele eigendom	179
D. Vragen waartoe het BVIE aanleiding geeft	182
§ 3. De institutionele bepalingen van het Verdrag: de Benelux- Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).	183
A. Enkele relevante institutionele bepalingen.	183
B. Korte aanvullende commentaren.	187
AFDELING 3 - De dagelijkse aangelegenheden van het benelux-bureau voor de intellectuele eigendom	190
AFDELING 4 - Besluit	191
HOOFDSTUK V - De lege ferenda voorstellen van het openbaar ministerie	193
AFDELING 1 - De vroegere voorstellen	194
AFDELING 2 - Nieuwe voorstellen	199

HOOFDSTUK VI - Invulling dan wel bijsturing van de motiveringsverplichting teneinde de gerechtelijke achterstand te verhelpen	225
AFDELING 1 - Probleemstelling	225
§ 1. Gerechtelijke achterstand	225
§ 2. Link met motiveringsverplichting	227
AFDELING 2 - Motiveringsverplichting	228
§ 1. Situering en grondslag	228
A. Waarborg tegen rechterlijke willekeur	229
B. Rechterlijke (zelf)controle	230
C. Rechtsvorming	233
§ 2. Motivering als vormvereiste	233
A. Burgerlijke zaken	235
B. Strafzaken	240
§ 3. Link met eerlijk proces en recht van verdediging	243
§ 4. Technieken om de motivering te beperken: ‘motiveringsbesparende technieken’	246
A. Afbakening	247
B. Beschouwingen zonder juridische draagwijdte	250
C. Middelen <i>versus</i> argumenten	252
D. Middel zonder belang gelet op andere beslissing	253
E. Motivering door verwijzing	255
F. Substitutie van motieven om motiveringsgebrek te verhelpen	260
§ 5. Positieve motivering	264
A. Concept	264
B. Kritieken	266
§ 6. Alternatieven	267
A. Positieve motivering in feite	267
B. Vaste (synthese)conclusiestructuur	268
C. Positieve motivering op verzoek	269
D. Positieve motivering voor bepaalde gedingen	269
§ 7. BESLUIT	273
HOOFDSTUK VII - Gerechtskosten voor het Hof van Cassatie in civiele en strafzaken	277
AFDELING 1 - Gerechtskosten voor het Hof van Cassatie in civiele zaken	277
§ 1. Toepassingsgebied van de hierna omschreven regeling	277
§ 2. Wettelijke verdeling van de betaling van de gerechtskosten voor het Hof	278
A. Beginselen van verdeling: draagwijdte van het begrip dat de verliezer betaalt	278
B. Wettelijke uitzonderingen op de regel dat de verliezer betaalt	279
C. De kosten worden aangehouden en de feitenrechter beslist	281

§ 3. Regeling van artikel 1111 Gerechtelijk Wetboek: een allesomvattende regeling?	282
A. Artikel 1111 Ger.W. creëert een sluitende regeling	282
B. Toerekening van kosten en artikel 1022 Ger.W.: geen uitzondering op de sluitende regeling	284
§ 4. Wat zijn de gerechtskosten voor cassatie?	285
A. Algemene regels	285
B. Het probleem van artikel 1022 Ger.W.	285
§ 5. Verhaalbaarheid van de kosten voor het Hof van Cassatie via het materiële recht	290
§ 6. Toch een nieuwe wending?	291
Algemene conclusie	293
AFDELING 2 - De gerechtskosten voor het Hof van Cassatie in strafzaken	293
§ 1. Inleiding	293
§ 2. Toepassingsgevallen in de rechtspraak van het Hof in strafzaken	295
§ 3. Maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding	297
HOOFDSTUK VIII - Het Hof van Cassatie in cijfers	299
Inleiding	299
AFDELING 1 - Globale Cijfers voor het kalenderjaar 2008	300
AFDELING 2 - Gegevens per materie	303
§ 1. C-zaken (burgerlijk recht, handelsrecht, bestuursrecht, publiek recht, tuchtrecht)	303
§ 2. D-zaken	305
§ 3. Fiscale zaken	305
§ 4. H-zaken	307
§ 5. P-zaken	307
§ 6. S-zaken	310
§ 7. G-zaken	312
§ 8. Bijzondere procedures	312
AFDELING 3 - Uitslag van de cassatieberoepen	312
§ 1. Cassatie in het algemeen	312
§ 2. Cassaties per ressort	314
AFDELING 4 - Uitslagen per kamer	319
AFDELING 5 - Conclusie	321
HOOFDSTUK IX - Register van openingsredes en studies gedurende de voorbije tien jaar	322
AFDELING 1 - Register van openingsredes	322
AFDELING 2 - Register van studies	323

Bijlage I – Organigram en samenstelling van het Hof van Cassatie en het openbaar ministerie	325
--	------------

Bijlage II – Nevenactiviteiten van de leden van het Hof van Cassatie en van het openbaar ministerie op 31 december 2008	333
--	------------

VOORWOORD

Wanneer we terugblikken op het jaar 2008 en ons voorwoord van het jaarverslag 2007 herlezen, stellen wij vast dat vele van onze opmerkingen over de werking van het Hof en zijn Parket kunnen worden overgenomen in 2008.

In 2008 hebben het Hof en zijn Parket tevens een deel van hun energie gewijd aan de verspreiding van het lexicon “cassatie” op de webstek van het Hof, en dit niet alleen in het Nederlands en het Frans maar ook in het Duits. Met de tentoonstelling “*Corpus delicti*” hebben zij zich voorts ingespannen om van het Justitiepaleis een niet alledaags beeld op te hangen voor de burger. Zowel in het ene als in het andere geval zijn dit tekenen van de volgehouden wil om het Hof en zijn Parket te ontsluiten voor de buitenwereld.

Tevens is een aanzienlijke en vruchtbare inspanning geleverd met het oog op de snellere publicatie van de arresten en de conclusies op de voormelde webstek en in de “papieren” versie van de Pasicrisie en de A.C. De vertraging wordt geleidelijkaan weggewerkt.

Na herhaald aandringen werd het personeelsbestand van de griffie en van het parketsecretariaat uitgebreid, wat de bekroning betekende van het jaareinde. De uitbreiding blijkt beperkt maar is wel redelijk.

In het jaar 2009 zullen het Hof en zijn Parket verder zorgen voor de modernisering van de webstek en zullen zij de wetgevende initiatieven aanmoedigen die van ver of van dichtbij op hun activiteiten betrekking hebben. Dat programma getuigt niet alleen van realiteitszin maar is ook ambitieus.

Jean-François Leclercq

Procureur-generaal

Ghislain Londers

Eerste Voorzitter

VORWORT

Beim Rückblick auf das Jahr 2008 und beim Nachlesen unseres Vorwortes zum Jahresbericht 2007 stellen wir fest, dass viele unserer Bemerkungen in bezug auf das Funktionieren des Hofes und seiner Generalanwaltschaft für 2008 wiederholt werden können.

In 2008 haben der Hof und seine Generalanwaltschaft außerdem ein Teil ihrer Energie darauf verwandt das Kassationslexikon auf der Webseite des Hofes nicht allein in Niederländisch und Französisch sondern auch in Deutsch zu veröffentlichen und über die Ausstellung "Corpus delicti" den Justizpalast unter einem etwas anderen Licht vorzustellen, beides Zeichen des wiederholten Willens, den Hof und seine Generalanwaltschaft der Außenwelt zu öffnen.

Die bedeutenden und wirksamen Bemühungen hinsichtlich einer schnelleren Veröffentlichung der Entscheide und der Schlussanträge auf der obengenannten Webseite und in der *Pasicrisie* sowie in den *A.C.* sind ebenfalls zu unterstreichen. Der Veröffentlichungsrückstand ist dabei aufgeholt zu werden.

Nach eindringlichem Ersuchen ist das Jahresende angenehmerweise durch eine Erweiterung des Personalbestands der Gerichtskanzlei und des Sekretariats der Generalanwaltschaft begleitet worden. Die Erweiterung bleibt bescheiden aber sie ist angebracht.

Während des Jahres 2009 werden es der Hof und seine Generalanwaltschaft nicht unterlassen, weiterhin auf die Modernisierung der Webseite zu achten und die Gesetzesinitiativen zu befürworten, die ihre Tätigkeiten betreffen. Das Programm ist realistisch aber ehrgeizig.

Jean-François Leclercq

Ghislain Londers

Generalprokurator

Erster Präsident

HOOFDSTUK I - VOORSTELLING VAN HET HOF VAN CASSATIE

AFDELING 1 - ALGEMENE VOORSTELLING

Artikel 147 van de Grondwet bepaalt dat er voor geheel België maar een Hof van Cassatie bestaat. Ofschoon het de top van de piramide van de rechterlijke orde vormt, is het geen derde aanleg. Krachtens artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek neemt het Hof kennis van de beslissingen in laatste aanleg die voor het Hof worden gebracht wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Terwijl de rechtscolleges in feitelijke aanleg tot taak hebben de rechtsregel toe te passen op de hen door de partijen voorgelegde feiten, houdt het Hof van Cassatie toezicht op de bestreden beslissing die in laatste aanleg is gewezen. Is zij correct gemotiveerd? Is zij (niet) strijdig met de wet? Maakt zij (g)een onjuiste toepassing van de rechtsregel of geeft ze er geen onjuiste interpretatie aan? Heeft zij de draagwijdte van een klare en duidelijke akte die haar werd voorgelegd, (niet) miskend?

Door toezicht te houden op de correcte toepassing van het recht door de feitenrechters, waakt het Hof van Cassatie over de bescherming van de individuele rechten. Het draagt echter ook bij tot de schepping van het recht. Enerzijds streeft het Hof er naar gelet op zijn unieke karakter de eenheid van interpretatie en van toepassing van de rechtsnormen door de rechtscolleges van het Rijk te verzekeren. Anderzijds streeft het er naar de harmonieuze en evenwichtige evolutie van het recht te verzekeren door middel van beslissingen die de vooruitgang tegelijkertijd kunnen bevorderen en afbakenen.

Het Hof bestaat uit drie kamers: de burgerlijke kamer, die de burgerlijke, administratieve en fiscale zaken alsook de handels- en tuchtzaken behandelt, de strafkamer en de sociale kamer. Elke kamer is verdeeld in twee afdelingen, een Franstalige en een Nederlandstalige.

Het Hof van Cassatie wordt voorgezeten door een eerste voorzitter. Het telt thans ook twee voorzitters, zes afdelingsvoorzitters en eenentwintig raadsheren. Het parket bij het Hof van Cassatie staat onder leiding van de procureur-generaal. Daarnaast omvat het de eerste advocaat-generaal en twaalf advocaten-generaal. Het Hof bestaat tevens uit referendarissen die de zittende magistraten en de magistraten van het parket bijstaan. Hun kader telt thans vijftien leden. Bovendien kunnen magistraten van de rechtscolleges in feitelijke aanleg en van de parketten en auditoraten bij die rechtscolleges, met hun instemming en voor een bepaalde termijn, een opdracht vervullen in de documentatiedienst van het Hof. De griffie van het Hof onder leiding van een hoofdgriffier zorgt voor de administratieve opvolging van de dossiers. Wat het parket bij het Hof betreft komt die taak toe aan het parketsecretariaat dat geleid wordt door de hoofdsecretaris. De attachés in de dienst overeenstemming der teksten vertalen de arresten en andere stukken van het Hof.

Een cassatieberoep wordt ingesteld bij een verzoekschrift dat wordt ondertekend door een van de twintig advocaten bij het Hof van Cassatie, behalve in

belastingzaken en in strafzaken. In belastingszaken mag de zaak worden ingeleid door een gewone advocaat of door een gemachtigde ambtenaar van de FOD-Financiën. In strafzaken kan het cassatieberoep worden ingesteld bij een eenvoudige verklaring ter griffie van het rechtscollege dat de beslissing gewezen heeft, of, wanneer het een gedetineerde betreft, ter griffie van de instelling waarin hij zich bevindt, waarna de eiser een memorie kan neerleggen.

De verweerder kan een memorie van antwoord neerleggen binnen de bij de wet, naargelang van het soort zaken, vastgestelde termijn. In strafzaken bestaat er geen welbepaalde termijn voor de neerlegging van een memorie van antwoord. Die neerlegging moet geschieden voor de terechtzitting.

De raadsheer-verslaggever onderzoekt het dossier en maakt een voorontwerp op. Het dossier wordt daarna medegedeeld aan de advocaat-generaal die zijn conclusie voorbereidt.

Op de terechtzitting, na het verslag van de raadsheer-verslaggever en de conclusie van het openbaar ministerie waarin het een onpartijdig en met redenen omkleed advies uitbrengt over de beslechting van het geschil, krijgen de partijen het woord maar de advocaten pleiten zelden. Bij die gelegenheid kunnen zij antwoorden op de conclusie van het openbaar ministerie.

Het arrest wordt over het algemeen dezelfde dag gewezen na een beraad waaraan de parketmagistraten niet deelnemen.

In geval van verwerping van het cassatieberoep wordt de bestreden beslissing onherroepelijk.

In geval van cassatie, die gedeeltelijk of volledig kan zijn, wordt de zaak in beginsel verwezen naar een rechtscollege van dezelfde rang als het rechtscollege dat de bestreden beslissing gewezen heeft.

In strafzaken en uitzonderlijk ook in burgerlijke zaken kan de cassatie worden uitgesproken zonder verwijzing, wanneer het Hof van oordeel is dat het in staat is zelf de rechtsregel toe te passen op de feiten zoals die blijken uit de bestreden beslissing.

Het rechtscollege waarnaar de zaak is verwezen, is, behalve in een beperkt aantal gevallen, niet gebonden door de beslissing van het Hof, wat betekent dat dit rechtscollege de zaak opnieuw volledig kan onderzoeken in rechte en in feite. Indien echter opnieuw cassatieberoep wordt ingesteld over hetzelfde rechtspunt, doet het Hof uitspraak in verenigde kamers en, bij nieuwe cassatie, dient de tweede rechter naar wie de zaak is verwezen, zich te voegen naar de beslissing van het Hof over dat rechtspunt.

Het Hof heeft ook nog andere bevoegdheden. Zo kan het bepaalde akten van overheden vernietigen en heeft het bijzondere bevoegdheden in het procesrecht, bijvoorbeeld m.b.t. ontrekkingen en wrakingen.

AFDELING 2 - HET HOF VAN CASSATIE EN ANDERE RECHTSCOLLEGES

§ 1. Algemeen

Naast het Hof van Cassatie bestaan er in de interne orde en in de internationale orde nog andere opperste gerechtshoven.

De Europese instellingen hebben duizenden verordeningen en richtlijnen uitgevaardigd. Om de eerbiediging van het recht te waarborgen bij de toepassing van het Verdrag van Rome en van het afgeleide recht, werd het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen opgericht. Het is thans het opperste gerechtshof van de Europese Unie.

Wanneer het Hof van Cassatie kennisneemt van een zaak waarin een vraag wordt opgeworpen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht, moet het, om die vraag te beslechten, zich conformeren aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, of, in voorkomend geval, dat Hof een prejudiciële vraag stellen tenzij de uitlegging voor de hand ligt. Die werkwijze vertraagt weliswaar de rechtsgang, maar ze is onontbeerlijk voor de eenheid van het recht in Europa.

Het Benelux-Gerechtshof heeft dezelfde bevoegdheid inzake de aan de Benelux-lidstaten gemeenschappelijke regels.

Voorts moet de rechtspraak van het Hof van Cassatie afgestemd zijn op de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens. Eenieder die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de aangesloten landen van rechten die bij het EVRM zijn gegarandeerd, kan een verzoekschrift indienen bij het EHRM. Een verzoek is slechts ontvankelijk wanneer eerst alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en de klacht is ingediend na de laatste definitieve beslissing op nationaal niveau (dat zal meestal het Hof van Cassatie zijn). In de rechtspleging is de Staat de tegenstrever van de klager. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is dus geen derde aanleg. De beslissing van de nationale rechter behoudt immers haar rechtsgevolgen onder voorbehoud, in strafzaken, van een heropening van de procedure.

Ten slotte is de oprichting van een hof met grondwettelijke bevoegdheid een belangrijk feit in België. Het Grondwettelijk Hof doet onder meer uitspraak over conflicten tussen de Grondwet en de wetten en de decreten alsook tussen de decreten onderling. Wanneer een dergelijk conflict in een zaak wordt opgeworpen, moet het Hof van Cassatie, in de regel, het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stellen om de tegenstelling te beslechten. Het Grondwettelijk Hof kan daarenboven bij wege van arrest uitspraak doen op de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, decreet of ordonnantie.

§ 2. Belgische magistraten van zetel en parket van het Hof bij het Benelux-Gerechtshof

Op 31 december 2008 zetelden volgende magistraten in het Benelux-Gerechtshof:

- I. Verougstraete (eerste vice-voorzitter)
- E. Forrier (rechter)
- S. Velu (rechter)
- E. Waûters (plaatsvervangend rechter)
- R. Boes (plaatsvervangend rechter)
- J. de Codt (plaatsvervangend rechter)

A. Fettweis (plaatsvervangend rechter)

J.-F. Leclercq (advocaat-generaal)

G. Dubrulle (plaatsvervangend advocaat-generaal)

AFDELING 3 - HET HOF VAN CASSATIE EN EUROPESE INSTELLINGEN

Eerste voorzitter Ghislain Londers en procureur-generaal Jean-François Leclercq zijn lid van het netwerk van de voorzitters en de procureurs-generaal van de opperste gerechtshoven van de lidstaten van de Europese Unie.¹ De tweejaarlijkse vergadering had plaats te Wenen (Oostenrijk) van 16 tot 18 oktober 2008. Het Hof werd vertegenwoordigd door eerste voorzitter Ghislain Londers en door eerste advocaat-generaal Marc De Swaef. Dit netwerk, dat op 10 maart 2004 werd gecreëerd met financiële ondersteuning van de Europese Commissie (AGIS-programma), biedt de Europese instanties de mogelijkheid om de opperste gerechtshoven te consulteren en hen nader tot elkaar te brengen door het stimuleren van discussie en de uitwisseling van ideeën. De leden ontmoeten elkaar tijdens colloquia waarop aangelegenheden van gemeenschappelijk belang worden besproken. In het raam van het uitwisselingsprogramma van de Europese justitiële autoriteiten worden, met de hulp van het European Judicial Training Network, stages georganiseerd voor de leden van de hoogste hoven. Sinds 2006 ontwikkelt het netwerk een gemeenschappelijke internetportaal voor rechtspraak, die alle leden zal toelaten om de nationale juridische databanken te consulteren, en dit dankzij de financiële steun van de Europese Commissie.²

Voorzitter Ivan Verougstraete is voorzitter van de Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME)³, die op 19 december 2003 werd opgericht. Deze groep beoogt bijstand te verlenen aan magistraten die betrokken zijn bij een alternatieve vorm van geschillenbeslechting of aan hen die een betere kennis hiervan wenselijk achten om hiertoe een bijdrage te leveren zoals bedoeld door verscheidene wetgevers. De groep wenst bovendien, in samenwerking met de autoriteiten van de verschillende lidstaten en de Europese instellingen, een bijdrage te leveren bij de totstandkoming van nieuwe rechtsregels betreffende de bemiddeling.

België is door raadsheer Paul Maffei vertegenwoordigd in de Conseil consultatif de juges européens - Consultative Council of European Judges (CCJE). Dit adviserend orgaan van de Raad voor Europa beoogt de rol van de rechters als essentiële pijler van de rechtsstaat te bevorderen. Het orgaan is in het bijzonder actief aanwezig op het Europese toneel voor alles wat betreft de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en de bevoegdheid van de rechters. Conform zijn mandaat heeft de CCJE sinds zijn ontstaan in 2000 elf adviezen aangenomen. Deze adviezen worden voorbereid door

¹ <http://www.network-presidents.eu>.

² <http://www.reseau-presidents.eu/rpcsje>.

³ <http://www.gemme.eu>.

een werkgroep die verscheidene keren per jaar samenkomt en worden gepubliceerd op de webstek.⁴

Raadsheer Beatrijs Deconinck is lid van het Europees justitieel netwerk in civiele en commerciële zaken (RJE)⁵, dat werd opgericht bij beschikking van de Raad van ministers van 28 mei 2001. Het netwerk, bestaande uit vertegenwoordigers van de justitiële en bestuurlijke autoriteiten van de lidstaten, is in de eerste plaats bedoeld als hulpmiddel voor mensen die te maken hebben met grensoverschrijdende aspecten op het gebied van burgerlijke en handelszaken. Het netwerk komt jaarlijks een aantal keren bijeen om informatie en ervaringen uit te wisselen en de samenwerking tussen de lidstaten te verbeteren.

AFDELING 4 - PERSONALIA

Op de vergadering van het Hof van 6 november 2008 werd raadsheer Alain Simon geïnstalleerd.

Verscheidene personen hebben het Hof het voorbije jaar verlaten. Afdelingsvoorzitter Claude Parmentier werd op 31 december 2008 op rust gesteld. Op het einde van de maand oktober werd ook raadsheer Philippe Gosseries op rust gesteld.

*

Het voorbije jaar zijn een aantal korpschefs overleden: de heer C. Louveaux, emeritus eerste voorzitter van het Hof, de heer baron J. Velu, emeritus procureur generaal, en de heer M. Lahousse, ere eerste voorzitter.

⁴ De verstrekte adviezen en nadere informatie zijn verkrijgbaar op de webstek van de CCJE (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/default_fr.asp; http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/default_en.asp).

⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_nl.htm.

HOOFDSTUK II - BELANGRIJKE ARRESTEN VAN HET HOF¹

AFDELING 1 - UITSPRAKEN IN BURGERLIJKE ZAKEN

§ 1. Aansprakelijkheidsrecht

A. VERGOEDING VAN VERLIES VAN GENEZINGS- EN OVERLEVINGSKANSEN: ARREST VAN 5 JUNI 2008 (C.07.0199.N)

In een arrest van 5 juni 2008 bevestigt het Hof van Cassatie een toepassing van het leerstuk van het verlies van genezings- en overlevingskansen. Aldus maakt het Hof een einde aan de discussie die na het cassatiearrest van 1 april 2004 in de rechtsleer was ontstaan omtrent het voortbestaan van het leerstuk.

In casu stierf het paard Prizrak aan de gevolgen van een maagruptuur. Volgens het Hof van Beroep beging de dierenarts een fout door in de gegeven omstandigheden geen maagsondage te hebben uitgevoerd. De overlevingskans bij een zorgvuldige medische ingreep werd geraamd op tachtig procent. De appelrechters kenden de eigenaars van de volbloed vervolgens vergoeding toe voor het verlies van de overlevingskans van het dier.

Voor het Hof van Cassatie voerden de erfgenamen van de dierenarts aan dat de appelrechters de onzekerheid over het causaal verband tussen de fout van de dierenarts en de gevolgen van de dood van het paard hebben gecompenseerd door een andere schade dan de werkelijk geleden schade in aanmerking te nemen. Hierdoor zouden zij de wettelijke begrippen “oorzakelijk verband” en “schade” hebben miskend.

Het Hof volgt deze zienswijze niet. Het Hof aanvaardt dat het verlies van een genezings- of overlevingskans onder bepaalde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komt. Zo moet daadwerkelijk aanspraak worden gemaakt op vergoeding van het verlies van een kans. Bovendien moet de verloren kans reëel zijn en dient tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non*-verband te bestaan. De rechter kan aldus een verlies van een kans op genezing of overleving van een dier vergoeden indien hij vaststelt dat de eigenaar van een ziek dier dat mits een zorgvuldige behandeling slechts een kans had op genezing of overlijden, de kans op een gunstig resultaat heeft verloren door de fout van een dierenarts. In het voorliggend geval hadden de appelrechters wel degelijk geoordeeld dat het paard bij de toepassing van de juiste therapie een reële overlevingskans had en lieten zij geen twijfel bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en het verlies van de overlevingskans. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, bleek bovendien dat de eigenaars van het paard in ondergeschikte orde aanspraak hadden gemaakt op vergoeding van het verlies van overlevingskans van het paard wegens niet-uitvoeren van een maagsondage. De appelrechters konden in die

¹ Het Hof van Cassatie wordt hierna kortweg ook als “het Hof” vermeld. Het “hof” (met kleine letter) verwijst naar het hof van beroep of het arbeidshof dat de bestreden beslissing heeft gewezen.

omstandigheden aldus vergoeding toekennen voor het verlies van de overlevingskans.

B. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE NOTARIS DIE GEVORDERD WORDT EEN ONDERHANDSE KOOPAKTE OP TE MAKEN IS TEN AANZIEN VAN DE PARTIJ DIE HIEROM VERZOEKT VAN CONTRACTUELE AARD: ARREST VAN 23 OKTOBER 2008 (C.06.0158.F-C.06.0478.F)

Een probleem rijst tijdens de verkoop van een onroerend goed. Een van de partijen beroept zich op de beroepsaansprakelijkheid van de notaris, die door haar is belast met het opmaken van de onderhandse koopakte die, achteraf, in zijn kantoor is ondertekend. Het bestreden arrest wijst die vordering toe op grond dat de notaris contractueel aansprakelijk is.

Voor het Hof werd tegen het betoog van de notaris die zich beriep op de schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek alsook van artikel 1 van de wet van 25 ventôse-5 germinal jaar XI een grond van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

Volgens de verweerder draagt de notaris wat hem betreft een contractuele aansprakelijkheid, wat de eiser ertoe verplichtte in zijn middel de schending aan te voeren van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake de contractuele aansprakelijkheid, namelijk de artikelen 1147 en volgende van dat Wetboek. Aangezien hij alleen de schending aanvoert van de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek) is het middel volgens de verweerder niet ontvankelijk.

Het Hof vond dit een pertinent standpunt. Het neemt de grond van niet-ontvankelijkheid aan, na erop te hebben gewezen dat de aansprakelijkheid van de notaris van een partij die op haar verzoek een onderhandse akte opmaakt die achteraf in zijn kantoor wordt ondertekend, ten aanzien van die partij van contractuele aard is.

§ 2. Aansprakelijkheid van de overheid

A. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE STAAT VOOR DE FOUT IN DE RECHTSPREKENDE FUNCTIE: ARREST VAN 5 JUNI 2008 (C.06.0366.N)

In de Anca-rechtspraak van het Hof wordt de aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten afhankelijk gemaakt van de voorwaarde dat de betwiste handeling, die het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, door een in kracht van gewijsde gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm.²

² Cass. 19 december 1991, *A.C.* 1991-92, 364; Cass., 8 december 1994, *A.C.* 1994, 1074; Cass. 26 juni 1998, *Bull.* 1998, nr. 343.

Deze voorwaarde impliceert dat de benadeelde vooreerst de hem door de wet ter beschikking gestelde rechtsmiddelen moet aanwenden. Als een procespartij nalaat tegen een voor haar nadelige rechterlijke uitspraak een rechtsmiddel aan te wenden waardoor de schade waarover zij zich beklaagt, zou kunnen ophouden of hersteld worden, kan zij de Staat niet aansprakelijk stellen voor de schade die ze beweert door die uitspraak te hebben geleden.

Het is volstrekt verdedigbaar dat een procespartij die nalaat een rechtsmiddel aan te wenden waardoor de schade waarover zij zich beklaagt, zou kunnen ophouden of hersteld worden, de Staat niet kan aansprakelijk stellen. De situatie is evenwel verschillend indien de benadeelde buiten zijn toedoen geen rechtsmiddel (meer) kan aanwenden tegen de litigieuze handeling. In die hypothese ontnemt de Anca-rechtspraak de benadeelde elke mogelijkheid om op te komen tegen de litigieuze handeling. Een verduidelijking van de algemene regel, zoals die werd verwoord in de Anca-arresten, was bijgevolg noodzakelijk.

In casu werd een verdachte aangehouden in het raam van een strafonderzoek naar corruptie. Enkele dagen later besliste de raadkamer het aanhoudingsbevel niet te bevestigen om reden dat de voorwaarden van het bevel tot aanhouding niet meer bestonden. Op het hoger beroep van het Openbaar Ministerie bevestigde de kamer van inbeschuldigingstelling de opheffing van het aanhoudingsbevel. Nu de raadkamer had beslist dat de aanhouding niet langer kon worden gehandhaafd, kon de verweerder bij gebrek aan belang geen rechtsmiddel meer aanwenden tegen de beslissing van de raadkamer dat de wettelijke voorwaarden tot het afleveren van het bevel tot aanhouding ten laste van verweerder voorhanden waren. De benadeelde heeft enkel belang om op te komen tegen de beslissing van de raadkamer indien de aanhouding werd bevestigd en niet indien zoals *in casu* de aanhouding *niet* wordt gehandhaafd.³

Het Hof van Beroep veroordeelde desondanks de Staat tot vergoeding van de schade te wijten aan de lichtvaardige aanhouding. De Staat voert hiertegen aan dat de aansprakelijkheid van de Staat is uitgesloten, aangezien het aanhoudingsbevel zijn geldigheid heeft behouden nu het niet bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm. Volgens het Hof moet hiermee evenwel de toestand worden gelijkgesteld waarin de benadeelde buiten zijn toedoen tegen de litigieuze handeling geen rechtsmiddel kan aanwenden omdat de beslissing zelf is ingetrokken en de benadeelde, zoals in dit geval, juridisch geen aantoonbaar belang meer heeft om nog te vragen dat de betwiste beslissing zou worden opzijgeschoven.

Deze precisering van de algemene regel zoals die was geformuleerd in de Anca-rechtspraak van het Hof laat de verdachte, die meende schade te hebben geleden door een onwettige aanhouding maar hiertegen niet (langer) kan opkomen, toe om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen voor een andere rechter.

³ R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Kluwer, 1999, p. 273, nr. 594; B. Dejemeppe, *De voorlopige hechtenis*, Kluwer, 2000, p. 395, nr. 612; R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, p. 534, nr. 1101;

B. AANVANG VAN DE VERJARINGSTERMIJN VOOR HET INSTELLEN VAN DE VORDERING TOT AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BELGISCHE STAAT, WEGENS DE FOUT VAN EEN MAGISTRAAT IN ZIJN RECHTSPREKENDE FUNCTIE: ARREST VAN 5 JUNI 2008 (C.07.0073.N)

Een vennootschap werd bij vonnis van 8 juni 1983 failliet verklaard. Het faillissement is echter, meer dan vijf jaar later, ingetrokken door het hof van beroep bij arrest van 11 januari 1989, dat in kracht van gewijsde is gegaan. Amper twee weken na de intrekking van het faillissement, op 26 januari 1989, stelt de failliete vennootschap een aansprakelijkheidsvordering in tegen de Belgische Staat, wegens de fout van de eerste rechter die de vennootschap failliet verklaarde.

De fout van een magistraat waarvoor de Staat op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk kan zijn, kan inderdaad bestaan in een gedraging die neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die in dezelfde omstandigheden verkeert. De fout kan ook bestaan in een gedraging die, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaalrechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij de magistraat verplicht is iets niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen.

Het hof van beroep oordeelt echter dat de vordering van de failliete BVBA verjaard is. De bijzondere verjaringstermijn van vijf jaar, overeenkomstig artikel 100, eerste lid, 1^o, van het koninklijk besluit van 17 juli 1991, houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, heeft volgens het hof een aanvang genomen op 1 januari 1984. De schuldvordering zou immers reeds zijn ontstaan door het faillissementsvonnis van 8 juni 1983, zonder hetwelk de schade zich niet zou hebben voorgedaan. Aldus beslist het hof van beroep dat de vergoedbare schade ontstaan is vooraleer het faillissementsvonnis is ingetrokken.

Het Hof van Cassatie vernietigt dit arrest van het hof van beroep wegens schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Het Hof oordeelt dat wanneer de betwiste handeling het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, de Staat in de regel alleen aansprakelijk is als de litigieuze handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm. Vóór die intrekking, wijziging, vernietiging of herroeping bestaat er, volgens het Hof, geen vergoedbare schade. Er anders over beslissen zou het gezag ondermijnen van de rechtsmiddelen en in strijd zijn met de wezenlijke regels van de rechterlijke organisatie en met de opdracht gegeven aan de hoven en rechtbanken.

Ter zake is de schuldvordering dus ontstaan op 11 januari 1989, dag dat het faillissement is ingetrokken. De vijfjarige verjaringstermijn begon dus te lopen vanaf 1 januari 1990.

C. BEGRIP 'OPENBARE GEZONDHEID' IN DE ZIN VAN ARTIKEL 135, § 2, VAN DE NIEUWE GEMEENTEWET: ARREST VAN 20 JUNI 2008 (C.06.0592.F)

De aansprakelijkheid van de gemeenten en van hun burgemeesters heeft reeds veel pennen in beweging gebracht. Dit arrest, dat meer bepaald betrekking heeft op hun aansprakelijkheid inzake openbare gezondheid, stelt de draagwijdte van dit begrip vast.

Een koppel doet de onaangename vaststelling dat hun huis door huiszwam is aangetast. De oorsprong is het aangrenzende huis, dat reeds jaren voordien door de gemeente ongezond was verklaard. Daarenboven heeft die vaststelling de burgemeester ertoe aangezet een besluit te nemen op grond van artikel 133, tweede lid, van de nieuwe gemeentewet, op grond waarvan hij de eigenaars bevolen heeft verschillende werken te ondernemen en hen gewaarschuwd heeft dat de gemeente die werken zelf zou uitvoeren indien zij binnen de vijftien dagen niet reageerden. De vaststelling waarop dat besluit gebaseerd was, maakte melding van de mogelijke aanwezigheid van huiszwam. De werken die bevolen werden en die, wegens het gebrek aan reactie van de eigenaars, van ambtswege ondernomen werden, hadden echter geen uitstaans met de behandeling van de huiszwam.

Het koppel dagvaardt de gemeente. Het meent immers dat het gemeentebestuur op de hoogte was van het risico van verspreiding van huiszwam in hun pand en dat het de nodige behandelingen dus van ambtswege had moeten uitvoeren. Artikel 135, § 2, van de nieuwe gemeentewet bepaalt immers dat de gemeenten verantwoordelijk zijn voor de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen.

Het hof van beroep wijst die vordering toe. Het beslist dat de gemeente, die het koppel niet gewaarschuwd had voor de aanwezigheid van huiszwam en deze evenmin had verdelgd tijdens de van ambtswege ondernomen werken, een fout heeft begaan die een oorzakelijk verband met de schade van het koppel vertoont. Ook al lijkt voormeld artikel 135, § 2, de opdracht van de gemeenten te beperken tot de "openbare wegen, plaatsen en gebouwen", moeten die gemeenten volgens het arrest van het hof van beroep alle maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om de besmettingshaarden uit te roeien wanneer de verspreiding van die haarden niet alleen een weerslag heeft op de openbare weg maar ook, in voorkomend geval, op de aangrenzende private eigendommen of zelfs alleen op de inwoners van het betrokken pand.

Het Hof neemt die gedachtegang over en verwerpt het middel van de gemeente, die betoogde dat artikel 135, § 2, van de nieuwe gemeentewet haar niet verplichtte de gezondheid in privé-woningen te waarborgen en dat een besluit van bestuurlijke politie en een optreden van ambtswege niet te verantwoorden waren wanneer alleen privé-belangen in het gedrang waren gebracht.

D. FOUT VAN EEN MAGISTRAAT WAARVOOR DE STAAT AANSPRAKELIJK IS, HOEFT NIET NOODZAKELIJK DEZE TE ZIJN DIE DE INTREKKING, DE WIJZIGING, DE Vernietiging of de herroeping van zijn beslissing rechtvaardigde: ARREST VAN 27 JUNI 2008 (C.07.0384.F), MET DE CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL T. WERQUIN

De Staat kan aansprakelijk worden gesteld voor de fout van een magistraat. Wanneer de aangeklaagde handeling het rechtstreeks voorwerp van het rechtsprekend ambt is, is het nochtans, opdat de Staat zou kunnen veroordeeld worden, vereist dat de litigieuze akte geen gezag van gewijsde meer heeft. Zulks veronderstelt dat die akte is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing wegens de schending van een vastgestelde rechtsnorm.

Een beslissing van een arbeidsrechtbank wordt vernietigd door het arbeidshof, maar om een andere reden dan die waaruit de eiser achteraf de fout van de magistraat heeft afgeleid. Meer bepaald wijzigt het arbeidshof in deze zaak de beslissing van de rechtbank, omdat zij de sociale uitkeringen van de eiser verkeerd heeft geraamd. Tot staving van zijn aansprakelijkheidsvordering voert het OCMW een andere grief aan: de fout van de eerste rechter die erin bestaat dat hij zijn beslissing bij voorraad uitvoerbaar verklaard heeft zonder dat zulks gevorderd was.

De beslissing van het arbeidshof waarbij het vonnis van de arbeidsrechtbank wordt vernietigd wegens de onwettigheden die het bevatte, strekt zich uit tot de beslissing betreffende de tenuitvoerlegging bij voorraad, aangezien deze een aanvulling vormt van de veroordeling van het ocmw, zodat ook de beslissing betreffende de tenuitvoerlegging bij voorraad geen enkel gezag van gewijsde meer heeft.

Volgens het hof van beroep dat uitspraak moest doen over de tegen de Staat ingestelde aansprakelijkheidsvordering belet de omstandigheid dat de foutieve beslissing is gewijzigd om een andere reden dan die welke aan de aansprakelijkheidsvordering ten grondslag ligt, niet dat deze vordering kan worden toegekend.

Het Hof sluit zich bij deze zienswijze aan door het cassatieberoep van de Staat te verwerpen. Volgens het Hof kan de aansprakelijkheidsvordering ontvankelijk worden verklaard, daar de akte die de fout van de magistraat bevat, geen gezag van gewijsde meer heeft. Aangezien de vordering ontvankelijk kan worden verklaard, kan zij worden gegrond op een fout die niet de schending oplevert van de rechtsnorm die de litigieuze akte onrechtmatig maakt en de intrekking, de wijziging, de vernietiging of de intrekking ervan heeft verantwoord.

E. SCHADE, IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1382 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK, DIE DOOR DE OPENBARE WERKGEVER WORDT GELEDEN, STREKT ZICH NIET UIT TOT DE VERGOEDINGEN DIE ZIJN UITBETAALD AAN ZIJN PERSONEELSLID DAT DOOR DE FOUT VAN EEN DERDE GEDEELTELIJK BLIJVEND ARBEIDSONGESCHIKT IS, ZO DE WERKGEVER GEEN ARBEIDSPRESTATIES VAN DAT PERSONEELSLID HEEFT MOETEN ONTBEREN, OOK AL ZIJN DEZE VERGOEDINGEN VERSCHULDIGD KRACHTENS EEN WETTELIJKE OF REGLEMENTAIRE VERPLICHTING VAN DE OPENBARE WERKGEVER: ARREST VAN 12 NOVEMBER 2008 (P.07.1531.F)

Een personeelslid van de NMBS is op de weg van en naar het werk het slachtoffer van een verkeersongeval. Zijn werkgever treedt tegen de aansprakelijke van dat ongeval zowel op tot herstel van de eigen schade als met het oog op de invordering van wat hij zijn personeelslid heeft uitbetaald. Nadat de graad en de tijdvakken van de tijdelijke en blijvende arbeidsongeschiktheid bij deskundigenonderzoek zijn vastgesteld, veroordeelt de politierechtbank de dader van het ongeval tot betaling van verschillende bedragen die de NMBS op grond van haar Algemeen reglement van het statutair personeel ten gunste van haar personeelslid heeft uitgegeven bij wijze van medische kosten, lonen die zij tijdens de tijdvakken van volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid heeft uitbetaald en vergoedingen voor de blijvende arbeidsongeschiktheid van haar personeelslid, waarbij deze vergoedingen de vorm aannemen van een rente en vervolgens van een kapitaal, gevestigd om die rente uit te betalen. Deze beslissing wordt door de appelrechters bevestigd.

Voor het Hof verwijt de aansprakelijke van het ongeval de appelrechters dat zij de veroordeling verantwoordt met het feit dat de NMBS, in haar hoedanigheid van openbare overheid, verplicht was deze bedragen aan haar personeelslid uit te betalen krachtens de tekst van een reglement, het Algemeen reglement van het statutair personeel, zodat haar schade, in de zin van artikel 1382 van het Strafwetboek het geheel van de vergoedingen omvatte die zij aldus had moeten betalen. De aansprakelijke van het ongeval erkent dat hij krachtens deze bepaling van het Burgerlijk Wetboek de schade van de NMBS volledig moet vergoeden. Doch volgens de eiser beperkt deze schade zich tot de bedragen die de werkgever ten gunste van zijn werknemer heeft moeten uitgeven zonder in ruil van laatstgenoemde arbeidsprestaties te ontvangen. Zij strekt zich daarentegen niet uit tot de vergoedingen die het personeelslid zijn uitgekeerd, te dezen een rente en een kapitaal, gevestigd ter uitbetaling van die rente, zonder diens arbeidsprestaties te ontberen, ook al zijn die vergoedingen verschuldigd krachtens een wettelijke of reglementaire verplichting van de openbare werkgever.

Het Hof verklaart dat middel gegrond. De schade, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, strekt zich niet uit tot deze vergoedingen, ook al werd de NMBS door de organieke wet en het statutair reglement verplicht om haar personeelslid daarvan te laten genieten.

§ 3. Familiaal vermogensrecht

A. BEPALING VAN DE WET DIE VAN TOEPASSING IS OP EEN HUWELIJKSVERMOGENSSTELSEL WANNEER DE GEWEZEN ECHTGENOTEN EEN VERSCHILLENDE NATIONALITEIT HEBBEN: ARREST VAN 5 MEI 2008 (C.06.0288.F)

Bij het regelen van hun huwelijksvermogensstelsel na hun echtscheiding, zijn de partijen het oneens over de aard van hun huwelijksvermogensstelsel, in zoverre zij zonder contract waren gehuwd en zij hun eerste echtelijke woonplaats in België hadden gevestigd. Mevrouw betoogde dat ze gehuwd waren onder het wettelijk stelsel van de gemeenschap, terwijl haar gewezen echtgenoot aanvoerde dat er nooit een gemeenschap heeft bestaan en hun situatie volgens hem bijgevolg onder het stelsel van de scheiding van de goederen viel.

Het hof van beroep volgt de stelling van de gewezen echtgenoot en wijst erop dat de beide wetgevingen van de Staten waarvan de gewezen echtgenoten vóór hun huwelijk onderdanen waren, bij ontstentenis van het huwelijkscontract in een stelsel van scheiding van goederen voorzagen. Die gelijkheid van huwelijksvermogensstelsels sluit elk wetsconflict uit en het huwelijksvermogensstelsel dat die personen tijdens hun huwelijk hadden, was bijgevolg dat van de scheiding van goederen.

Het arrest van 5 mei 2008 spreekt die gedachtegang tegen. Het Hof herinnert er in de eerste plaats aan dat de wet die van toepassing is op het wettelijk huwelijksvermogensstelsel waaraan de zonder contract gehuwde echtgenoten onderworpen zijn, de wet is die, net als de wetten inzake de staat en de bekwaamheid van de personen, de nationale wet van de betrokkenen is. Wanneer de echtgenoten bij de voltrekking van hun huwelijk een verschillende nationaliteit hebben, wordt dat stelsel echter geregeld door de wet van de eerste echtelijke woonplaats.⁴ Het Hof herinnert er vervolgens aan dat de omstandigheid dat beide betrokken wetten in hetzelfde huwelijksvermogensstelsel voorzagen, geen afwijking van de door het Hof herhaalde regel tot gevolg kon hebben, daar het materieel recht dat op dat stelsel van toepassing is, volgens de wetgeving kan verschillen. Op grond van die aldus uitgelegde regels kon het hof van beroep bijgevolg op grond van de voormelde redenen niet beslissen dat het huwelijksvermogensstelsel van de gewezen echtgenoten dat van de scheiding van goederen was.

⁴ De keuze van de wet van de eerste echtelijke woonplaats of van de eerste echtelijke verblijfplaats in geval de echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben, was algemeen aanvaard in de rechtsleer voordat het wetboek internationaal privaatrecht werd aangenomen en wordt er nu door bevestigd.

B. DE LATERE VERDWIJNING VAN DE OORZAAK VAN DE RECHTSHANDELING HEEFT IN DE REGEL GEEN GEVOLGEN VOOR DE GELDIGHEID ERVAN. DIT GELDT OOK VOOR SCHENKINGEN ONDER DE LEVENDEN, WAARVAN DE BEWEEGREDEN TOT SCHENKING LATER BUITEN DE WIL VAN DE SCHENKER VERDWIJNT: ARREST VAN 12 DECEMBER 2008 (C.06.0332.N)

Een jongeman had een deel van de aankoop van een huis en de verbouwing ervan gefinancierd, met de bedoeling in dat huis te kunnen gaan samenwonen met zijn vriendin. Zij had het huis gekocht en had voor een kwart van het aankoopbedrag een hypothecaire lening aangegaan. Echter, na de verhuizing van haar meubelen en huisgerief, had zij de relatie verbroken en de jongeman de toegang tot het huis ontzegd.

Daarop vorderde hij het geschonken gedeelte van het aankoopbedrag terug, alsook het indirect geschonken aandeel in de renovatiewerken en -kosten.

Het bestreden arrest kent deze vordering toe. Het beslist dat een schenking vervallen kan worden verklaard wanneer de doorslaggevende beweegreden van de schenking door een voorval buiten de wil van de schenker vervalt of verdwijnt. De oorzaak van de schenking is de wil om iemand kosteloos te bevoordelen en de doorslaggevende beweegreden van deze vrijgevigheid. Deze beweegreden was in casu gelegen in de bedoeling om mits de door de jongeman verleende, grote financiële bijdrage, de relatie van partijen te bestendigen. Eiseres had hieraan echter abrupt een einde gesteld.

Eiseres in cassatie voert aan dat de geldigheid van een rechtshandeling onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak. Dit moet worden beoordeeld op het moment van de totstandkoming van deze rechtshandeling zodat de latere verdwijning ervan geen gevolgen kan hebben voor de rechtsgeldigheid van deze rechtshandeling. Dit geldt eveneens voor schenkingen. Het hof van beroep heeft echter de schenking als vervallen beschouwd op grond dat de oorzaak ervan verdwenen was ten gevolge van de latere beëindiging van de relatie door de eiseres. Deze beslissing is volgens de eiseres dan ook niet naar recht verantwoord.

Het Hof volgt deze redenering en verbreekt het arrest. Het herhaalt dat het bestaan van de oorzaak van een rechtshandeling moet beoordeeld worden op het moment van de totstandkoming ervan. De latere verdwijning van deze oorzaak heeft in de regel geen gevolgen voor de geldigheid van deze rechtshandeling. Dit geldt ook voor schenkingen, die bovendien slechts onder bepaalde voorwaarden kunnen worden herroepen. Het Hof verduidelijkt verder dat de oorzaak van een schenking onder de levenden ligt in de bedoeling om te schenken en in de beweegreden daartoe, maar dat het loutere feit dat gebeurtenissen achteraf niet stroken met deze beweegreden, de geldigheid van de schenking niet kan aantasten. De appelrechters hebben dus de betrokken wettelijke bepalingen geschonden door te beslissen dat de schenking vervallen was op grond van gebeurtenissen die na de schenking plaatsvonden en die niet strookten met de beweegredenen ervan.

§ 4. Personen- en familierecht

A. DE ONDER VOORLOPIG BEWIND GEPLAATSTE PERSOON WAARVAN DE BEWINDVOERDER EEN ALGEMENE VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID HEEFT, IS NIET VOLLEDIG HANDELINGSONBEKWAAM. HIJ KAN DUS GELDIG TESTEREN ALS HIJ GEZOND VAN GEEST IS: ARREST VAN 10 JANUARI 2008 (C.06.0620.N)

Een onder het regime van de wet van 18 juli 1991, vóór de wijziging ervan door de wet van 3 mei 2003, onder voorlopig bewind geplaatste priester had zijn eerder testament ten voordele van een VZW herroepen en bij een nieuw testament zijn gehele vermogen gelegateerd aan de eiseres.

De VZW verkreeg zowel in eerste als in tweede aanleg de vernietiging van het tweede testament. De rechters oordeelden immers dat de erflater onbekwaam was om te testeren vermits hij onder voorlopig bewind was geplaatst. De vrederechter had dit voorlopig bewind niet ingeperkt zodat de bewindvoerder de beschermde persoon vertegenwoordigt in alle rechtshandelingen en procedures.

Zodoende sloten deze rechters zich aan bij een gedeelte van de rechtspraak en de rechtsleer dat aannam dat de wetgever van 1991 de algemene en volledige vermogensrechtelijke onbekwaamheid van de beschermde persoon beoogde. Deze volledige handelingsonbekwaamheid heeft tot gevolg dat er niet getesteed kan worden zodat een onderzoek naar de geestestoestand op het moment van het testeren niet relevant is.

De eiseres voert voor het Hof aan dat de beschermde persoon niet algeheel onbekwaam wordt wanneer de bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft. De plaatsing onder voorlopig bewind treft de beschermde persoon slechts met onbekwaamheid binnen de perken van de bescherming van zijn goederen, in zijn voordeel en bij zijn leven, maar niet in zijn bekwaamheid om te testeren. Door bij testament over zijn goederen te beschikken ontdoet de beschermde zich immers niet onmiddellijk of definitief van deze goederen, schaaft hij zichzelf niet en doet hij geen afbreuk aan het door de bewindvoerder waar te nemen beheer. Hij beschikt daarentegen voor na zijn overlijden. Nu noch de artikelen 488bis, a, c, f, en i, van het Burgerlijk Wetboek, noch enige andere wetsbepaling, de onder voorlopige bewindvoerder beschermde persoon, in afwijking van artikel 902 van het Burgerlijk Wetboek, wettelijk onbekwaam maken tot het beschikken over zijn goederen bij testament, en er dus geen wettelijk vermoeden bestaat dat de beschermde persoon in de periode dat hij onder voorlopig bewindvoerder werd geplaatst, niet de gezondheid van geest heeft om over zijn goederen te beschikken bij testament, dient het bewijs te worden geleverd dat de erflater op het ogenblik van het opmaken van het testament niet gezond van geest was.

Het Hof aanvaardt deze redenering en vernietigt het bestreden arrest. Nu geen onbekwaamheid tot het testeren blijkt uit de toepasselijke artikelen 488bis, 895, 901 en 902 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ingevoerd bij wet van 18 juli 1991, en zoals van toepassing voor de wijziging bij wet van 3 mei 2003, kon het bestreden arrest het litigieuze testament niet wettig nietig verklaren zonder eerst na te gaan of de erflater op het ogenblik van het opmaken ervan, daadwerkelijk ongezond van geest was. Uit deze wetsbepalingen volgt immers niet dat de beschermde persoon waarvan

de bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft volledig onbekwaam wordt. De persoonlijke rechtshandeling van het testeren die een beschikking uitmaakt voor na het overlijden van de testator en die hem niet benadeelt, wordt niet getroffen door de onbekwaamheid, wat uiteraard de wettelijke mogelijkheden tot betwisting over de gezondheid van geest en de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot onbekwaamverklaring niet uitsluit.

Het probleem is thans opgelost door de wijziging van de wet, maar dit arrest kan nog gevolgen hebben voor testamenten die voor 1 januari 2004 werden opgesteld en nog in bewaring zijn.

B. MET “EINDVONNIS” IN DE ZIN VAN ARTIKEL 42, § 2, EERSTE LID, VAN DE WET VAN 27 APRIL 2007 BETREFFENDE DE HERVORMING TOT ECHTSCHEIDING, WORDT DE GERECHTELIJKE BESLISSING BEDOELD DIE *ONHERROEPELIJK* UITSPRAAK DOET OVER DE AANVRAAG TOT ECHTSCHEIDING OF SCHEIDING VAN TAFEL EN BED: ARREST VAN 11 SEPTEMBER 2008 (C.08.0088.F)

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

Er werd uitgekeken naar dit arrest van het Hof van 11 september 2008, aangezien de uitleg van deze overgangsmaatregel controversieel is. Meer in het bijzonder gaf het begrip “eindvonnis” aanleiding tot discussie: betreft het een vonnis, uitgesproken door een rechtscollege in eerste aanleg, en dus niet een arrest gewezen door een hof van beroep, of diende, meer algemeen, onder “vonnis” iedere gerechtelijke beslissing die ofwel in eerste aanleg, ofwel in hoger beroep wordt uitgesproken, te worden begrepen?

Voor het hof van beroep voert de ex-echtgenote aan dat de rechtbank van eerste aanleg die de echtscheiding uitsprak, zijn rechtsmacht volledig had uitgeput en dat het vonnis definitief is geworden in de zin van de voormelde overgangsbepaling, zodat de nieuwe wet van toepassing is op de rechtspleging voor het hof van beroep.

Het bestreden arrest spreekt niettemin de echtscheiding uit ten nadele van de ex-echtgenoot, op grond van artikel 231 (oud) van het Burgerlijk Wetboek. Het oordeelt immers dat de wetgever het begrip “eindvonnis” in de ruime zin heeft geïnterpreteerd en dat bijgevolg de oude wetgeving toepasselijk is, zowel in eerste aanleg als in het hof van beroep.

Het Hof gaat een stap verder. Volgens het Hof had de wetgever het begrip “onherroepelijke beslissing” in gedachten, m.a.w. een beslissing waartegen geen rechtsmiddel meer voorhanden is, ook niet voor het Hof van Cassatie, wanneer hij deze overgangsbepaling heeft opgesteld. Het beslist bijgevolg dat onder

“eindvonnis” de gerechtelijke beslissing moet worden begrepen die *onherroepelijk* over de aanvraag tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed uitspraak doet.

C. DE OMSTANDIGHEID DAT EEN ECHTGENOOT DE ECHTSCHIEDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN HEEFT GEVORDERD EN VERKREGEN, SLUIT NIET UIT DAT OP VERZOEK VAN DE ANDERE ECHTGENOOT DE RECHTER TEVENS DE ECHTSCHIEDING UITSPREEKT OP GROND VAN FEITELIJKE SCHEIDING EN, OP VERZOEK VAN LAATSTGENOEMDE, HET VERMOEDEN VAN TOEREKENBAARHEID VAN SCHULD AAN DE FEITELIJKE SCHEIDING OMKEERT: ARREST VAN 22 DECEMBER 2008 (C.07.0089.F)

Twee echtgenoten vorderen allebei de echtscheiding op grond van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek zoals van toepassing vóór de wijziging bij wet van 27 april 2007: de vrouw verkrijgt de echtscheiding op grond van overspel van haar echtgenoot, terwijl laatstgenoemde de echtscheiding op tegenvordering verkrijgt op grond van feitelijke scheiding.

A priori vallen de financiële gevolgen van die twee vorderingen samen. In beide gevallen is het immers de echtgenote die normaal gezien recht heeft op het voordeel van de artikelen 299, 300 en 301 van het Burgerlijk Wetboek en zij kan dus, onder andere, een uitkering tot levensonderhoud vorderen. In geval van een vordering gegrond op overspel, is de oplossing vanzelfsprekend. In geval van een vordering gegrond op de feitelijke scheiding, vloeit de oplossing voort uit de toepassing van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, krachtens hetwelk de echtgenoot die een dergelijke echtscheiding verkrijgt, geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken.

Artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt evenwel dat de rechter die de echtscheiding uitspreekt, dat vermoeden kan omkeren. De echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van feitelijke scheiding, moet hiervoor aantonen dat deze te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot.

In dit geval vordert de echtgenoot dus de toepassing van deze bepaling en de rechter wijst zijn vordering gedeeltelijk toe. Het bestreden arrest keert het in artikel 306 bepaalde schuldvermoeden om en beslist dat, voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301, de echtscheiding geacht moet worden tegen beide partijen te zijn uitgesproken.

De vrouw stelt tegen die beslissing cassatieberoep in. In haar middel verwijt zij het hof van beroep het gezag van gewijsde te hebben miskend van de beslissing op grond waarvan het hof de echtscheiding ten laste van de echtgenoot uitspreekt op grond van overspel.

Het Hof verwerpt die grief: de omstandigheid dat de appelrechter de echtscheiding ten laste van de echtgenoot heeft uitgesproken op grond van overspel of grove beledigingen, sluit niet uit dat de schuld, op verzoek van de echtgenoot, tussen de partijen verdeeld kan worden.

In het middel werd tevens betoogd dat de omkering van het bij voornoemd artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ingevoerde vermoeden van schuld aan de feitelijke scheiding niet de omkering of verdeling van de schuld tot gevolg kon hebben en ertoe kon leiden dat de echtgenoot die de echtscheiding ten laste van de andere echtgenoot verkregen heeft op grond van overspel of grove beledigingen, de in de artikelen 299 tot 301 van het Burgerlijk Wetboek opgesomde rechten ontzegd werd.

Ook die analyse wordt door het Hof verworpen: de omkering van het in voormeld artikel 306 ingevoerde vermoeden van schuld aan de feitelijke scheiding, dat de andere echtgenoot alleen de in de artikelen 299, 300 en 301 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde rechten ontzegt, is niet uitgesloten wanneer de andere echtgenoot de echtscheiding reeds verkregen heeft op grond van overspel of grove beledigingen. De tegenvordering tot omkering van dat vermoeden wordt bijgevolg niet doelloos, ook al is de echtscheiding op grond van overspel of grove beledigingen uitgesproken ten laste van de eisende echtgenoot.

§ 5. Zekerheden

A. DE KOSTELOZE AARD VAN DE PERSOONLIJKE ZEKERHEIDSSTELLING IS HET ONTBREKEN VAN ENIG ECONOMISCH VOORDEEL, ZOWEL RECHTSTREEKS ALS ONRECHTSTREEKS, DAT DE PERSOONLIJKE ZEKERHEIDSSTELLER KAN GENIETEN TEN GEVOLGE VAN DE ZEKERHEIDSSTELLING. OF DE ZEKERHEIDSSTELLER AL DAN NIET EEN CONCRETE TEGENPRESTATIE HEEFT BEDONGEN VOOR HET AANGAAN VAN DE ZEKERHEIDSSTELLING IS DAARTOE NIET BEPALEND: ARREST VAN 26 JUNI 2008 (C.07.0596.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL MET OPDRACHT A. VAN INGELGEM

Dit arrest, zoals ook het op dezelfde datum uitgesproken arrest C.07.0546.N, heeft betrekking op de vraag hoe het begrip ‘kosteloos’ in het kader van een kosteloze borgstelling dient ingevuld te worden.

Twee mogelijke interpretaties dringen zich hierbij op, waarbij geopteerd wordt voor een invulling met een begrip ‘kosteloos’ dat dicht bij het begrip ‘belangeloos’ aanleunt en kosteloosheid aldus impliceert dat de borgsteller geen enkel persoonlijk belang heeft bij de door hem gegeven zekerheid, dan wel gekozen wordt voor een meer letterlijke interpretatie, die aansluit bij wat in het Burgerlijk Wetboek een contract ‘om niet’ wordt genoemd, en waarbij kosteloos dan wordt omschreven als datgene waartegenover geen concrete tegenprestatie of vergoeding staat.

Het twistpunt is meer dan academisch: sinds de wijziging door de wet van 20 juli 2005 (B.S. 28 juli 2005) bevat artikel 80, derde lid, van de Faillissementswet de mogelijkheid voor de faillissementsrechter om de borg van de gefailleerde geheel of gedeeltelijke van zijn verplichtingen te bevrijden, voor zover het gaat om een natuurlijk persoon, die zich *kosteloos* persoonlijk heeft zeker gesteld voor de gefailleerde.

Het komt vaak voor dat een zaakvoerder of bestuurder van een vennootschap zich persoonlijk borg stelt voor (een gedeelte van) de schulden van de rechtspersoon

waarvan hij het bestuur waarneemt. In de eerste interpretatie van het begrip 'kosteloos' is het voor de faillissementsrechtbank veel moeilijker om hem van zijn verplichtingen als borgsteller te ontslaan dan in de tweede interpretatie. In het laatste geval dient de rechtbank enkel vast te stellen dat de zaakvoerder of bestuurder geen tegenprestatie, specifiek voor die borgstelling ontving. Dient men 'kosteloos' te lezen als 'belangeloos', wordt het aldus heel wat moeilijker om de zaakvoerder/bestuurder, die vaak ook (enige) aandeelhouder is, als een kosteloze borg te gaan beschouwen.

Hoewel het nieuwe artikel 2043*bis* van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 3 juni 2007 betreffende de kosteloze borgtocht (*B.S.*, 27 juni 2007), vanaf zijn datum van inwerkingtreding duidelijkheid bracht omtrent de invulling van het begrip 'kosteloos', bleef er twijfel bestaan aangaande de interpretatie voor de situaties van vóór die wet, met uiteenlopende interpretaties binnen de hoven en rechtbanken van het Rijk tot gevolg.

Het voorliggende arrest van 26 juni 2008 brengt de nodige duidelijkheid. Het Hof van Cassatie wijst daarbij resoluut een letterlijke interpretatie van de hand, maar laat zich leiden door de bedoeling van de wetgever, toen die het begrip in 2005 in de faillissementswet introduceerde.

Het Hof stelt vast dat uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever enkel de natuurlijke personen wenste te bevrijden die door hun bereidwilligheid verplicht zijn om de schulden van de gefailleerde te delgen, terwijl zij geen persoonlijk belang hebben bij de betaling van die schulden.

Uit deze vaststelling concludeert het Hof dat de kosteloze aard van de persoonlijke zekerheidsstelling te vinden is in het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de persoonlijke zekerheidssteller kan genieten ten gevolge van de zekerheidsstelling. Het Hof preciseert dat het al dan niet bedingen van een concrete tegenprestatie voor het aangaan van de zekerheidsstelling niet bepalend is voor de oplossing van de vraag of de zekerheidsstelling kosteloos is in de zin van de wet.

Met deze rechtspraak past het Hof van Cassatie de interpretatie van het begrip 'kosteloos' in het kader van een kosteloze persoonlijke zekerheidsstelling naadloos in in het later door de wetgever in het Burgerlijk Wetboek ingevoerde concept van de kosteloze borgtocht. Tevens lijkt deze rechtspraak in de lijn te liggen van wat het Grondwettelijk Hof terzake impliciet overwoog.⁵

⁵ GwH nr. 1/2008 van 17 januari 2008, *B.S.* 3 maart 2008.

B. DE UIT HET GERECHTELIJK AKKOORD ONTSTANE SCHULDEN DIE KRACHTENS ARTIKEL 44, TWEDE LID, VAN DE WET VAN 17 JULI 1997 BETREFFENDE HET GERECHTELIJK AKKOORD WORDEN BESCHOUWD ALS BOEDELSCHULDEN VAN HET FAILLISSEMENT, HEBBEN GEEN VOORRANG OP DE RECHTEN VAN DE SCHULDEISERS DIE EEN BIJZONDER VOORRECHT OP ROERENDE GOEDEREN BEZITTEN: ARREST VAN 18 DECEMBER 2008 (C.07.0491.F)

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar de afdeling 2 “uitspraken in economisch recht”, §1, F.

§ 6. Andere uitspraken in burgerlijke zaken

A. DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 1236, TWEDE LID, VAN HET BURGERLIJK WETBOEK, SLUIT NIET UIT DAT EEN DERDE, DIE BIJ DE VERBINTENIS GEEN BELANG HEEFT MAAR DE BETALING VERRICHT HEEFT, DOOR DE SCHULDEISER BIJ OVEREENKOMST IN ZIJN RECHTEN GESTELD WORDT: ARREST VAN 21 JANUARI 2008 (C.07.0078.F)

Een echtpaar beslist om te scheiden. Een jaar later betaalt de vader van de gewezen echtgenoot op eigen initiatief een bedrag aan de bank die het paar, twintig jaar eerder, een hypothecaire lening had toegekend om een pand in onverdeeldheid te kopen. Op het ogenblik van de betaling overhandigt de bank de vader van de gewezen echtgenoot een document, naar luid waarvan de bank hem, tot beloop van dat bedrag, in zijn rechten van hypothecair schuldeiser stelt.

De vader van de gewezen echtgenoot dagvaardt zijn gewezen schoondochter voor de rechtbank van eerste aanleg en vordert van haar de helft van het bedrag dat hij aan de bank heeft betaald. Hij grondt zijn rechtsvordering op artikel 1250, 1°, van het Burgerlijk Wetboek, krachtens hetwelk indeplaatsstelling bij overeenkomst kan geschieden, wanneer de schuldeiser, die betaling ontvangt van een derde persoon, deze laatste in zijn rechten, rechtsvorderingen, voorrechten of hypotheken tegen de schuldenaar doet treden, en wanneer deze indeplaatsstelling uitdrukkelijk en gelijktijdig met de betaling geschiedt.

Zowel de rechtbank van eerste aanleg als het hof van beroep verwerpen de vordering van de vader van de gewezen echtgenoot. Artikel 1236, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat de verbintenis voldaan kan worden door een derde die daarbij geen belang heeft, mits die derde in naam en tot kwijting van de schuldenaar handelt of mits hij, handelend in zijn eigen naam, niet in de rechten van de schuldeiser gesteld wordt. De voormelde rechters stellen echter vast dat de vader van de gewezen echtgenoot niet gehandeld heeft in naam en tot kwijting van zijn gewezen schoondochter. Integendeel, hij heeft gehandeld in zijn eigen naam, zodat hij noch wettelijk noch bij overeenkomst in de rechten van de hypothecaire schuldeiser gesteld kon worden.

Het Hof, dat zich aansluit bij het standpunt dat in de rechtsleer over het algemeen aangenomen wordt, verklaart het cassatieberoep van de vader van de gewezen echtgenoot ontvankelijk en beslist dat de derde, die bij een verbintenis geen belang

heeft maar de betaling verricht heeft, zich kan beroepen op het feit dat hij, bij overeenkomst, in de rechten van de schuldeiser is gesteld.

B. VERJARING VAN DE VORDERING TOT BETALING VAN ERELONEN EN KOSTEN VAN DE ADVOCaat: ARREST VAN 24 JANUARI 2008 (C.07.0372.N)

Overeenkomstig artikel 2276bis, § 2, van het Burgerlijk Wetboek verjaart de vordering van de advocaten tot betaling van kosten en erelonen na verloop van vijf jaar na het beëindigen van hun taak. In een arrest van 24 januari 2008 verduidelijkt het Hof dat deze vijfjarige verjaringstermijn geen kwijtende verjaringstermijn betreft.

Kwijtend is de verjaring die berust op een vermoeden van betaling. Zij treft schuldvorderingen die in principe geen sporen achterlaten omdat zij onmiddellijk worden uitgevoerd en er daarom veelal noch van het bestaan van de vordering noch van de uitdoving ervan een geschrift bestaat. Om de schuldenaar te beschermen tegen mogelijk misbruik door de schuldeiser die een tweede maal betaling zou durven eisen, heeft de wetgever voor deze schuldvorderingen bijzondere korte verjaringstermijnen ingesteld (cf. de artikelen 2271-2272 van het Burgerlijk Wetboek). Zo verjaart de vordering van kooplieden wegens de waren die zij verkopen aan personen die geen koopman zijn door verloop van één jaar; de vordering van hotelhouders en tafelhouders wegens het verschaffen van woning en kost verjaart door verloop van zes maanden.

Een advocaat wiens vordering verjaard was verklaard, voerde voor het Hof aan, in navolging van bepaalde rechtspraak en rechtsleer, dat de verjaring bepaald in artikel 2276bis, § 2, van het Burgerlijk Wetboek als een kwijtende verjaring beschouwd moet worden. De wetgever zou namelijk deze bepaling hebben ingevoerd ter vervanging van het oude artikel 2273 van het Burgerlijk Wetboek. Dit laatste handelde over de verjaring van de rechtsvordering van de – inmiddels afgeschafte - pleitbezorgers tot betaling van hun erelonen en kosten en viel zonder twijfel onder het regime van de korte, kwijtende verjaringen. Derhalve zou ook de verjaring van de vordering tot betaling van kosten en erelonen van advocaten, die na de inwerkingtreding van het Gerechdelijk Wetboek de taak van de pleitbezorgers grotendeels hadden overgenomen, kwijtend van aard zijn.

De kwalificatie van de bedoelde verjaringstermijn is niet zonder belang. Indien de verjaringstermijn als kwijtend wordt beschouwd, zouden daarop de artikelen 2274 en 2275 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn. Dit zou betekenen dat de opmaak van een geschrift met betrekking tot de schuldvordering, bijvoorbeeld een ereloonnota van de advocaat, van rechtswege de verjaringstermijn van vijf jaar zou doen ophouden te lopen en zou omzetten in de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van tien jaar bepaald in artikel 2262bis, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (cf. art. 2274, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek). Hierdoor zou echter een onevenwicht ontstaan met de verjaringstermijn inzake de beroepsaansprakelijkheid van advocaten. Die verstrijkt namelijk vijf jaar na het beëindigen van hun taak (art. 2272, § 1, van het Burgerlijk Wetboek), terwijl de vijfjarige verjaring van de

vordering tot betaling van ereloon, bij weerlegging van het vermoeden van betaling, zou worden omgezet in de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van tien jaar.

Het Hof heeft dit verhinderd door aan te nemen dat de vijfjarige termijn van artikel 2276bis, § 1, geen kwijtende verjaringstermijn is.

Ter staving van deze interpretatie verwijst het Hof in de eerste plaats naar de aard van de schuldvordering van de advocaten tot betaling van kosten en erelonen. Die wordt in de regel schriftelijk vastgelegd en niet onmiddellijk voldaan. Er is aldus een fundamenteel verschil met de schuldvorderingen waarop een korte, op een vermoeden van betaling gesteunde en dus kwijtende verjaringstermijn van toepassing is.

In de tweede plaats verwijst het Hof naar het evenwicht dat de wetgever nastreeft tussen de twee vijfjarige verjaringstermijnen neergelegd in artikel 2276bis van het Burgerlijk Wetboek, enerzijds die met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat, en anderzijds die met betrekking tot de schuldvordering van de advocaat tot betaling van kosten en ereloon.

C. DE ONTVANGST VAN EEN BETALING DOOR DE BANKIER, DIE DE LASTHEBBER VAN ZIJN CLIËNT IS, EN GEEN WEET HEEFT VAN ZIJN OVERLIJDEN, IS GELDIG EN DIE BANKIER WORDT HIERDOOR NIET DEGENE DIE DE BETALING ONTVANGT IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1376 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK: ARREST VAN 22 FEBRUARI 2008 (C.07.0274.F)

Een ziekenfonds stort, na overlijden van de begunstigde, twee maandelijke vergoedingen voor arbeidsongeschiktheid op een rekening die de begunstigde geopend had bij een bank, verweerster in cassatie, die destijds niet op de hoogte was van het overlijden van haar cliënt.

Het ziekenfonds vordert van de bank de terugbetaling van die bedragen, op grond dat het onverschuldigde betalingen zijn.

Het bestreden vonnis verwerpt die eis, op grond dat de bankrekening niet automatisch verdwijnt door het overlijden van de houder ervan, omdat de bankier weliswaar de lasthebber van zijn cliënt is en de lastgeving een overeenkomst is die in beginsel *intuitu personae* gesloten wordt, maar de andersluidende overeenkomsten geoorloofd zijn, terwijl de handelingen die een lasthebber stelt zonder op de hoogte te zijn van het overlijden van de lastgever (de cliënt) geldig zijn.

Volgens het ziekenfonds is de met de vergoedingen voor arbeidsongeschiktheid overeenstemmende rente die na het overlijden van de begunstigde uitbetaald werd op zijn zichtrekening, een onverschuldigde betaling die alleen teruggevorderd kan worden van de persoon die ze ontvangen heeft, m.n. de bank, aangezien de zichtrekeningovereenkomst geëindigd is met het overlijden.

Het Hof herhaalt dat, krachtens artikel 1235, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, iedere betaling een schuld onderstelt en hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd. Uit artikel 1376 van het Burgerlijk Wetboek blijkt

dat hij die de betalingen ontvangen heeft, tot terugbetaling van een onverschuldigde betaling gehouden kan zijn. Het Hof beslist dat de bedragen die aan de bankier worden overgemaakt in het kader van een overeenkomst van dadelijk opvraagbaar deposito van gelden, niet aan die bankier zijn betaald, zodat hij niet gehouden kan zijn ze terug te betalen op grond van de voormelde bepalingen. De ontvangst van een betaling door de bankier, die de lasthebber van zijn cliënt is, en geen weet heeft van zijn overlijden, is geldig en die bankier wordt hierdoor niet degene die de betaling ontvangt in de zin van artikel 1376 van het Burgerlijk Wetboek. Het Hof preciseert eveneens dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens hetwelk de overeenkomst die ten persoonlijke titel wordt gesloten, met de dood van één van de partijen eindigt.

D. BEGRIP OORZAAK VAN DE VERBINTENISSEN IN EEN WEDERKERIGE OVEREENKOMST: ARREST VAN 14 MAART 2008 (C.05.0380.F)

De gedelegeerd bestuurder van een vennootschap die een wassalon exploiteert, sluit met een arbeidster van dat bedrijf en haar echtgenoot, twee overeenkomsten betreffende de overdracht, door eerstgenoemde aan laatstgenoemden, van alle aandelen van de vennootschap, en, bij een latere akte, betreffende de verkoop van twee aangrenzende huizen en een stuk grond liggend naast dat waarop de wasserij stond. De gedelegeerd bestuurder was de eigenaar van die goederen.

Ten gevolge van problemen tussen de partijen, komen deze overeen de overeenkomsten betreffende de overdracht van de wasserij te ontbinden, terwijl de eigenaar nalaat de authentieke akte betreffende de verkoop van de onroerende goederen te verlijden. De kopers stellen een rechtsvordering in teneinde hem te dwingen die akte te verlijden. Van zijn kant stelt de eigenaar een tegenvordering in tot vernietiging van de verkoop.

Het hof van beroep vernietigt de verkoop van de huizen en het perceel en overweegt daarbij in essentie dat de ontbinding van de twee overeenkomsten betreffende de exploitatie van de wasserijen, aangezien die *ex tunc* geschiedt, de oorzaak van de koopovereenkomst deed wegvallen waardoor deze nietig werd aangezien voor de contracterende partijen de doorslaggevende beweegreden ervan bestond in de overdracht van de exploitatie van de wasserij.

Tot staving van het cassatieberoep dat de kopers tegen het arrest van het hof van beroep instellen, voeren zij aan dat, in het kader van een wederkerige overeenkomst, de oorzaak van de verbintenissen van een partij bestaat in het geheel van de verbintenissen van de andere partij, terwijl het wegvallen van een doorslaggevende beweegreden de oorzaak van de overeenkomst niet wegneemt. Naar hun oordeel nam de ontbinding van de overeenkomsten betreffende de exploitatie van de wasserij de oorzaak niet weg van de koopovereenkomst van de onroerende goederen, zelfs al was, voor de contracterende partijen, de overdracht van de exploitatie een doorslaggevende beweegreden van de koopovereenkomst.

In zijn arrest van 14 maart 2008 sluit het Hof zich niet aan bij die opvatting van de oorzaak van een verbintenis. Het beslist dat, in een wederkerige overeenkomst, de

oorzaak van een van de verbintenissen van een van de partijen niet uitsluitend bestaat in het geheel van de verbintenissen van de andere partij, maar in het geheel van de beweegredenen die de schuldenaar ervan hoofdzakelijk hebben beïnvloed en hem ertoe hebben aangezet te contracteren. Het middel dat de oorzaak van de verbintenissen beperkt tot de prestaties van de andere partij, faalt bijgevolg naar recht.

E. EEN OVEREENKOMST DIE, BUITEN DE BIJ WET TOEGESTANE GEVALLEN, ERTOE STREKT TEN VOORDELE VAN EEN VAN DE PARTIJEN DE ANDERE PARTIJ TE BELETTEN ZIJN BEROEPSARBEID VRIJ TE VERRICHTEN, HEEFT EEN ONGEORLOOFDE OORZAAK EN IS VOLSTREKT NIETIG: ARREST VAN 29 SEPTEMBER 2008 (C.06.0443.F)

Een persoon komt met een provinciale voetbalclub overeen om een beroepsvoetballer te laten overgaan naar die club. Beide partijen stellen daartoe een document op dat “verkoopovereenkomst” wordt genoemd. In een ander document erkent de getransfereerde voetballer “dat hij de exclusieve eigendom is van [zijn medecontractant], daar die de speler met eigen financiële middelen heeft aangekocht” en dat “hij geen enkele transfer naar of aansluiting bij een andere club kan vragen zonder de schriftelijke toestemming van [zijn medecontractant], zoniet is hij aan de eigenaar een vergoeding verschuldigd, berekend op grond van de opleidingsvergoeding die bedongen is in een overeenkomst voor beroepsvoetballers”. Nadat hij enkele jaren onder het toezicht van zijn “eigenaar” heeft gespeeld, wenst die voetballer bij een club van zijn keuze aan te sluiten. De partijen sluiten dan een nieuwe overeenkomst die bepaalt dat hij “(gratis) zijn transfer zal kunnen aanvragen vanaf het seizoen 1999-2000 zodra hij, uiterlijk op 10 juni 1999, een bedrag van 350.000 frank zal hebben betaald” aan zijn medecontractant.

Aangezien de speler het overeengekomen bedrag niet betaalt voor zijn “vrijheid”, wordt hij door zijn medecontractant gedagvaard. Het hof van beroep willigt die vordering in.

Tot staving van zijn cassatieberoep betoogt de eiser met name dat uit de artikelen 12 en 23 van de Grondwet, 4.1 en 4.2 EVRM en 8.1 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, gesloten te New York op 19 december 1966, volgt dat aan het recht om betaalde beroepsarbeid te verrichten alleen de bij wet, in de ruime zin, bepaalde beperkingen kunnen worden gesteld. Hij verwijt het arrest tevens dat het heeft geweigerd te erkennen dat de voormelde overeenkomsten strijdig zijn met de openbare orde en de goede zeden, zodat zij degenen die ze hebben aangegaan niet tot wet kunnen strekken.

Het Hof vernietigt het arrest van het hof van beroep. Het bevestigt ⁶ dat een overeenkomst die, buiten de bij wet toegestane gevallen, ertoe strekt ten voordele

⁶ Cass., 12 okt. 2000, AC., 2000, nr.543 ; Cass., 7 okt. 2004, AR C.03.0144.F, AC nr. 466 met concl. adv.-gen. A. HENKES in Pas. 2004; Cass., 7 okt. 2004, AR C.02.0185.F ; Cass., 9 sept. 2005, AR C.04.0003.F.

van een van de partijen de andere partij te beletten zijn beroepsarbeid vrij te verrichten, een ongeoorloofde oorzaak heeft en volstrekt nietig is.

F. DE BEKRACHTIGING DOOR DE EIGENAAR VAN HET VERKOCHTE GOED VAN DE DOOR EEN ANDERE PARTIJ ZONDER VOLMACHT EN IN EIGEN NAAM GESLOTEN VERKOOP IS RECHTSGELDIG, MAAR BRENGT NIET AUTOMATISCH RECHTSGEVOLGEN TEWEEG VOOR DE WEDERPARTIJ-KOPER: ARREST VAN 24 OKTOBER 2008 (C.08.0065.N)

Lastgeving is een overeenkomst waarbij een lastgever een lasthebber belast met het verrichten van een rechtshandeling voor diens rekening en in diens naam. Indien de lasthebber de rechtshandeling met een derde stelt in naam en voor rekening van zijn lastgever, wordt de contractuele band geacht rechtstreeks tot stand te komen tussen lastgever en de derde, met uitsluiting van de lasthebber.

Om die rechtstreekse contractuele band tot stand te brengen, dienen een aantal voorwaarden voldaan te worden. Zo moet de lasthebber, om de lastgever te binden, binnen de grenzen van de door de lastgever toegekende bevoegdheden handelen. Doet de lasthebber dat niet, dan is de lastgever niet gebonden. De enige oplossing voor deze patstelling bestaat erin dat de lastgever achteraf de onbevoegd gestelde rechtshandeling van de lasthebber bekrachtigt.

Ook dient de lasthebber aan te geven dat hij optreedt in naam en voor rekening van een lastgever. Wanneer hij dit nalaat, m.a.w. wanneer hij in eigen naam en voor eigen rekening optreedt, is hij persoonlijk gehouden ten aanzien van de derde-medecontractant en komt er dus geen overeenkomst tot stand tussen de lastgever en de derde.

In voorliggende zaak werd de constructie van dakappartementen op een gebouw dat eigendom was van een patrimoniumvennootschap, toevertrouwd aan een bouwfirma. Deze bouwfirma sloot een overeenkomst af tot verkoop van het in oprichting zijnde dakappartement met twee particuliere kopers. Er werden een aantal voorschotten betaald, en diverse ontwerpen van notariële akten opgemaakt, maar de uiteindelijke authentieke akte werd niet verleden. De kopers wensen hun voorschotten terug te recupereren en dagvaarden de bouwfirma, doch ook de eigenaar. Volgens de kopers is de bouwfirma, hoewel zij in eigen naam optrad en zonder volmacht, als gevolg van een latere bekrachtiging van de patrimoniumvennootschap-eigenaar, te beschouwen als een lasthebber, zodat een rechtstreekse contractuele band tot stand kwam tussen hen en de patrimoniumvennootschap-eigenaar. De patrimoniumvennootschap ontkent deze stelling met klem.

De problematiek kadert in de discussie omtrent de gevolgen van het optreden van een persoon die op het moment van het optreden (nog) geen volmacht heeft en de vraag of men daaraan kan remediëren. De strikte, klassieke oplossing is erg rechtlijnig. De persoon die in eigen naam optreedt en zonder volmacht, is gehouden tot de verbintenis die is aangegaan. Een latere bekrachtiging kan daar niet aan verhelpen, zo stelt de klassieke leer, nu een bekrachtiging ex artikel 1998, lid 2, van het Burgerlijk Wetboek slaat op het onbevoegd handelen van een lasthebber, niet op het totaal ontbreken van een lastgeving.

Het Hof van Cassatie kiest in dit arrest voor een soepele en ruime invulling van het concept 'bekrchtiging'. Het Hof beaamt dat de bekrchtiging door een partij van een door een andere partij in eigen naam en zonder lastgeving gestelde rechtshandeling, rechtsgeldig is. Bekrchtiging kan dus evenzeer een remedie vormen voor gevallen waar er op het moment van de contractsluiting geen lastgeving voorhanden was.

Echter, deze interpretatie zou als gevolg hebben dat de derde door een eenzijdige handeling van een hem onbekende partij, m.n. de bekrchtiging door de vermeende lastgever, een andere contractspartij krijgt opgedrongen, waarbij zijn oorspronkelijke contractspartij (de lasthebber) uit de contractuele relatie verdwijnt. Een dergelijke opvatting zet de deur open voor een resem misbruikscenario's.

Het Hof van Cassatie heeft dit risico onderkend en opgevangen. Het Hof stelt dat de derde-contractant niet verplicht is om rechtsgevolgen te verlenen aan de bekrchtiging, m.a.w. de bekrchtiging als eenzijdige rechtshandeling geldt enkel tussen de lastgever en zijn lasthebber en kan niet opgedrongen worden aan derden.

Aanvaardt de derde de bekrchtiging, zo vervolgt het Hof, dan betekent dit enkel dat hij gerechtigd is om de lastgever aan te spreken tot nakoming van de contractuele verbintenissen. Het impliceert niét dat zijn oorspronkelijke contractspartij, de latere lasthebber, van zijn verplichtingen zou worden ontslagen. Immers, zo meent het Hof, deze lasthebber heeft in eigen naam verplichtingen aangegaan en blijft daar dus ook door gebonden.

De latere bekrchtiging van een eerder onbestaande lastgeving komt dus niet neer op een zogenaamde schuldvernieuwing, waarbij, mits toestemming van de schuldeiser, de ene schuldenaar wordt vervangen door de andere, met bevrijding van de eerdere schuldenaar.

Het Hof van Cassatie heeft met deze uitspraak een reeds lang tot controversale aanleiding gevend probleem opgelost, rekening houdend met de beginselen van contractsluiting, vertegenwoordiging, bekrchtiging en schuldvernieuwing.

G. BEPALING VAN DE NIET-UITGEDRUKTE OORZAAK VAN EEN VERBINTENIS EN BEWIJSLAST: ARREST VAN 10 NOVEMBER 2008 (C.06.0632.F), MET CONCLUSIE VAN PROCUREUR-GENERAAL J.-FR. LECLERCQ

Een man wil zijn echtgenote doen veroordelen tot betaling van, met name, een bedrag waarvoor zij een schuldbekentenis ondertekend heeft. Die schuldbekentenis bestond blijkbaar in de terugbetaling van gelden die hij haar geleend had. Voor het hof van beroep betoogt de vrouw dat de schuldbekentenis nietig is, hoofdzakelijk op grond dat de betwiste verbintenis geen oorzaak heeft, daar haar gewezen echtgenoot niet aantoonde dat hij haar de gelden zou hebben toevertrouwd.

Het hof van beroep beslist dat de schuldbekentenis geldig is, zonder daarom de oorzaak ervan te bepalen, door op grond van artikel 1132 van het Burgerlijk Wetboek te oordelen dat de geldigheid van de verbintenis met een niet-uitgedrukte

oorzaak de schuldeiser ontslaat van de verplichting om die oorzaak aan te tonen, terwijl het aan de schuldenaar staat het gebrek aan oorzaak of de ongeoorloofde oorzaak te bewijzen. De vrouw toont het gebrek aan oorzaak echter niet aan.

De eiseres betoogt tot staving van het cassatieberoep tegen het arrest van het hof van beroep dat de feitenrechter de oorzaak van haar verbintenis had moeten bepalen, wat hij niet gedaan heeft, zodat zijn beslissing om de schuldbekentenis geldig te verklaren, niet naar recht is verantwoord.

In zijn arrest van 10 november 2008 verwerpt het Hof die stelling : het oordeelt in de eerste plaats dat uit de artikelen 1131 en 1132 van het Burgerlijk Wetboek, die ook van toepassing zijn op de eenzijdige rechtshandelingen en niet alleen maar op de overeenkomsten, volgt dat wanneer de oorzaak niet is uitgedrukt in de akte die de verbintenis doet ontstaan en het bestaan van die oorzaak ervan betwist wordt, het aan de feitenrechter staat om na te gaan of deze toch bestaat, terwijl de schuldenaar die zulks betwist, dat gebrek aan oorzaak dient te bewijzen. Vervolgens wijst het hof erop dat de eiseres dat gebrek aan oorzaak volgens het bestreden arrest niet heeft aangetoond, en oordeelt dat het middel bijgevolg niet kan worden aangenomen.

In zijn conclusie merkt het openbaar ministerie met name op dat er geen grond bestaat om van de feitenrechter te eisen dat hij de oorzaak van de rechtshandeling zou bepalen, wanneer de schuldenaar zelf in gebreke blijft het gebrek aan oorzaak te bewijzen. Volgens de conclusie van het openbaar ministerie zou een dergelijke redenering neerkomen op een miskennis van het vermoeden van het bestaan van een oorzaak en zou er aldus van de schuldeiser geëist worden dat hij het bestaan van die oorzaak aantoont, terwijl uit artikel 1132 van het Burgerlijk Wetboek net af te leiden valt dat, in een geschrift zonder oorzaak, het bestaan van de oorzaak vermoed wordt, alleen al op grond van vermelde feit dat de belofte is voorgelegd.

AFDELING 2 - UITSPRAKEN IN ECONOMISCH RECHT

§ 1. Insolventie en vereffening

A. EEN INDIVIDUELE SCHULDEISER KAN TIJDENS HET FAILLISSEMENT GEEN AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING TEGEN EEN DERDE INSTELLEN WEGENS COLLECTIEVE SCHADE: ARREST VAN 17 JANUARI 2008 (F.06.0079.N) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THUIS

In dit arrest beantwoordt het Hof de vraag of de Belgische Staat vóór de afsluiting van het faillissement van een vennootschap een aansprakelijkheidsvordering kan instellen tegen de gewezen zaakvoerder van die vennootschap voor zijn aandeel in de collectieve schade.

In voorliggend geval werd in eerste aanleg de vordering niet ontvankelijk verklaard omdat, op het ogenblik van het instellen van de rechtsvordering, alleen de curator bevoegd was om dergelijke vordering in te stellen.

In hoger beroep is de vordering ontvankelijk en gegrond verklaard.

In het eerste middel van zijn cassatieberoep voert de gewezen zaakvoerder aan dat de Staat geen hoedanigheid en belang had om de aansprakelijkheidsvordering in te leiden vermits deze, blijkens de vaststellingen van het bestreden arrest, er niet op gericht was vergoeding voor individuele schade te krijgen, maar het herstel beoogde van schade die gemeen was aan alle schuldeisers.

Het Hof casseert het bestreden arrest. Het oordeelt dat, krachtens de toen vigerende wetsbepalingen (Faillissementswet 1851), een individuele schuldeiser tijdens het faillissement geen vergoeding kan krijgen voor zijn aandeel in de collectieve schade die werd veroorzaakt door de fout van een derde. Een vordering tijdens het faillissement ingesteld door een gelaedeerde schuldeiser moet worden afgewezen als zij die strekking heeft. Het Hof onderstreept dat de Staat een bedrag vordert dat exact overeenkomt met het bedrag van de niet geïnde belasting en dat de appelrechter in feite heeft vastgesteld dat de Staat een vergoeding vroeg van zijn aandeel in de collectieve schade.

Het openbaar ministerie ging er daarentegen van uit dat de gelijkheid van de schuldeisers en het exclusieve beheer van de curator geen beletsel vormen voor de individuele schuldeiser om, na de afsluiting van het faillissement, de veroordeling van de aansprakelijke derde tot vergoeding van zijn aandeel in de collectieve schade te verkrijgen, ook als de vordering daartoe reeds werd ingeleid vóór de afsluiting van het faillissement. Volgens de stelling van het openbaar ministerie zou een prematuur ingestelde vordering alleen worden opgeschort hangende het faillissement maar zou dus *a priori* niet onontvankelijk zijn.

Hoewel het arrest betrekking heeft op de oude Faillissementswet, behoudt de uitspraak haar belang onder de Faillissementswet van 8 augustus 1997, met dien verstande dat de benadeelde individuele schuldeisers thans tijdens het faillissement, net als de curator, een aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen tegen bepaalde bestuurders of directieleden die door een kennelijk grove fout hebben bijgedragen tot het faillissement (cf. artikel 409, 530, 921 en 986 W. Venn.).

B. WANNEER DE RECHTER BINNEN HET KADER VAN EEN COLLECTIEVE SCHULDENREGELING EEN GERECHTELIJKE AANZUIVERINGSREGELING VASTSTELT DIE EEN GEDEELTELIJKE KWIJTSCHELDING VAN SCHULDEN IN KAPITAAL OMVAT, KAN HIJ, ALS HIJ HET NODIG ACHT OPDAT DE SCHULDENAAR EN ZIJN GEZIN EEN MENSWAARDIG LEVEN ZOULDEN KUNNEN LEIDEN, AAN DE VERKOOP VAN DE VOOR BESLAG IN AANMERKING KOMENDE GOEDEREN VOORWAARDEN VERBINDEN WAARDOOR DAT DOEL KAN WORDEN BEREIKT: ARREST VAN 29 FEBRUARI 2008 (C.06.0142.F)

Een collectieve schuldenregeling wordt getroffen ten aanzien van een koppel landbouwers. Teneinde de schuldeisers te voldoen bepaalt de door het hof van beroep vastgestelde gerechtelijke aanzuiveringsregeling die een gedeeltelijke kwijtschelding van schulden in kapitaal omvat, dat de verkoop van 25 hectare landbouwgrond die aan de schuldenaars toebehoort, beperkt zal blijven tot de blote eigendom ervan. Zij behouden aldus een levenslang vruchtgebruik op die gronden waardoor ze de exploitatie ervan kunnen voortzetten. Het hof van beroep is van

oordeel dat de aldus beperkte tegeldemaking van de voor beslag in aanmerking komende goederen conform de bepalingen over de collectieve schuldenregeling is, doordat ze de schuldenaars in staat stelt verder inkomsten te verkrijgen, hun enig bestaansmiddel dat hen de mogelijkheid biedt een menswaardig leven te leiden.

Een schuldeiser stelt cassatieberoep in en voert de schending aan van artikel 1675/13, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek krachtens hetwelk de rechter binnen het kader van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling enkel tot een gedeeltelijke kwijtschelding van schulden in kapitaal kan besluiten als hij tegelijkertijd de verkoop van alle voor verkoop in aanmerking komende goederen van de schuldenaar beveelt met het oog op de onmiddellijke pondspondsgewijze verdeling van de prijs onder de schuldeisers, behoudens een wettige reden van voorrang, die een voorwaarde is waarvan de rechter niet mag afwijken. Door enkel de gesplitste en tot de blote eigendom beperkte verkoop van de blote eigendom op te leggen, schendt het bestreden arrest die bepaling.

Het Hof beslist dat, wanneer de rechter binnen het kader van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling besluit tot een gedeeltelijke kwijtschelding van schulden in kapitaal, met name op voorwaarde dat alle voor beslag in aanmerking komende goederen worden verkocht, hij, als hij dat nodig acht opdat de schuldenaar en zijn gezin een menswaardig leven zouden kunnen leiden, aan de verkoop van de goederen voorwaarden kan verbinden waardoor dat doel kan worden bereikt. Dat is het geval wanneer het arrest beslist om niet de verkoop zonder meer van landbouwgronden te bevelen, maar enkel de verkoop van de blote eigendom ervan, aangezien de voortzetting van de landbouwexploitatie de voorwaarde is opdat zij een menswaardig leven zouden kunnen blijven leiden.

C. VOORWAARDELIJKE BEËINDIGING DOOR DE CURATOR VAN EEN DOOR DE GEFAILLEERDE GESLOTEN LOPENDE OVEREENKOMST: ARREST VAN 10 APRIL 2008 (C.05.0527.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL G. DUBRULLE

Artikel 46 van de Faillissementswet bepaalt dat de curators, na hun ambtsaanvaarding, onverwijld beslissen of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren.

Bij arrest van 24 juni 2004⁷ oordeelde het Hof van Cassatie dat de bevoegdheid die de curator ontleent aan vermeld artikel 46 en die alle tegenwerpelijke overeenkomsten gesloten door de gefailleerde aangaat, beperkt blijft tot hetgeen vereist wordt door het goede beheer van de boedel en de vrijwaring van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers. Het staat, volgens het Hof, niet aan de curator een einde te stellen aan een tegenwerpelijke overeenkomst door de gefailleerde gesloten wanneer de voortzetting van de overeenkomst de normale vereffening van de boedel niet belet. De curator kan wel een einde stellen aan een overeenkomst die de gefailleerde bindt, indien de beëindiging van de overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel als een goede huisvader, onverminderd de rechten die

⁷ Cass. 24 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1201.

dan voortvloeien voor de medecontractant van de gefailleerde wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst.

Het Hof van Cassatie verfijnt deze rechtspraak in het arrest van 10 april 2008. Het herhaalt vooreerst dat wanneer het noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, de curator krachtens vermeld artikel 46 een einde kan maken aan een door de gefailleerde gesloten lopende overeenkomst. Het Hof voegt daaraan toe dat dit zelfs kan wanneer door die overeenkomst rechten worden verleend die aan de boedel tegenwerpelijk zijn. Het is de curator dus, onder voorwaarden en in het belang van de boedel, toegelaten om eenzijdig de verbintenissen uit een overeenkomst gesloten door de gefailleerde op te zeggen.

Het Hof preciseert in het arrest van 10 april 2008 wat het bedoelt met ‘noodzakelijk voor het beheer van de boedel’. Dit is namelijk wanneer de voortzetting van de overeenkomst gesloten door de gefailleerde de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart. Het Hof voegt daaraan toe dat het loutere feit dat de goederen hierdoor een mindere verkoopwaarde hebben, op zich niet de normale afwikkeling van het faillissement verhindert. Uit het arrest van het Hof volgt dat slechts in extreme gevallen, de curator een einde zal kunnen maken aan een door de gefailleerde gesloten lopende overeenkomst.

Het bewijs dat de beëindiging van de overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel dient, nog volgens het arrest van het Hof van 10 april 2008, te worden geleverd door de curator. De rechter dient na te gaan en vast te stellen of de curator dit bewijs al dan niet levert. Hij kan zich bij die bewijsvoering niet in de plaats stellen van de curator.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 10 april 2008, stelde het voor het Hof bestreden arrest vast dat de curator tot staving van de wettigheid van zijn beslissing de pachtovereenkomst te beëindigen, aanvoert dat ze werd getroffen in het belang van de boedel, “zonder zulks evenwel nader toe te lichten”. Het hof van beroep oordeelde vervolgens zelf dat er geen twijfel is dat de omstandigheid dat landbouwpercelen die het voorwerp zijn van een pachtovereenkomst, een substantiële negatieve weerslag heeft op de prijs die ervoor wordt geboden. Het dient te worden benadrukt dat gelet op de eerder door het Hof genoemde criteria, deze negatieve weerslag op de verkoopprijs niet volstaat om aan de curator het recht te geven de overeenkomst te beëindigen.

Het Hof van Cassatie vernietigt bij arrest van 10 april 2008 de beslissing van het hof van beroep aangezien het de curator aldus ontslaat van de bewijslast die op hem rustte om aan te tonen dat de beëindiging noodzakelijk was voor het beheer van de boedel.

Het Hof spreekt zich in dit arrest niet uit over de rechten die de schuldeisers hebben na de beëindiging van de overeenkomst. Het Hof dat op een diepere grond het arrest vernietigt, kon niet ingaan op het middel dat vroeg de rechten van de schuldeiser – wiens contract beëindigd was - te bepalen en inzonderheid te zeggen of die rechten een vordering zijn in dan wel van de boedel.

Het arrest werd gewezen op andersluidende conclusie van het openbaar ministerie. De conclusie strekte eveneens tot vernietiging van het bestreden arrest, maar op grond van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel, houdende vragen naar de bevoegdheid van de curator om overeenkomsten van de gefailleerde, inzonderheid beheerst door dwingende wetsbepalingen, te beëindigen, alsook de draagwijdte van dit laatste begrip. Volgens het openbaar ministerie kan de aan de curator door het Hof erkende bevoegdheid, onder de strikte vereiste van de noodzakelijkheid voor het beheer van de boedel als een goede huisvader, niet worden aanvaard zonder naleving van dwingende wetsbepalingen, zoals de Pachtwet, die beoogt de pachter te beschermen.

D. DEFINITIEVE OPSCHORTING VAN BETALING EN HET LOT VAN DE NIET TIJDIG AANGEGEVEN SCHULDVORDERINGEN: ARREST VAN 8 MEI 2008 (C.07.0472.N)

Artikel 16 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, bepaalt dat in het vonnis waarbij een voorlopige opschorting van betaling wordt verleend, de schuldeisers verzocht worden om binnen de daartoe gestelde termijn aangifte van hun schuldvorderingen te doen.

Luidens artikel 35, eerste tot derde lid, van deze wet, maakt de goedkeuring van de rechtbank het plan bindend voor alle betrokken schuldeisers, behoudens aanpassingen die zullen worden gedaan met inachtneming van de in verband met de betwiste schuldvorderingen genomen beslissingen. De schuldeiser die zijn schuldvordering niet heeft aangegeven binnen de vastgestelde termijn, is gebonden door de definitieve opschorting. Een laattijdige aangifte heeft slechts gevolg in zoverre hierdoor niet geraakt wordt aan het goedgekeurde plan. Tenzij het plan uitdrukkelijk anders bepaalt, wordt de schuldenaar volledig en definitief bevrijd door de volledige uitvoering van het plan voor alle hierin opgenomen schuldvorderingen.

Voor het Hof werd aangevoerd dat er een onderscheid bestaat tussen de periode van de definitieve opschorting van betaling en de periode volgend op de definitieve opschorting.

Tijdens de periode van de definitieve opschorting zouden alle schuldeisers, dus ook de schuldeisers die geen aangifte van schuldvordering hebben gedaan, gebonden zijn door het goedgekeurde herstel- of betalingsplan.

Na de definitieve opschorting echter, zou de schuldeiser die geen aangifte heeft gedaan of heeft kunnen doen en wiens vordering bijgevolg niet in het plan is opgenomen, zich nog tot de schuldenaar kunnen richten om betaling te bekomen. De schuldenaar zou immers door de volledige uitvoering van het plan alleen definitief bevrijd zijn van alle in het plan opgenomen schuldvorderingen, en dus niet van de schuldvorderingen die niet in het plan zijn opgenomen, zoals de schuldvorderingen waarvoor geen aangifte is gedaan.

Het Hof verwierpt bij arrest van 8 mei 2008 deze stelling. Uit de bepalingen van de Wet Gerechtelijk Akkoord en de wetsgeschiedenis volgt, naar het oordeel van het Hof, dat een schuldeiser zich niet aan de gevolgen van het gerechtelijk akkoord van

zijn schuldenaar kan onttrekken door geen aangifte te doen van zijn schuldvordering of door niet aan de stemming tot goedkeuring van het akkoord deel te nemen. Volgens de wetgever zou de maatregel dan immers zijn betekenis verliezen. De goedkeuring van het plan bindt alle schuldeisers ongeacht of zij aangifte hebben gedaan, zodat de uitvoering van het plan ook de bevrijding van de schuldenaar, overeenkomstig de bepalingen ervan, tot gevolg heeft van de schulden waarvoor geen aangifte van schuldvordering werd gedaan.

E. DE KOSTELOZE AARD VAN DE PERSOONLIJKE ZEKERHEIDSSTELLING IS HET ONTBREKEN VAN ENIG ECONOMISCH VOORDEEL, ZOWEL RECHTSTREEKS ALS ONRECHTSTREEKS, DAT DE PERSOONLIJKE ZEKERHEIDSSTELLER KAN GENIETEN TEN GEVOLGE VAN DE ZEKERHEIDSSTELLING. OF DE ZEKERHEIDSSTELLER AL DAN NIET EEN CONCRETE TEGENPRESTATIE HEEFT BEDONGEN VOOR HET AANGAAN VAN DE ZEKERHEIDSSTELLING IS DAARTOE NIET BEPALEND: ARREST VAN 26 JUNI 2008 (C.07.0596.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL MET OPDRACHT A. VAN INGELGEM

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar de afdeling 1, uitspraken in burgerlijke zaken, §5, A, zekerheden.

F. DE UIT HET GERECHTELIJK AKKOORD ONTSTANE SCHULDEN DIE KRACHTENS ARTIKEL 44, TWEDE LID, VAN DE WET VAN 17 JULI 1997 BETREFFENDE HET GERECHTELIJK AKKOORD WORDEN BESCHOUWD ALS BOEDELSCHULDEN VAN HET FAILLISEMENT HEBBEN GEEN VOORRANG OP DE RECHTEN VAN DE SCHULDEISERS DIE EEN BIJZONDER VOORRECHT OP ROERENDE GOEDEREN BEZITTEN: ARREST VAN 18 DECEMBER 2008 (C.07.0491.F)

Een garagehouder, concessiehouder van auto's, verkrijgt het gerechtelijk akkoord. Tijdens de akkoordprocedure gaat de garagehouder door met de verkoop van de voertuigen die door de invoerder ter beschikking worden gesteld. Vervolgens gaat de garagehouder failliet en ontstaat er samenloop tussen de invoerder en de bankier die vóór het akkoord een krediet verstrekt heeft aan de garagehouder.

De bankier heeft de handelszaak in pand. De invoerder van zijn kant beroept zich op artikel 44, tweede lid, van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord. Volgens die bepaling worden handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting, bij faillissement beschouwd als handelingen van de curator, waarbij de schulden gedurende de akkoordprocedure aangegaan gelden als boedelschulden van het faillissement.

Deze bepaling is uiteraard bedoeld om degenen die tijdens de periode van voorlopige opschorting handelsbetrekkingen onderhouden met de schuldenaar, bij voorrang te doen betalen. Dat is immers het enige middel om de normale voortzetting van de activiteiten van de onderneming te vrijwaren.

De schuldeiser krijgt echter geen volstreekte voorrang bij de betaling door het loutere feit dat een schuld als boedelschuld is omschreven. Wanneer immers een schuldeiser

van de boedel van het faillissement in samenloop komt met een schuldeiser die een bijzondere zekerheid bezit op een of meer welbepaalde goederen, geniet laatstgenoemde voorrang op de schuldeiser van de boedel. De enige mogelijkheid voor genoemde schuldeiser om zich bij voorrang te doen betalen voor de houder van de bijzondere zekerheid bestaat erin dat hij aantoont dat hij de voorwaarden vervult om het algemeen voorrecht te genieten dat voortvloeit uit de kosten die voor het behoud van de zaak zijn gemaakt in de zin van artikel 20, 4^o, van de hypotheekwet.

Voor de feitenrechter voert de invoerder evenwel aan dat de schulden die met toepassing van artikel 44, tweede lid, van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord als boedelschulden van het faillissement zijn omschreven, niet onder die beperking vallen. Hij betoogt met andere woorden dat boedelschulden die verband houden met de gedurende de periode van de akkoordprocedure verrichte activiteiten, een volstrekte voorrang hebben bij de betaling. Het bestreden arrest sluit zich niet bij dat standpunt aan.

Het Hof verwerpt het cassatieberoep van de invoerder tegen deze beslissing. Volgens het Hof beschikt de invoerder die de concessieovereenkomst tijdens de voorlopige opschorting verder heeft uitgevoerd met het akkoord van de commissaris inzake opschorting, op de waarde van de handelszaak van de failliete concessiehouder, niet over een absoluut recht van voorrang op de rechten van de schuldeiser die deze handelszaak in pand heeft. De schuldeisers van de boedel van het faillissement kunnen enkel aanspraak maken op rechten op de goederen waarop een bijzonder voorrecht rust en die zich niet in de boedel bevinden, als zij aantonen dat hun schuldvordering betrekking heeft op kosten die voor het behoud of de tegeldemaking van het met een voorrecht belaste goed zijn gemaakt.

G. DE VENNOTEN VAN EEN VENNOOTSCHAP ONDER FIRMA, ALSOOK DE BEHERENDE VENNOTEN VAN EEN GEWONE COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP WORDEN GEACHT KOOPMAN TE ZIJN OMWILLE VAN HUN LIDMAATSCHAP VAN DE VENNOOTSCHAP, ZODAT HET FAILLISSEMENT VAN DE VENNOOTSCHAP ONDER FIRMA RESP. DE GEWONE COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP HET FAILLISSEMENT VAN DE (BEHERENDE) VENNOTEN TOT GEVOLG HEEFT. DE CURATOR IS GERECHTIGD OM DE VORDERINGSRECHTEN UIT TE OEFENEN TEGEN EEN DERDE DIE HEEFT IN TE STAAN VOOR DE SCHULDEN VAN DE GEFAILLEERDE, WANNEER DIE GEHOUDENHEID BESTAAT TEGEN ALLE SCHULDEISERS, OOK AL BEHOREN DE VORDERINGSRECHTEN NIET AAN DE GEFAILLEERDE TOE: ARREST VAN 19 DECEMBER 2008 (C.07.0281.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL MET OPDRACHT A. VAN INGELGEM⁸

De vennoten van een vennootschap onder firma zijn onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. De gewone commanditaire vennootschap is een vennootschap die wordt aangegaan tussen één of meer hoofdelijk aansprakelijke vennoten, beherende vennoten genoemd, en één of meer geldschieters, stille vennoten genoemd (art. 202 W. Venn.). Luidens artikel 205 W. Venn., wordt de vennootschap tussen de beherende vennoten 'onder firma'

⁸ Zie ook de samenvatting van dit arrest onder afdeling 6, gerechtelijk recht, §1, B.

beschouwd, en zij wordt als een gewone commanditaire vennootschap beschouwd ten aanzien van de geldschieters.

Daar alle vennoten resp. de beherende vennoten onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap onder firma resp. de gewone commanditaire vennootschap, impliceert het faillissement van dergelijke vennootschap dat de (beherende) vennoten hebben opgehouden te betalen en dat hun krediet is geschokt.

Teneinde failliet te kunnen worden verklaard, is het echter niet voldoende dat men heeft opgehouden te betalen en dat zijn krediet is geschokt – het is eveneens vereist dat men de hoedanigheid van koopman heeft.

Omtrent de vraag of de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap die hoedanigheid hebben, bestond onenigheid in de rechtspraak. De vraag rees in de rechtsleer en in de rechtspraak of de vennoten van een vennootschap onder firma als kooplieden konden worden beschouwd, vooral sedert de invoering van het wetboek van vennootschappen die een fundamentele wijziging invoerde in de structuur van de vennootschappen.

Het Hof van Cassatie sprak zich in een arrest van 15 december 1938 reeds positief uit over de hoedanigheid van koopman voor vennoten, ten aanzien van een vennootschap onder firma. Of deze rechtspraak in het huidige vennootschappenrecht nog overeind bleef, of zelfs kon uitgebreid worden naar andere vennootschapsvormen, zoals de gewone commanditaire vennootschap of andere vennootschapsvormen waarvan (bepaal)de vennoten hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, bleef onzeker.

Het Hof van Cassatie heeft in dit in voltallige zitting gewezen arrest stelling ingenomen. In tegenstelling tot wat soms uit het arrest van 15 december 1938 werd afgeleid, leidt het Hof de hoedanigheid van koopman voor de vennoten niet af uit het kenmerk van de onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten.

Het Hof stelt wel dat vennoten van een vennootschap onder firma als kooplieden dienen te worden aangemerkt, en dit louter op grond van hun lidmaatschap van de vennootschap. Het is dus niet vereist dat de vennoten in eigen naam of voor eigen rekening daden van koophandel stellen opdat zij de hoedanigheid van koopman bekomen. Zelfs wanneer zij geen handelingen stelden of louter handelingen stelden in naam en voor rekening van de met aparte rechtspersoonlijkheid voorziene vennootschap, worden zij als koopman beschouwd. Het Hof van Cassatie legt hier aldus meer de nadruk op de interactie en samenwerking van de vennoten onderling en naar buiten toe, eerder dan op de rechtspersoonlijkheid die aan de vennootschap werd toebedeeld en die haar onderscheidt van de persoon en het vermogen van de vennoten.

Eenmaal dit principe vastgelegd, leidt het Hof van Cassatie daaruit af dat de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap, nu ten aanzien van hen de vennootschap wordt geacht onder firma te zijn (art. 205 W. Venn.),

eveneens de hoedanigheid van koopman bekomen, louter door hun lidmaatschap van de vennootschap.

Omdat de hoedanigheid van koopman gelinkt wordt aan het lidmaatschap van een vennootschap onder firma of een daarmee (gedeeltelijk) gelijkgeschakelde vennootschap, en niet aan het kenmerk van hoofdelijke en onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten, beantwoordt het Hof van Cassatie impliciet ook de in de rechtspraak opgeworpen bedenking dat ook de onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijke vennoten van de coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid of de commanditaire vennootschap op aandelen als koopman dienen beschouwd te worden louter op grond van hun lidmaatschap van de vennootschap. Onderhavig arrest kan niet gebruikt worden om die stelling te staven, nu geen van de genoemde vennootschapsvormen een vennootschap onder firma is, noch daarmee (gedeeltelijk) wordt gelijkgeschakeld, zoals dat wel uitdrukkelijk wordt gestipuleerd voor de gewone commanditaire vennootschap in art. 205 W. Venn.

Nu de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap altijd als koopman worden aangemerkt en het faillissement van de gewone commanditaire vennootschap impliceert dat de beherende vennoten hebben opgehouden te betalen en dat hun krediet is geschokt, concludeert het Hof van Cassatie dat de faillietverklaring van de gewone commanditaire vennootschap *ipso facto* het faillissement van de beherende vennoten tot gevolg heeft.

Een tweede belangrijk punt dat aan bod kwam in onderhavig arrest, betrof de vraag of de curator gerechtigd is de vorderingsrechten uit te oefenen op de hoofdelijk aansprakelijke beherende vennoten van de gewone commanditaire vennootschap.

Die beherende vennoten staan immers hoofdelijk in voor de schulden van de vennootschap ten aanzien van elk van de individuele schuldeisers, een gehoudenheid die niet bestaat tegenover de vennootschap zelf. Het gaat dus om een individuele vordering van de schuldeiser op elk van de hoofdelijk aansprakelijke vennoten.

Hoewel volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie schuldvorderingen die individueel aan (elk van) de schuldeisers toekomen, niet door de curator kunnen worden uitgeoefend, ook al beschikt elke schuldeiser over die vordering, maar door de betrokken schuldeiser dienen uitgeoefend te worden, verfijnt het Hof van Cassatie in onderhavig arrest zijn rechtspraak door de noodzaak van een efficiënte afwikkeling van het faillissement en de gelijke behandeling van de schuldeisers mee in de vergelijking op te nemen.

Het Hof van Cassatie bevestigt dan ook dat de curator gerechtigd is om de vorderingsrechten, m.n. de aanzuivering van het passief van de failliete vennootschap, uit te oefenen tegen een derde (de beherende vennoot) die heeft in te staan voor de schulden van de gefailleerde (gewone commanditaire vennootschap), wanneer die gehoudenheid bestaat tegen alle schuldeisers, ook al behoren die vorderingsrechten niet aan de gefailleerde toe.

§ 2. Verzekeringen

A. BEGRIP WEGVERKEERSONGEVAL IN DE ZIN VAN ARTIKEL 29BIS VAN DE WET VAN 21 NOVEMBER 1989 BETREFFENDE DE VERPLICHTE AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERING INZAKE MOTORRIJTUIGEN: ARREST VAN 25 JANUARI 2008 (C.07.0261.F)

Bij het verlaten van het parcours verwondt een motorrijder een toeschouwer die de wedstrijd was komen bijwonen op een gesloten maar voor het publiek toegankelijk circuit. De artikelen 2, § 1, en 29bis van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepalen dat bij een verkeersongeval waarbij een of meer motorrijtuigen betrokken zijn, op terreinen die niet toegankelijk zijn voor het publiek maar voor een zeker aantal personen die het recht hebben om er te komen, alle schade geleden door de slachtoffers en hun rechthebbenden en voortvloeiend uit lichamelijke letsels of het overlijden hoofdelijk vergoed wordt door de verzekeraars die de aansprakelijkheid van de eigenaar, de bestuurder of de houder van de betrokken motorrijtuigen dekken.

De appelrechters beslissen dat er grond bestaat om op grond van artikel 29bis de W.A.M.-verzekeraar te veroordelen die de schade dekt die de motorcoureurs aan de toeschouwers tijdens de wedstrijden berokkend hebben.

De verzekeraar betoogt voor het Hof dat, aangezien het ongeval zich tijdens een motorcrosswedstrijd heeft voorgedaan, het voertuig als sportmiddel is gebruikt en niet als vervoermiddel, en leidt hieruit af dat een dergelijk ongeval niet beantwoordt aan het begrip wegverkeersongeval in de zin van artikel 29bis, § 1, van de voormelde wet van 21 november 1989.

Het Hof verwerpt het cassatieberoep. Het begrip wegverkeersongeval in de zin van artikel 29bis, § 1, eerste lid, van de voormelde wet van 21 november 1989, betreft zowel een wegverkeersongeval waarbij een motorrijtuig betrokken is die op de openbare weg rijdt, als een soortgelijk ongeval dat zich voordoet op de terreinen die toegankelijk zijn voor het publiek en de terreinen die niet toegankelijk zijn voor het publiek maar wel voor een zeker aantal personen. Hoewel het betrokken motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval aan een wedstrijd deelnam, heeft die omstandigheid geen weerslag op het feit dat het ongeval wel degelijk een wegverkeersongeval vormde in de zin van die wettelijke bepaling.

Het Hof had reeds beslist dat het voormelde artikel 29bis van toepassing was op een ongeval dat zich had voorgedaan tijdens een verkenning van het parcours van een rallywedstrijd – de “boucles de Spa”⁹ – maar had nog niet beslist of die bepaling ook van toepassing was tijdens de wedstrijd op een voor het wegverkeer gesloten circuit. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer werd hierop erg verdeeld gereageerd. Het Hof had opgemerkt dat de ongevallen die zich in Frankrijk voordeden tijdens sportevenementen¹⁰, waarbij motorrijtuigen te land betrokken waren,

⁹ Cass. 17 mai 2000, RG P.00.0087.F, n° 300.

¹⁰ Jurisclasseur 2004, artikelen 1382-1386, Burgerlijk Wetboek, Fasc. 208-10, nr. 20.

“wegverkeersongevallen” zijn die vallen onder de toepassing van de wet van 5 juli 1985. Deze wet beschermt met name de toeschouwers die hierdoor getroffen worden, ook al vindt de wedstrijd op een gesloten circuit plaats.

B. UITBREIDING VAN DE VERPLICHTE DEKKING VAN DE BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTUURDER VAN HET VERVANGINGSVOERTUIG: ARREST VAN 31 JANUARI 2008 (C.06.0186.N)

Aan de basis van deze zaak ligt een verkeersongeval, veroorzaakt door de bestuurder van een vervangingsvoertuig. Deze bestuurder, die niet verwant of gehuwd was met de verzekeringsnemer, vervoerde op dat moment de broer van de verzekeringsnemer van het oorspronkelijk verzekerde voertuig.

De mutualiteit en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds vorderden van de verzekeraar de door hen uitgekeerde vergoedingen naar aanleiding van het ongeval terug. Zij meenden immers dat de verzekeraar tot dekking was gehouden omdat het vervangingsvoertuig gelijkgesteld moest worden met het oorspronkelijk verzekerde voertuig, met als gevolg dat het voertuig principieel verzekerd was bij de eiseres-verzekeringsmaatschappij. Het beding waarbij de verzekering van de burgerlijke aansprakelijkheid van bepaalde categorieën van bestuurders wordt beperkt, wat *in casu* het geval was, kon, volgens hen, niet aan de benadeelden worden tegengeworpen op grond van artikel 16, eerste lid, van de WAM-wet. In eerste aanleg en in beroep werden deze vorderingen gegrond verklaard.

De verzekeringsmaatschappij voert voor het Hof aan dat de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen geen verplichting inhoudt om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken van de bestuurder van een vervangingsvoertuig.

Wanneer de verzekeringsovereenkomst een beding bevat waarin de uitbreiding van de wettelijk verplichte dekking is voorzien tot een ander dan het in de overeenkomst omschreven voertuig, dan zullen de excepties die verband houden met de toepassingsvoorwaarden van dat beding wel tegenwerpbaar zijn aan de benadeelde, want dit zijn excepties die het bestaan zelf van de overeenkomst, zijn draagwijdte en de dekking van het risico aanbelangen. Dit zijn geen excepties in de zin van de artikelen 16, eerste lid, van de WAM-wet, en 87, §1, eerste lid, van de wet van 25 juni 1992.

In casu bevatte de verzekeringsovereenkomst een beding dat overeenstemt met artikel 4, 1°, a) van de modelpolis, waarbij de dekking werd uitgebreid tot het vervangingsvoertuig, op voorwaarde dat dit voertuig werd bestuurd door de verzekerde, diens echtgenote en/of diens kinderen, indien deze bij hem inwonen en de wettelijke leeftijd om een motorrijtuig te besturen bereikt hadden.

Nu deze voorwaarden niet vervuld waren, hadden de appelrechters de vordering van de mutualiteit en het Gemeenschappelijk Waarborgfonds moeten afwijzen.

Het Hof volgt deze redenering en beslist dat uit de artikelen 2, 3, §1, en 16, eerste en derde lid, van de WAM-wet, zoals van toepassing op het geding, en op grond van artikel 4, 1°, a) van de modelpolis volgt dat de verplichting van de WAM-verzekeraar om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder te

dekken enkel geldt met betrekking tot het in de polis omschreven motorrijtuig. Hij is niet verplicht ook de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken van andere personen dan deze bedoeld in artikel 4, 1°, van de modelpolis, in geval van een vervangingsvoertuig.

De afwezigheid van verzekering voor andere personen dan deze bedoeld in dit artikel, wanneer zij een vervangingsvoertuig besturen, is geen exceptie bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de WAM-wet, en kan dus door de verzekeraar aan de benadeelden worden tegengeworpen.

Het Hof beslist in deze zaak eveneens dat de Gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, waarvan eveneens schending werd aangevoerd, niet voorzien in een regeling betreffende een uitbreiding van de waarborg buiten het gebruik van het in de verzekeringsovereenkomst omschreven motorrijtuig. Vermits zij ter zake geen toepassing konden vinden was het Hof *in casu* niet verplicht hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Benelux-Gerechtshof.

C. WERKING IN DE TIJD VAN ARTIKEL 82 VAN DE WET OP DE LANDVERZEKERINGSOVEREENKOMST: ARREST VAN 18 APRIL 2008 (C.06.0564.F) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL T. WERQUIN

In een arrest van 18 april 2008 had het Hof een nieuwe gelegenheid om zich uit te spreken over de toepassing in de tijd van artikel 82 van de wet van 25 juni 1992 op de Landverzekeringsovereenkomst. Deze bepaling maakt een einde aan de onzekerheid over de dekkingsgrens van de verzekeringsovereenkomst: de verzekeraar moet steeds de intrest op de in hoofdsom verschuldigde schadevergoeding betalen, zelfs boven de dekkingsgrenzen. Het is vanzelfsprekend noodzakelijk dat deze bepaling van toepassing is op de lopende overeenkomst.

Door te voorzien in een specifieke overgangsregeling heeft de wetgever gewild dat de bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst snel van toepassing zijn op de bestaande verzekeringsovereenkomsten. Krachtens artikel 148, §1, van de wet van 25 juni 1992 is artikel 82 van dezelfde wet van toepassing op de overeenkomsten die zijn aangegaan voor de datum van de inwerkingtreding van deze bepaling, d.i. 21 september 1992, vanaf de wijziging, de vernieuwing, de verlenging of de omzetting van de overeenkomst sedert deze datum en in elk geval vanaf 1 september 1994.

Deze bijzondere overgangsregeling beantwoordt evenwel niet alle vragen, aangezien artikel 148 van de wet van 25 juni 1992 het stilzwijgen bewaart over het aanknopingspunt dat aanduidt welke wet, de oude of de nieuwe, van toepassing is.

In een arrest van 6 april 2006 achtte het Hof het tijdstip van het ongeval (en niet de latere schade die is ontstaan ingevolge een vertraging in de betaling van de

vergoeding) relevant voor de toepassing van deze bepaling.¹¹ Het Hof zocht hier aansluiting bij het algemene principe van overgangsrecht dat met betrekking tot regels die een nieuwe aansprakelijkheid invoeren of verplichtingen van een contractspartij verzwaren, het schadeverwekkende feit geldt als relevant criterium.¹²

In het hier besproken arrest aanvaardt het Hof de schadeverwekkende gebeurtenis als het criterium voor de toepassing van voornoemde bepaling. Het Hof verwijst aldus niet naar het feit dat aanleiding geeft tot schade, maar wel naar het tijdstip waarop de schade zich daadwerkelijk voordoet. Het schadeverwekkende feit had reeds plaats in december 1987, dit is het tijdstip dat een fiduciaire vennootschap de statuten voor een vennootschap opstelde en verzuimde een clause toe te voegen die zou hebben toegelaten om een fiscaal voordeel te genieten. Het Hof acht evenwel het tijdstip bepalend waarop de fiscus weigert om het voordeel toe te kennen op grond van de afwezigheid van de clause.

De schijnbare tegenstrijdigheid met het arrest van 6 april 2006 kan worden verklaard in het licht van de wetsgeschiedenis van de artikelen 77 en 78 van de wet van 25 juni 1992. Pas bij wet van 16 maart 1994 werd deze laatste bepaling in die zin gewijzigd dat de verzekeringswaarborg zich uitstrekt tot de schade voorgevallen tijdens de duur van de overeenkomst. De wetgever opteerde aldus voor het “*loss occurrence*” systeem, terwijl hij voordien de klemtoon legde op de gebeurtenis waaruit de schade is ontstaan (“*act committed*”). Vanaf dat zelfde tijdstip bepaalt artikel 77 van de wet van 25 juni 1992 dat hoofdstuk III van de wet op de landverzekeringsovereenkomst van toepassing is op de verzekeringsovereenkomsten die ertoe strekken de verzekerde dekking te geven tegen alle vorderingen tot vergoeding wegens het voorvallen van de schade die in de overeenkomst is beschreven en zijn vermogen binnen de grenzen van de dekking te vrijwaren tegen alle schulden uit een vaststaande aansprakelijkheid. Omdat artikel 82 van de wet van 25 juni 1992 eveneens betrekking heeft op de schade die moet worden gedekt door de verzekeraar, heeft het Hof in het arrest van 18 april 2008 dan ook het voorvallen van de schade als aanknopingspunt aanvaard voor de werking in de tijd van deze bepaling. Het bij wet van 16 maart 1994 gewijzigde artikel 78 van de wet van 25 juni 1992 was daarentegen niet van toepassing in de zaak waarover het Hof op 6 april 2006 een uitspraak deed. Deze gewijzigde bepaling is krachtens artikel 14 van de wet van 16 maart 1994 immers niet van toepassing op schadegevallen waarvoor reeds, zoals in die zaak, voor 4 mei 1994 een aangifte was gedaan.

Bovendien verschilt de hier besproken zaak van deze eerdere zaak hierin dat het Hof nu, voor het eerst, uitspraak moest doen over de hypothese waarin het feit waaruit schade is ontstaan en deze schade zelf zich op verschillende tijdstippen hebben voorgedaan.

¹¹ Cass. 6 april 2006, C.05.0141.N, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; *T.B.H.* 2006, 1056, met noot S. Lierman.

¹² Cass. 5 februari 1970, *Arr. Cass.* 1970, 522; Cass. 22 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-1982, 904; Cass. 9 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-1985, 357 en Cass. 15 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-1992, 241.

Het arrest van 18 april 2008 is het voorlopige eindpunt van een reeks arresten van het Hof over de werking in de tijd van de bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst. Bij stilzwijgen van de wettekst komt het de rechter toe om het criterium te bepalen voor de toepassing van deze nieuwe bepalingen. Door het tijdstip waarop de schade zich voordoet als criterium te nemen voor de toepassing van artikel 82 van de wet van 25 juni 1992, heeft het Hof rekening gehouden met de wettekst en de achterliggende bedoeling van de wetgever.

D. DE VERZEKERAAR VAN DE VERGOEDBARE SCHADE, DIE IN DE RECHTEN TREEDT VAN HET SLACHTOFFER VAN EEN WEGVERKEERSONGEVAL, BESCHIKT NIET OVER EEN SUBROGATOIR VERHAAL TEGEN HET GEMEENSCHAPPELIJK MOTORWAARBORGFONDS TOT TERUGBETALING VAN DE UITBETAALDE BEDRAGEN, AANGEZIEN DE BENADEELDE ZELF OOK GEEN VERHAAL KAN UITOEFENEN VOOR HET GEDEELTE VAN ZIJN SCHADE DIE DOOR EEN VERZEKERING GEDEKT WORDT: ARREST VAN 24 NOVEMBER 2008 (C.07.0432.F)

Een gestolen voertuig dat, wegens die diefstal, niet door een burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering gedekt wordt, veroorzaakt een ongeval. De bestuurder van het voertuig van de tegenpartij lijdt lichamelijke schade, die vergoed wordt door de verzekeraar van zijn werkgever. De verzekeraar wil van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de terugbetaling verkrijgen van de bedragen die hij uitbetaald heeft tot vergoeding van de voormelde lichamelijke schade.

De verzekeraar betoogt dat hij, door de indeplaatsstelling in de rechten van het slachtoffer, ook in zijn situatie is geplaatst. Hij betoogt daarenboven dat het slachtoffer overeenkomstig artikel 80, § 1, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, en de artikelen 14, 16 en 19 van het uitvoeringsbesluit van die wet, van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de vergoeding van de veroorzaakte schade kan verkrijgen.

De rechter in hoger beroep verwerpt die vordering. In zijn cassatieberoep herhaalt de verzekeraar zijn argumentatie en betoogt hij dat de rechter in hoger beroep, door hierover anders te beslissen, de bepalingen van de wet van 9 juli 1975 en van haar uitvoeringsbesluit schendt.

Het Hof verwerpt dat middel, op grond dat het faalt naar recht. Het Hof herinnert aan de tekst van artikel 80, § 1, van de wet van 9 juli 1975 en aan de tekst van de artikelen 14 en 16 van het uitvoeringsbesluit van die wet, en beslist dat de benadeelde die gedekt is door een verzekering, krachtens die teksten voor de gedekte schade geen enkel verhaal op het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds heeft. Hierdoor kan de verzekeraar die in de rechten van het slachtoffer treedt, evenmin tegen het Fonds in rechte optreden.

§ 3. Intellectuele rechten

DE OPDRACHTGEVER VAN EEN MODEL IS NIET DE ONTWERPER ERVAN WANNEER DIT NIET DOOR HEM WORDT VERVAARDIGD OF VERHANDELD MAAR HEM VOOR EENMALIG GEBRUIK WORDT VERHUURD: ARREST VAN 7 FEBRUARI 2008 (C.05.0371.N) NA PREJUDICIËLE VRAGEN AAN HET BENELUX-GERECHTSHOF

Een designer, lid van een beheersvennootschap van auteursrechten, ontwierp jaarlijks voor een verdeler van elektrische huishoudapparaten een beursstand. Telkens factureerde hij hiervoor aan de verdeler een totale huurprijs.

Voor de deelname aan de beurs van 1999 deed de verdeler geen beroep meer op de designer. Hij gebruikte evenwel een beursstand die, naar de mening van de beheersvennootschap, sterk geleek op de eerdere ontwerpen van de designer.

De beheersvennootschap vordert in rechte een schadevergoeding op grond van een inbreuk op het auteursrecht. De verdeler houdt staande dat hij titularis van het auteursrecht is op grond van de artikelen 23 en 6.2 van de Benelux Tekeningen- of Modellenwet (BTMW). Volgens deze artikelen komt het auteursrecht toe aan degene die als ontwerper wordt beschouwd. De opdrachtgever wordt als ontwerper beschouwd indien de bestelling is gedaan “met het oog op een gebruik in de handel of nijverheid”. Niettegenstaande het model niet werd gedeponeerd, stelt het hof van beroep vast dat het ontwerp zowel auteursrechtelijke als modelrechtelijke bescherming kan genieten.

Voor het Hof wordt aangevoerd dat het feit dat de stand werd verhuurd voor eenmalig gebruik irrelevant is voor de toepassing van de genoemde artikelen van de BTMW, vermits de stand werd ontworpen met het oog op een gebruik in handel en nijverheid, zodat de opdrachtgever van zo'n model, dat is belichaamd in een voortbrengsel dat door de ontwerper voor eenmalig gebruik wordt verhuurd aan degene die de bestelling heeft gedaan, in toepassing van artikel 6.2 BTMW als ontwerper moet worden beschouwd.

Vermits het oordeel over deze zaak een interpretatie van de artikelen 23 en 6.2 BTMW vereist, stelde het Hof bij arrest van 1 juni 2006 twee prejudiciële vragen aan het Beneluxgerechtshof¹³. Uit het arrest van het Beneluxgerechtshof bleek onder meer dat voor de toepassing van artikel 6.2 niet vereist was dat de tekening of het model zou gedeponeerd zijn. Het Hof van Cassatie oordeelde vervolgens, aansluitend bij de antwoorden van het Beneluxgerechtshof, dat de opdrachtgever niet beschouwd wordt als de ontwerper van een tekening of model in de zin van artikel 6.2 BTMW, wanneer een model in opdracht wordt ontworpen, met het oog op gebruik in handel of nijverheid, zonder dat een voortbrengsel waarin dit model of deze tekening is belichaamd, het voorwerp is van verhandeling door de opdrachtgever. Een model dat is belichaamd in een voortbrengsel dat door de ontwerper wordt verhuurd voor eenmalig gebruik en niet is ontworpen met het oog op vervaardiging of verhandeling ervan door de opdrachtgever, moet niet

¹³ Jaarverslag van het Hof van Cassatie, 2006, p. 56-57.

beschouwd worden als een model ontworpen met het oog op gebruik in handel en nijverheid.

Het Hof oordeelt op die grond dat het middel dat ervan uitgaat dat de opdrachtgever in dit geval titularis is van de auteursrechten op grond van de artikelen 23 en 6.2 BTMW, faalt naar recht.

§ 4. Andere uitspraken in handelszaken

INDIEN DE DERDE-BESLAGENE EEN BUITENLANDSE RECHTSPERSOON IS DIE IN BELGIË EEN BIJKANTOOR HEEFT, KAN HIER TEN LANDE ONDER HET BIJKANTOOR BESLAG GELEGD WORDEN OP DE SCHULDVORDERINGEN DIE DE BESLAGENE HEEFT OP DIE BUITENLANDSE RECHTSPERSOON WEGENS DE ACTIVITEITEN VAN HET BIJKANTOOR: ARREST VAN 26 SEPTEMBER 2008 (C.07.0519.N)

De feiten die aanleiding gaven tot het arrest van 26 september 2008 kunnen als volgt worden samengevat. Een vennootschap had een schuldvordering op een Congolese electriciteitsmaatschappij en op de Democratische Republiek Congo. Deze schuldvordering vloeide voort uit twee buitenlandse arbitrale uitspraken die uitvoerbaar werden verklaard. De vennootschap heeft vervolgens op 14 januari 2004 ten laste van de Congolese electriciteitsmaatschappij en ten laste van de Democratische Republiek Congo beslag onder derden gelegd in handen van het Belgische bijkantoor van een Congolese vennootschap met hoofdzetel in Lubumbashi.

Op 28 januari 2004 legde die laatstgenoemde vennootschap een verklaring van derde-beslagene af. Zij verklaarde dat haar Brussels bureau geen schuldenaar was van de Democratische Republiek Congo of van de Congolese electriciteitsmaatschappij en dat de door haar verschuldigde gelden slechts in de Democratische Republiek Congo konden in beslag genomen worden, vermits zij aldaar gevestigd is.

Een Amerikaanse vennootschap heeft de betwiste schuldvordering op de Congolese electriciteitsmaatschappij en de Democratische republiek Congo overgenomen. Op 10 februari 2005 deed de instrumenterende gerechtsdeurwaarder op verzoek van deze Amerikaanse vennootschap een tegenaanzegging van het derdenbeslag aan de derde-beslagene, waarin de hoedanigheid van deze partij werd uiteengezet en waarin werd aangemaand tot afgifte van het bedrag van het beslag. De derde-beslagene is niet overgegaan tot afgifte, ondanks een tweede aanmaning op 21 februari 2005.

Het bestreden arrest oordeelt dat de derde-beslagene in Congo betrekkingen onderhoudt met de Congolese electriciteitsmaatschappij maar dat er geen contractuele relatie is tussen het Belgisch bijkantoor en de Congolese electriciteitsmaatschappij. Vermits de schuldvorderingen moeten worden gelokaliseerd in de woonplaats van de schuldenaar, te dezen Congo, kunnen deze vermogensbestanddelen die zich niet op Belgisch grondgebied bevinden niet door een Belgische beslagmaatregel worden getroffen. Bijgevolg roept de derde-beslagene volgens de appelrechters terecht in dat

haar Belgisch bijkantoor in de verklaring van derde-beslagene slechts de schulden moet opnemen die betrekking hebben op de activiteiten van het bijkantoor.

De Amerikaanse vennootschap kon geen genoegen nemen met deze zienswijze. In het eerste onderdeel van haar cassatiemiddel voert zij aan dat een schuldeiser beslag kan leggen op alle goederen van de schuldenaar, ongeacht waar deze zich bevinden. De bedragen die een derde verschuldigd is aan de schuldenaar, maken deel uit van het vermogen van de schuldenaar, zodat de schuldeiser op deze bedragen beslag kan leggen. De derde-beslagene moet in zijn verklaring bijgevolg melding maken van alle bedragen die hij aan de beslagen debiteur verschuldigd is, ook als de tegoeden van de beslagen schuldenaar zich in het buitenland bevinden. Dit is slechts anders, indien de Belgische vestiging en de buitenlandse vestiging van de derde-beslagene afzonderlijke rechtspersoonlijkheid genieten. De argumentatie die eiseres ontwikkelt in het tweede onderdeel van haar cassatiemiddel is gelijklopend. Uit dezelfde wetsbepalingen wordt afgeleid dat het beslag onder derden de onbeschikbaarheid tot gevolg heeft van alle schuldvorderingen die de beslagene heeft op de derde-beslagene, zonder dat de wet een onderscheid maakt tussen schuldvorderingen die zich in België of het buitenland bevinden. De appelrechters konden dan ook niet naar recht beslissen dat het beslag onder derden enkel kan gelegd worden in die staten, waar de beslagen schuldenaar, schuldeiser van de derde-beslagene, zelf de betaling van zijn schuldvordering kon eisen.

In zijn arrest van 26 september 2008 verwerpt het Hof echter deze argumentatie. Het Hof gaat eerst in op het tweede onderdeel van het cassatiemiddel. Krachtens het territorialiteitsbeginsel kan de Belgische rechter geen beslagmaatregel bevelen die betrekking heeft op een goed dat zich bevindt op het grondgebied van een vreemde Staat en kan een schuldeiser slechts een gerechtsdeurwaarder gelasten om beslag te leggen op de goederen van zijn debiteur die zich in België bevinden. Het Hof is van oordeel dat een schuldvordering gelokaliseerd is in de Staat waar de derde-beslagene zijn woonplaats heeft of, indien de derde-beslagene een rechtspersoon is, in de Staat waar hij zijn zetel of voornaamste vestiging heeft. Schuldvorderingen die verband houden met de activiteiten van een Belgisch bijkantoor van een buitenlandse vennootschap worden geacht zich in België te bevinden. Heeft de derde-beslagene zijn woonplaats in het buitenland of is hij aldaar gevestigd dan kan bijgevolg in België geen beslag onder derden gelegd worden op de schuldvorderingen van de beslagene op de derde-beslagene. Indien de derde-beslagene echter een buitenlandse rechtspersoon is die in België een bijkantoor heeft, kan hier te lande onder het bijkantoor beslag gelegd worden op de schuldvorderingen die de beslagene heeft op die buitenlandse rechtspersoon wegens de activiteiten van het bijkantoor. Dit beslag heeft uitsluitend de onbeschikbaarheid van deze schuldvorderingen tot gevolg en treft bijgevolg niet andere schuldvorderingen die de beslagene heeft op die buitenlandse rechtspersoon. De leer van het Hof sluit aan onder meer bij het arrest van de House of Lords *Eram Shipping Cy Ltd. v. Hong Kong and Shanghai Banking Corp.* (2003) UKHL 30.

Het onderdeel dat berust op de foutieve juridische onderstelling dat onder het Belgisch bijkantoor van een rechtspersoon, met zetel in het buitenland, beslag kan worden gelegd op alle bedragen die deze rechtspersoon aan de beslagene

verschuldigd is, zonder dat rekening moet worden gehouden met het feit of die bedragen al dan niet verband houden met de activiteiten van het Belgisch bureau faalt naar recht.

Ook het eerste onderdeel over de informatieplicht in de verklaring van derden-beslagene werd verworpen. Uit het antwoord op het tweede onderdeel blijkt dat een beslag onder een buitenlandse rechtspersoon, die in België een bureau heeft, slechts de bedragen treft die verband houden met de exploitatie van het bureau. In zijn verklaring moet de derde-beslagene slechts melding maken van de bedragen die voor een Belgische rechtbank zouden kunnen gevorderd worden. De appelrechters die vaststellen dat de beslagene in België geen betaling kon eisen van de derde-beslagene en oordeelt dat het Belgische bureau van de derde-beslagene slechts "haar schulden" moest opnemen, schendt de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet en bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek over het beslag onder derden niet.

AFDELING 3 - UITSPRAKEN IN FISCALE ZAKEN

§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep in fiscale zaken

A. EEN ADVOCaat KAN EEN CASSATIEBEROEP ONDERTEKENEN DAT RICHTIG IS TEGEN EEN BESLISSING VAN DE FISCALE RICHTER OVER EEN ONDERGESCHIKTE NIET-FISCALE VORDERING: ARREST VAN 17 JANUARI 2008 (F.06.0082.N) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THUIS

Het arrest spreekt zich uit over de draagwijdte van artikel 378 WIB (1992), dat bepaalt dat het verzoekschrift houdende voorziening in cassatie mag worden ondertekend door een advocaat, in afwijking van artikel 1080 Ger.W. dat de tussenkomst van een advocaat bij het Hof van Cassatie vereist.

De belastingplichtige heeft op grond van artikel 417 WIB (1992) aan de gewestelijk directeur vrijstelling van nalatigheidsinteressen gevraagd. De directeur wees de vraag af. De belastingplichtige eiser heeft daarop met toepassing van artikel 1385*decies* van het Gerechtelijk wetboek bij verzoekschrift op tegenspraak een vordering ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg bevoegd voor fiscale geschillen die ertoe strekte om de schorsing, vrijstelling of kwijtschelding van de gevorderde nalatigheidsinteressen boven een bepaald bedrag te verkrijgen, zoniet om een schadevergoeding te verkrijgen gelijk aan het bedrag van de, volgens deze partij, teveel aangerekende nalatigheidsinteressen. De fiscale rechter en de appelrechters verklaarden de vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk. De appelrechters oordelen dat de vordering tot schadevergoeding een hoofdvordering uitmaakt die niet ontvankelijk bij verzoekschrift op tegenspraak kan worden ingeleid.

De belastingplichtige stelt cassatieberoep in, waarbij diens verzoekschrift wordt ondertekend door een advocaat die geen advocaat bij het Hof van Cassatie is. De Belgische Staat werpt de niet-ontvankelijkheid van het eerste middel op omdat het cassatieberoep niet werd ondertekend door een advocaat bij het Hof van Cassatie.

Het Hof verklaart het cassatieberoep ontvankelijk. Het stelt vast dat het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing gewezen in een geschil dat werd ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg en waarin de belastingplichtige vorderingen instelde die zowel betrekking hadden op specifiek fiscaal materieel recht als op gewone civielrechtelijke materies. Het Hof stelt vast dat de vordering tot schadevergoeding, volgens het standpunt van de eiser, maar een subsidiaire vordering was, voor zover deze partij geen gelijk kreeg in verband met zijn aanvoeringen over de nalatigheidsinterest. Dergelijk cassatieberoep mag, volgens het Hof, worden ondertekend en neergelegd door een advocaat die geen advocaat is bij het Hof van Cassatie.

B. SLECHTS INDIEN HET CASSATIEBEROEP WORDT INGESTELD TEGEN EEN EINDBESLISSING DIE IS GEWEZEN OVER EEN GESCHIL DAT WERD BESLECHT DOOR EEN FISCALE RECHTER IS ER GEEN BIJSTAND DOOR EEN ADVOCaat BIJ HET HOF VAN CASSATIE VEREIST: ARREST VAN 12 DECEMBER 2008 (F.07.0035.N.), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THIJIS

Door de wetten van 15 maart en 23 maart 1999 werd de fiscale procedure ingrijpend hervormd. Krachtens artikel 569, 32°, van het Gerechtelijk Wetboek neemt de rechtbank van eerste aanleg voortaan kennis van geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet. Wat de territoriale bevoegdheid betreft bepaalt artikel 632, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek dat ieder geschil betreffende de toepassing van een belastingwet ter kennisneming staat van de rechter die zitting houdt ter zetel van het Hof van Beroep in wiens rechtsgebied het kantoor gelegen is waar de belasting is geïnd of moet worden geïnd of, indien het geschil geen verband houdt met de inning van de belasting, in wiens gebied de belastingdienst is gevestigd die de bestreden beschikking heeft getroffen. De Koning kan andere rechters in het rechtsgebied van het Hof van beroep aanwijzen, die kennis nemen van geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet en bepaalt het gebied waarbinnen de rechter territoriaal bevoegd is (artikel 632, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek). Er zijn thans gespecialiseerde fiscale kamers bij 12 rechtbanken van eerste aanleg.

De stad Oostende tekende cassatieberoep aan tegen een beslissing van de vrederechter van het eerste kanton te Oostende zonder beroep te doen op de bijstand van een advocaat bij het Hof van Cassatie. De vrederechter had de stad Oostende het recht ontzegd om een heffing op te leggen aan de NMBS, hoewel die heffing was voorzien in een gemeentelijke retributieverordening. De vrederechter oordeelde dat de litigieuze heffing geen retributie maar een belasting uitmaakte en besliste dat de NMBS op grond van artikel 14 van de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de NMBS diende vrijgesteld te worden van deze gemeentelijke belasting.

Het Hof brengt vooreerst de gemeenrechtelijke regel van artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek in herinnering. Krachtens die bepaling wordt het verzoekschrift tot cassatie zowel op het afschrift als op het origineel door een advocaat bij het Hof van Cassatie ondertekend.

Artikel 378 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) voorziet in een afwijking op die regel en bepaalt dat het verzoekschrift houdende voorziening in

cassatie en het antwoord op de voorziening door een advocaat mag ondertekend en neergelegd worden. Deze afwijking geldt krachtens de artikelen 11 en 12 van de wet van 24 december 1996 ook voor de vestiging en de invordering van de provincie-en gemeentebelastingen.

Het Hof beslist in zijn arrest van 12 december 2008 dat die afwijking enkel geldt indien een cassatieberoep wordt ingesteld tegen een eindbeslissing die is gewezen over een geschil dat werd beslecht door de fiscale rechter als bedoeld in de artikelen 569, 32°, en 632 van het Gerechtelijk Wetboek. Vermits het bestreden vonnis niet werd gewezen door de fiscale rechter maar door de vrederechter en het verzoekschrift tot cassatie niet werd ondertekend door een advocaat bij het Hof van Cassatie, besliste het Hof dat het door het O.M. opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid gegrond is.

In hoofdorde concludeerde het Openbaar Ministerie tot cassatie op grond van het tweede middel omdat de vrederechter uitspraak heeft gedaan over een fiscale betwisting, in strijd met artikel 569, 32° van het Gerechtelijk Wetboek, welke bepaling voorziet dat de rechtbank van eerste aanleg exclusief kennis neemt van de geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet.

§ 2. BTW

A. GEEN VRIJSTELLING WEGENS UITVOER VOOR LEVERINGEN AAN BELGISCHE AFNEMERS MET GESIMULEERDE UITVOER DOOR OF VOOR REKENING VAN DE VERKOPER - GEEN CAPITALISATIE VAN INTEREST BIJ TERUGBETALING VAN BTW-TEGOEDEN: ARREST VAN 14 FEBRUARI 2008 (F.05.0009.N) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THIJS

Het arrest verduidelijkt de voorwaarden voor de vrijstelling wegens uitvoer als bedoeld in artikel 39, § 1, 1° van het BTW-Wetboek. Dit artikel bepaalt dat de leveringen van goederen die door of voor rekening van de verkoper worden verzonden of vervoerd naar een plaats buiten de Gemeenschap, van belasting zijn vrijgesteld.

Een onderneming verkocht goederen aan Belgische afnemers, die opdracht gaven om de goederen te verzenden of vervoeren naar een plaats buiten de Gemeenschap. De vervoerkosten werden gefactureerd aan de verkoper, die ze doorfactureerde aan de Belgische afnemers. De verkoper maakte aanspraak op vrijstelling wegens uitvoer, maar die werd geweigerd door de administratie.

De verkoper voerde aan dat de appelrechters een voorwaarde toevoegen aan de wet door te eisen dat de derde verzender of vervoerder dient te handelen in opdracht van de verkoper en voor diens rekening. Volgens eiseres is het voldoende dat de derde verzender of vervoerder handelt voor rekening van de verkoper, ook al heeft hij de opdracht niet ontvangen van de verkoper.

Het Hof wijst deze visie af en stelt dat de termen “door of voor rekening van de verkoper” niet louter “op kosten van de verkoper” betekenen, maar tevens inhouden

dat de verzending of het vervoer uitgevoerd moeten worden door de verkoper of in zijn opdracht.

Het Hof spreekt zich eveneens uit over de verhouding tussen de bijzondere regels in het BTW-Wetboek over de verschuldigde moratoire interest en de gemeenrechtelijke regels ter zake.

Dezelfde onderneming vorderde op grond van artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek de kapitalisatie van de interesten die krachtens artikel 91, § 3, 1°, van het BTW-Wetboek verschuldigd waren op het laattijdig terugbetaalde BTW-tegoed.

Het Hof oordeelt dat uit het geheel van de wetsbepalingen vervat in de paragrafen 3 en 4 van artikel 91 van het BTW-Wetboek, blijkt dat de regelen met betrekking tot de moratoire interest in burgerlijke zaken niet van toepassing zijn op de terug te geven bedragen die bedoeld zijn in artikel 91, § 3, van dat wetboek en dat derhalve artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op de in voormeld artikel 91, § 3, bedoelde interest.

B. DE RECHTER KAN GEEN BETALINGSFACILITEITEN TOEKENNEN VOOR EEN BTW-SCHULD: ARREST VAN 24 APRIL 2008 (F.06.0042.N.)

Krachtens artikel 66, eerste lid, van de Wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 17 juli 1991, is elke rekenplichtige aansprakelijk voor de invordering van de kapitalen, inkomsten, rechten en belastingen, waarvan de inning hem werd toevertrouwd. Voor de hervorming van de fiscale procedure door de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen en de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken werd vrij algemeen aangenomen dat het openbare orde karakter van de invordering van de belastingen en artikel 66 Wetten op de Rijkscomptabiliteit zich ertegen verzetten dat de rechter betalingsfaciliteiten toestond voor een fiscale schuld.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van 24 april 2008 was de appelrechter van oordeel dat de eerste rechter, ingevolge de hervorming van de fiscale procedure, wel uitstel van betaling kon verlenen voor een belastingschuld. Hij zocht hiervoor steun in artikel 569, eerste lid, 32°, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 23 maart 1999, dat bepaalt dat de rechtbank van eerste aanleg kennis neemt van geschillen betreffende de toepassing van de belastingwet. Tot deze geschillen zou onder meer het toestaan van een uitstel van betaling voor een belastingschuld behoren, zodat de rechtbank van eerste aanleg dan ook rechtsmacht en bevoegdheid heeft om uitstel van betaling te verlenen voor een fiscale schuld. De appelrechter verwees in dit verband naar de parlementaire voorbereiding van de wetten van 15 en 23 maart 1999 waarin gezegd wordt dat de rechterlijke macht uitspraak doet over “het al dan niet toestaan van

uitstel van betaling of afbetaling van de belasting".¹⁴ Ook artikel 53 van het BTW-Wetboek zou zich niet verzetten tegen het gevraagde uitstel van betaling. Het uitstel van betaling heeft immers geen betrekking op de termijn waarbinnen de belasting moet worden betaald (deze is immers verstreken), maar wel op de modaliteiten volgens dewelke de niet-tijdig betaalde belasting geïnd wordt. Over deze modaliteiten beslist volgens de appelrechter in de eerste plaats de rekenplichtige ontvanger krachtens artikel 66 van de gecoördineerde Wetten op de Rijkscomptabiliteit en vervolgens de rechtbank krachtens artikel 569, eerste lid, 32°, van het Gerechtelijk Wetboek.

De Belgische Staat tekende cassatieberoep aan tegen deze beslissing. In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel voerde de Belgische Staat aan dat de rechter de dwingende betalingstermijnen voor een BTW-schuld niet kan opzijzeten via het toekennen van respijttermijnen aan de belastingplichtige nu er een wettelijke bepaling ontbreekt die de rechter hiervoor uitdrukkelijk bevoegd maakt.¹⁵ Ook artikel 569, eerste lid, 32°, van het Gerechtelijk Wetboek zou niet kunnen worden uitgelegd als een machtiging voor de rechtbank om betalingstermijnen inzake belastingen toe te staan. Zelfs na de invoering van deze bepaling in het Gerechtelijk Wetboek is het toestaan van betalingsfaciliteiten immers een exclusief prerogatief gebleven van de rekenplichtige en enkel hij is hiervoor verantwoording verschuldigd krachtens artikel 66 Gecoördineerde Wetten op de Rijkscomptabiliteit.

De rechter vermog in deze materie bijgevolg niet aan de administratie zijn appreciatievrijheid te ontnemen en in de plaats te treden van de rekenplichtige bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid op het vlak van de toekenning van respijttermijnen.

Het bestreden arrest werd door het Hof vernietigd. Het Hof benadrukt vooreerst dat de termijnen voor aangifte en betaling inzake belasting over de toegevoegde waarde, zoals het te dezen toepasselijke artikel 53 van het BTW-Wetboek die bepaalt, de openbare orde raken. Geen wettelijke bepaling verleent de rechter of de rekenplichtige ontvanger de bevoegdheid van deze termijnen af te wijken door bijkomende betalingstermijnen toe te staan voor vervallen BTW-schulden. Dit neemt echter niet weg dat de rekenplichtige de mogelijkheid heeft om op autonome wijze en op zijn verantwoordelijkheid de invordering en de vervolging te organiseren en om in die optiek in betalingsfaciliteiten te voorzien. Door aldus in betalingsfaciliteiten te voorzien kan de rekenplichtige hoe dan ook geen afbreuk doen aan de wettelijke betalingstermijnen. De betalingsfaciliteiten betreffen een

¹⁴ Zie M.v.T. bij het wetsontwerp betreffende de beslechting van fiscale geschillen en bij het wetsontwerp betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken, Kamer, Parl. St., 1997-98, nr. 1341/1 en 1342, p. 35

¹⁵ De dwingende betalingstermijn voor een BTW-schuld ligt vervat in artikel 53 BTW-Wetboek. Inzake BTW dienen de belastingplichtigen overeenkomstig artikel 53, 3° van het BTW-Wetboek iedere maand aangifte te doen van het bedrag van de in dit wetboek bedoelde handelingen die zij hebben verricht of die aan hen werden verstrekt, gedurende de vorige maand in het kader van hun economische activiteit, en van het bedrag van de opeisbare belasting, van de te verrichten aftrek en van de te verrichten herzieningen en dienen zij krachtens artikel 53,4°, de verschuldigd geworden belasting te voldoen binnen de termijn van indiening van de bij 3° voorgeschreven aangifte.

gedogen vanwege de rekenplichtige, waaraan de belastingplichtige geen enkel recht ontleent.

De bevoegdheid om op autonome wijze en op eigen verantwoordelijkheid de invordering en de vervolging te organiseren en om in die optiek in betalingsfaciliteiten te voorzien, komt volgens het Hof exclusief toe aan de rekenplichtige. De beslissing ter zake dringt zich op aan de rechter. De appelrechter, die ingaande tegen de beoordelingsvrijheid van de rekenplichtige en zijn belastingadministratie, betalingsfaciliteiten toekent met betrekking tot een BTW-schuld, schendt bijgevolg artikel 53 van het BTW-Wetboek.

C. BIJ DE TOETSING VAN EEN ADMINISTRATIEVE SANCTIE MET EEN REPRESSIEF KARAKTER HEEFT DE RECHTER DE VOLLE RECHTSMACHT EN KAN HIJ TOETSEN AAN HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL: ARREST VAN 12 DECEMBER 2008 (F.06.0111.N)

Krachtens artikel 70, §1, van het 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. Op grond van artikel 84 van dat 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. Een reglementair koninklijk besluit kan bijgevolg het boetetarief aanpassen en verfijnen in functie van de aard van de overtreding. De bij koninklijk besluit vastgelegde schalen voor vermindering van de proportionele fiscale geldboeten zijn echter niet van toepassing ten aanzien van de overtredingen begaan met het oogmerk de belasting te ontduiken of de ontduiking ervan mogelijk te maken (artikel 1, laatste lid van het koninklijk besluit nr. 41 van 30 januari 1987 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten).

Een vennootschap tekende verzet aan tegen het door de BTW-administratie uitgevaardigde dwangbevel, waarbij 2.115.275 BEF BTW werd gevorderd en een geldboete van 200 procent, hetzij 4.230.000 BEF, meer de intresten. In het proces-verbaal dat bij het dwangbevel was gevoegd, wordt uitdrukkelijk gesteld dat op grond van artikel 1, laatste lid, van het K.B. nr. 41 van 30 januari 1987 geen vermindering van de administratieve geldboete wordt toegestaan omdat de overtredingen werden begaan met het oogmerk de belasting te ontduiken of de ontduiking ervan mogelijk te maken.

Het verzet van de vennootschap tegen het dwangbevel werd door de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen afgewezen. Ook de appelrechters gingen niet in op de vraag van de vennootschap om de geldboete te verminderen tot 10 procent.

De vennootschap kon hiermee geen genoegen nemen en tekende cassatieberoep aan. Aan de appelrechters wordt verweten dat zij het toetsingsrecht van de rechter bij administratieve geldboeten met een repressief karakter te beperkt hebben ingevuld. De vennootschap voert meer bepaald aan dat dit toetsingsrecht ook inhoudt dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige om loutere redenen van

opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden en verminderen.

Het vertrekpunt van de argumentatie van de vennootschap is artikel 84, tweede lid BTW-Wetboek. Deze wetsbepaling laat toe dat de Minister van Financiën of het bestuur met de belastingschuldigen dadingen treft, voor zover deze niet leiden tot vrijstelling of vermindering van belasting. Derhalve mag en moet de rechter alles toetsen wat in de mogelijkheid ligt van het bestuur, waaronder het matigen van de sanctie bij het aannemen van verzachtende omstandigheden. Het ontzeggen van deze bevoegdheid aan de rechter heeft tot gevolg dat, wanneer geen transactie aan de belastingschuldige wordt voorgesteld of deze door hem geweigerd wordt, de belastingschuldige nooit een rechter zal kunnen laten oordelen of er verzachtende omstandigheden bestaan die verantwoorden dat een geldboete wordt beperkt tot onder het bij de wet vastgestelde bedrag, welke mogelijkheid het bestuur wel heeft als zij middels een dading, die boete vermindert beneden het wettelijk minimum van 200 procent wegens verzachtende omstandigheden.

Hieruit leidt de vennootschap af dat de artikelen 70, §1 en 84, tweede lid, van het BTW-Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6.1. van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, schenden indien het de rechter niet toegelaten zou zijn om op grond van verzachtende omstandigheden de bij de wet bepaalde boete te herleiden.

Het bestreden arrest zou bijgevolg onwettig oordelen dat er geen reden is om de administratieve boete te verminderen, terwijl de rechter - net zoals het bestuur bij het aangaan van gebeurlijke dadingen houdende vermindering van de boete wegens verzachtende omstandigheden – redenen van loutere opportuniteit of billijkheid in aanmerking kan nemen.

Er anders over oordelen zou leiden tot een miskennis van artikel 6.1 EVRM hetwelk een toetsing met volle rechtsmacht vereist, waarin begrepen de matiging van de sanctie in aanwezigheid van verzachtende omstandigheden en tot een miskennis van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, door een onverantwoord verschil te maken tussen belastingschuldigen die een transactie sluiten om een mildere sanctie te bekomen in aanwezigheid van verzachtende omstandigheden en belastingschuldigen die dat niet doen en als gevolg daarvan de mogelijkheid op matiging van de sanctie in aanwezigheid van verzachtende omstandigheden verliezen.

In dit verband vroeg de vennootschap dat het Hof de volgende prejudiciële vraag zou stellen aan het Grondwettelijk Hof: “Schenden de artikelen 70, §1 en 84 van het BTW-Wetboek en artikel 1, laatste lid van het K.B. nr. 41 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten op het stuk van de belasting over de toegevoegde waarde, zoals gewijzigd door het K.B. van 21 oktober 1993, de artikelen 10 en 11 van de Gecoördineerde Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 EVRM in de mate dat deze artikelen het niet toelaten aan de rechter die te oordelen heeft over een door het bestuur opgelegde geldboete met repressief karakter in de zin van artikel 6.1 EVRM, met toepassing van verzachtende

omstandigheden de opgelegde geldboete te matigen beneden het wettelijk minimum van het dubbele van de ontdoken belasting, terwijl artikel 84, tweede lid, BTW-Wetboek aan de Minister van Financiën en dus het bestuur de mogelijkheid biedt middels een dading de geldboete te matigen beneden het wettelijk minimum van 200 procent in aanwezigheid van verzachtende omstandigheden?”

Het cassatieberoep van de vennootschap wordt verworpen. Het arrest brengt in zijn arrest van 12 december 2008 de vaste rechtspraak van het Hof in herinnering over de rechtsmacht van de rechter bij toetsing van administratieve sancties.¹⁶ De rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie met een repressief karakter te toetsen, heeft de volle rechtsmacht om na te gaan of die beslissing in feite en in rechte verantwoord is en of zij alle beginselen naleeft die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel.¹⁷ Er is aldus geen grond om ter zake een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

Het Hof oordeelt dat de appelrechters onaantastbaar in feite oordelen dat het gebruik door de belastingplichtige van een willekeurige naam op uitgaande facturen met het oogmerk om de belasting te ontduiken, mag beschouwd worden als een zware inbreuk. De appelrechters overwegen vervolgens dat rekening houdend met de ernst van de overtreding, het feit dat nog geen andere sanctie aan de eiseres werd opgelegd en de wijze waarop in andere gevallen werd geoordeeld, de eerste rechter terecht heeft geoordeeld dat er geen reden is om de administratieve boete te verminderen. Deze redenen houden, aldus het arrest van 12 december 2008, een volle beoordeling in, zowel in feite als in rechte en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, van de opgelegde administratieve sanctie.

De door de belastingplichtige aangevoerde schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet berust volgens het Hof op een onjuiste premisse. Anders dan het middel aanvoert, kan de belastingschuldige, zelfs wanneer het bestuur hem geen dading voorstelt of wanneer hij een dading weigert, door de rechter laten nagaan of er omstandigheden bestaan die verantwoorden dat de administratieve geldboete wordt verminderd tot onder het door wet bepaalde tarief. Er bestaat dan ook volgens het Hof geen aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag.

¹⁶ Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof bekijken de problematiek vanuit een andere invalshoek, zie GwH 15 mei 2008, nr. 78/2008.

¹⁷ Zie o.m. Cass. 16 februari 2007, C.04.0390.N.; Cass. 16 februari 2007, F.06.0032.N.; Cass. 16 februari 2007, F.05.0015.N.; Cass. 21 januari 2005, C.02.0572.N., nr. 43, met conclusie van advocaat-generaal D. Thijs: het toetsingsrecht houdt volgens het Hof niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen.

§ 3. Inkomstenbelasting

A. EEN DWANGBEVEL OF BEVEL TOT BETALEN DAT WORDT BETEKEND VOOR EEN BETWISTE BELASTINGSSCHULD IS EEN GELDIGE VERJARINGSTUITENDE AKTE: ARREST VAN 17 JANUARI 2008 (F.07.0057.N.)

Krachtens artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, vóór de wijziging door de Programmawet van 9 juli 2004, wordt de verjaring gestuit door een dagvaarding voor het gerecht, een bevel tot betaling of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen. Met betrekking tot het fiscaal dwangbevel (bevel tot betalen) bepaalt artikel 149, eerste lid, van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) dat de ontvanger, ingeval een belastingschuldige zijn belastingen niet heeft gekweten binnen de termijnen van artikel 413, hem een dwangbevel doet betekenen tot betaling binnen 24 uren, op straffe van tenuitvoerlegging door beslag. Het dwangbevel bedoeld in het KB/WIB 1992 beveelt de belastingschuldige derhalve om binnen vierentwintig uren te betalen op straffe van tenuitvoerlegging door beslag.

Artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004, dat werd opgenomen onder Hoofdstuk XII met als opschrift “Interpretatie van de toepassing van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, op het vlak van de inkomstenbelastingen”, bepaalt thans dat niettegenstaande het dwangbevel de eerste akte van de rechtstreekse vervolgingen is in de zin van de artikelen 148 en 149 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992), het dwangbevel ook moet geïnterpreteerd worden als een verjaringstuitende akte in de zin van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, zelfs indien de betwiste belastingschuld geen zeker en vaststaand karakter heeft. De lagere rechtspraak gaf geen eenduidig antwoord op de vraag of dit wetgevend ingrijpen ook effect heeft ten aanzien van de belastingschulden waarvan de ontvanger de verjaring niet heeft willen stuiten met de betekening van klassiek dwangbevel (om te betalen binnen 24 uur), maar met het zogenaamde “verjaringstuitend bevel tot betalen”.

In zijn arrest van 17 januari 2008 doet het Hof uitspraak over de precieze draagwijdte van artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004.

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest kunnen als volgt worden samengevat. Op 5 december 1994 ging de fiscus over tot de inkohiering van een aanvullende aanslag in de personenbelasting. De belastingplichtigen dienden een bezwaarschrift in op 28 april 1995. Ingevolge dit bezwaar werd het onbetwistbaar verschuldigd gedeelte bepaald op nul. Om de verjaring te stuiten liet de fiscus een dwangbevel betekenen op 16 mei 1995 en op 21 maart 2000. Het bezwaar en het daaropvolgend fiscaal verhaal van de belastingplichtigen werd ongegrond verklaard, zodat de fiscus wou overgaan tot de invordering van de belastingschuld. Bij vonnis van 10 maart 2004 verklaarde de beslagrechter de belasting echter verjaard, omdat de opeenvolgende dwangbevelen naar zijn oordeel nietig waren. In hoger beroep oordeelden de appelrechters echter dat beide dwangbevelen op grond van artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 stuitende werking hadden, zodat de belastingschuld niet verjaard was.

De belastingplichtigen konden hier geen genoegen mee nemen en tekenden cassatieberoep aan. Zij argumenteerden dat artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 blijkens zijn inhoud enkel van toepassing is op het fiscaal dwangbevel bedoeld in artikel 149 KB/WIB 1992. Bijgevolg is die wetsbepaling niet van toepassing op het op 21 maart 2000 betekende “verjaringstuitend dwangbevel” dat geen dwangbevel is ondanks zijn benaming. Het bijzonder verjaringstuitend dwangbevel onderscheidt zich immers van het dwangbevel bedoeld in artikel 149 KB/WIB 1992 omdat het uitdrukkelijk vermeldt dat het bevel de tenuitvoerlegging niet inleidt en slechts een bevel tot betalen geeft voor het betalen van het bedrag dat verschuldigd is na de definitieve beslechting van het geschil.

Het Hof brengt in zijn arrest van 17 januari 2008 vooreerst de wetsbepalingen in herinnering die vóór de wijziging door de Programmawet van 9 juli 2004 tot gevolg hadden dat de ontvanger geen middelen van tenuitvoerlegging kon aanwenden om een betwiste belastingschuld in te vorderen.

Luidens het toepasselijk artikel 410 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) kan de belasting slechts door middelen van tenuitvoerlegging worden ingevorderd, voor zover zij overeenstemt met het bedrag van de aangegeven inkomsten of, wanneer zij ambtshalve werd gevestigd bij niet-aangifte, voor zover zij niet meer bedraagt dan de laatste belasting welke, voor een vorig aanslagjaar, definitief gevestigd werd ten laste van een belastingschuldige. Hieruit leidt het Hof af dat slechts het daarin omschreven onbetwistbaar verschuldigde gedeelte van de ingekohierde belastingschuld door alle middelen van tenuitvoerlegging kan worden ingevorderd. Indien het onmiddellijk verschuldigd gedeelte 0 EUR bedraagt of betaald is, is de tenuitvoerlegging dus niet mogelijk. Het betekenen van een dwangbevel maakt reeds deel uit de fase van de tenuitvoerlegging. Uit artikel 149, eerste lid, van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) blijkt immers dat inzake belastingen het dwangbevel een middel van tenuitvoerlegging is dat voor zijn geldigheid een uitvoerbare titel veronderstelt en een uitvoerbare beslagmaatregel voorafgaat. Er kunnen bijgevolg geen middelen van tenuitvoerlegging worden aangewend om het met een bezwaar of beroep bestreden gedeelte van de ingekohierde belastingschuld in te vorderen. Het Hof verwijst in het arrest van 17 januari 2008 dan ook uitdrukkelijk naar de leer van zijn arresten van 10 oktober 2002 en 21 februari 2003.¹⁸ In die arresten werd beslist dat een betalingsbevel betekend voor een aldus betwiste belastingschuld niet geldig kan zijn en geen stuitende werking heeft.

Die rechtspraak van het Hof had echter nadelige gevolgen voor de invordering van de belastingschulden omdat ze duidelijk maakte dat de zogenaamde “verjaringstuitende bevelen tot betaling” de verjaring niet konden stuiten en omdat de ontvanger geen alternatieve methode had om de verjaring te stuiten zonder de

¹⁸ Cass. 10 oktober 2002, C.01.0067.N., *A.C.* en *Pas.* 2002, nr. 526, met grotendeels gelijklopende conclusie van advocaat-generaal A. HENKES en Cass. 21 februari 2003, *A.C.* en *Pas.* 2003, nr. 124, met andersluidende conclusie van advocaat-generaal D. THIJS.

medewerking van de belastingplichtige. Door de goedkeuring van artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 wou de wetgever hieraan verhelpen.

In zijn arrest van 17 januari 2008 houdt het Hof rekening met de ratio legis van artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004. Uit die wetsbepaling volgt, aldus het Hof, dat een dwangbevel of bevel tot betalen dat wordt betekend voor een betwiste belastingschuld en bijgevolg geen bevel kan inhouden om de belastingschuld te betalen binnen 24 uren, niettemin een geldige verjaringstuitende akte uitmaakt, zelfs als er geen onbetwistbaar verschuldigd gedeelte is als bedoeld in artikel 410 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992). De omstandigheid dat de betekening ervan gebeurt (louter) met het oog op het stuiten van de verjaring, doet hieraan geen afbreuk.

Het Hof oordeelt tevens dat artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 geen interpretatieve wetsbepaling is, maar wel terugwerkende kracht heeft.¹⁹ Een interpretatieve wetsbepaling is volgens het Hof een wet die betreffende een punt waar de rechtsregel onzeker of betwist is, een oplossing geeft die door de rechtspraak had kunnen worden aangenomen. Een interpretatieve wet kan echter de geïnterpreteerde wet evenwel onmogelijk wijzigen, opheffen of aanvullen. Ze kan tevens niet aan een begrip met een algemene draagwijdte een verschillende betekenis geven naar gelang van de materie waarin het wordt toegepast. Artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 doet dit echter wel en verleent aan het begrip “bevel tot betalen” in artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek een verschillende betekenis door inzake inkomstenbelastingen het begrip bevel tot betalen zo uit te leggen dat ook betwiste belastingschulden die geen zeker en vaststaand karakter hebben, het voorwerp kunnen uitmaken van een bevel tot betalen dat verjaringstuitende werking heeft. Hoewel artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 geen interpretatieve wetsbepaling is, moet deze nieuwe bepaling echter wel door de rechter met terugwerkende kracht worden toegepast overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Uit de parlementaire voorbereiding van deze wetsbepaling blijkt immers duidelijk dat bij de wetgever de zekere bedoeling voorzat om door middel van een maatregel met terugwerkende kracht de rechten van de Schatkist te vrijwaren in de nog hangende procedures waarin de betwiste belasting op grond van het door het Hof ingenomen standpunt, dreigde te verjaren of waarin de verjaring reeds was ingetreden. De zogenaamde “verjaringsstuitende dwangbevelen” die onder de oude wetgeving ongeldig waren, stuiten op grond van artikel 49 Programmawet van 9 juli 2004 dus toch de verjaring.

Het cassatiemiddel dat uitgaat van de foutieve juridische veronderstelling dat artikel 49 van de Programmawet van 9 juli 2004 uitsluitend stuitende werking toekent aan een bevel tot betalen dat de belastingschuldige beveelt om binnen 24 uur te betalen, op straffe van tenuitvoerlegging door beslag, faalt bijgevolg naar recht.

¹⁹ Deze zienswijze sluit aan bij de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie Grondwettelijk Hof, nr. 177/2005, 7 december 2005 en Grondwettelijk Hof nr. 20/2006, 1 februari 2006.

B. INZAKE INKOMSTENBELASTINGEN ONTSTAAT DE BELASTINGSSCHULD DEFINITIEF OP DE DATUM VAN AFSLUITING VAN DE PERIODE WAARIN DE INKOMSTEN VERWORVEN ZIJN DIE DE BELASTINGBASIS UITMAKEN: ARREST VAN 14 MAART 2008 (F.07.0067.F), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL A. HENKES

Op 23 februari 2001 keurt de stad Lessen een belastingverordening goed die, overeenkomstig artikel 465 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, het bedrag vaststelt van de aanvullende gemeentebelastingen op de personenbelasting, die van toepassing zijn voor het aanslagjaar 2001. Die opcentiemen, die betrekking hebben op het aanslagjaar 2001, worden dus berekend op de inkomsten die de belastingplichtigen in 2000 hadden verkregen.

Voor het Hof van Beroep te Bergen houdt een belastingplichtige staande dat de stad Lessen, door op 23 februari 2001 die belastingen vast te leggen die slaan op de inkomsten van 2000, terugwerkende kracht heeft verleend aan haar belastingverordening. Daar artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek retroactiviteit verbiedt, leidt hij daaruit af dat de verordening onwettig is.

Het Hof van Beroep te Bergen vernietigt de litigieuze aanslagen. Het is van oordeel dat, inzake inkomstenbelastingen, de schuldvordering van de fiscus definitief ontstaat op het einde van het belastbare tijdperk en niet op het einde van het aanslagjaar, zodat een wijziging, in de loop van het aanslagjaar, van de regels om de belasting te berekenen een retroactieve werking zou hebben.

De stad Lessen houdt in haar cassatieberoep staande dat er, uit het oogpunt van de belastingwet, geen onherroepelijk vastgestelde toestand bestaat zolang het aanslagjaar niet is afgesloten en, bijgevolg, dat de regels die de omvang van de belasting bepalen, vastgesteld kunnen worden in de loop van het aanslagjaar zonder dat er sprake is van retroactiviteit

Het Hof verwerpt het cassatieberoep. Het neemt afstand van sommige van zijn arresten en, om weer aan te knopen bij een oudere rechtspraak, beslist het Hof dat “inzake inkomstenbelastingen, de belastingschuld definitief ontstaat op de datum van afsluiting van de periode waarin de inkomsten verworven zijn die de belastingsbasis uitmaken”.

Dat arrest berust op een strikte toepassing van de grondwetsregels betreffende de wettigheid en de annaliteit van de belasting. De aanslagregeling maakt een onderscheid tussen de periode waarvoor de belasting verschuldigd is en het tijdstip waarop de belastingschuld definitief ontstaat, namelijk dat waarop zij vaststaand, zeker en opeisbaar is geworden. Het is van aanzienlijk belang voor de vaststelling van de heffing, meer bepaald wanneer dit gebeurt op grond van een door de organieke wetten aan de Koning verleende machtiging om het belastbare feit op retroactieve wijze vast te stellen.

Uit dat arrest volgt tevens dat de definitie die het Hof geeft van de terugwerkende kracht inzake inkomstenbelastingen nu samenvalt met de opvatting die het Grondwettelijk Hof ervan heeft.

C. DE ANTERIORITEITSVOORWAARDE VOOR DE PAULIAANSE VORDERING IN GEVAL VAN HOOFDELIJKE GEHOUDENHEID OP GROND VAN ARTIKEL 458 WIB 1992: ARREST VAN 20 MAART 2008 (F.07.0027.N) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THUIS

Na de verkoop van zijn woning op 26 juli 1993 aan zijn dochter en schoonzoon, wordt een zaakvoerder op 14 oktober 1994 correctioneel veroordeeld wegens inbreuken op de artikelen 449 tot 452 WIB 1992, bestaande in het opnemen van fictieve facturen in de boekhouding van een vennootschap. De veroordeling betreft strafbare feiten gepleegd van 7 februari 1988 tot 4 maart 1993. Door de veroordeling is de zaakvoerder op grond van artikel 458 WIB 1992 hoofdelijk gehouden tot betaling van de door het misdrijf ontdoken belasting.

In mei 1995 vecht de belastingontvanger de verkoop van de woning aan met een Pauliaanse vordering. De vordering wordt afgewezen. De appelrechters oordelen dat niet is voldaan aan de anterioriteitsvoorwaarde en dat de uitzondering op de anterioriteitsvoorwaarde die geldt ingeval de schuldenaar het oogmerk heeft om toekomstige schuldeisers te benadelen, niet van toepassing is omdat de eerste verweerder ook de bedoeling had om tegemoet te komen aan de wens van zijn dochter om de woning aan te kopen.

Het Hof casseert het bestreden arrest. Het beslist dat aan de anterioriteitsvoorwaarde is voldaan indien de grondslag van de schuldvordering bestaat op het ogenblik van de aangevochten handeling, zonder dat vereist is dat die schuldvordering op dat ogenblik opeisbaar is, vaststaand is of door de rechter erkend. Hoewel de hoofdelijke gehoudenheid tot betaling van de ontdoken belasting het wettelijke gevolg is van de strafrechtelijke veroordeling, berust de grondslag van de gehoudenheid in het plegen van de fiscale misdrijven die tot de veroordeling hebben geleid. De appelrechters hebben dan ook ten onrechte beslist dat de schuld van de zaakvoerder jegens de belastingadministratie slechts is ontstaan ten gevolge van de strafrechtelijke veroordeling op 14 oktober 1994 en dus op een later tijdstip dan waarop de verkoop van de woning gebeurde.

D. VANAF 1 JANUARI 2009 MOET, IN HET GEVAL VAN DE IN ARTIKEL 1798 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK BEDOELDE RECHTSTREEKSE VORDERING, DE OPDRACHTGEVER DIE AAN DE ONDERAANNEMERS DE BEDRAGEN BETAALT DIE VERSCHULDIGD ZIJN AAN EEN NIET-GEREGISTREERDE HOOFDAANNEMER, 15 PCT. VAN DE BETAALDE BEDRAGEN INHOUDEN EN AAN DE FISCUS STORTEN: ARREST VAN 13 JUNI 2008 (F.06.0130.F)

Een aannemer gaat failliet. Er werd hem een door het Waalse Gewest georganiseerde overheidsopdracht gegund. Naar aanleiding van het faillissement vorderen verscheidene onderaannemers van het Waalse Gewest, op grond van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, de betaling van de prestaties die zij hebben geleverd. De Belgische Staat komt vrijwillig tussen in de zaak om te vorderen dat het Gewest wordt veroordeeld om, op de te betalen bedragen, 15 pct. in te houden overeenkomstig het bepaalde in artikel 402, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992), dat van kracht was toen de Staat in de zaak

tussenkwam. De Staat is immers van oordeel dat op de betalingen die het Gewest eventueel aan de onderaannemers moet doen, een inhouding moet gebeuren, aangezien de registratie van de failliete hoofdaannemer was geschrapt.

Het Hof van Beroep te Bergen verwerpt de vordering van de Staat. Het is van oordeel dat “de vraag van de registratie dus rijst voor elk van de onderaannemers die rechtstreeks van de opdrachtgever een betaling kunnen ontvangen, veeleer dan voor de hoofdaannemer, via wiens vermogen die bedragen niet moeten passeren”.

Het Hof van Beroep te Bergen baseert zijn beslissing nochtans op artikel 402, tweede lid, W.I.B. (1992), zoals het bestond vóór de wijziging ervan bij het koninklijk besluit van 26 december 1998.

Op het ogenblik dat het uitspraak deed, had het koninklijk besluit van 26 december 1998 echter de artikelen 402 e.v. gewijzigd. De verplichting de inhouding te doen wordt voortaan vermeld in artikel 403 van het Wetboek, terwijl artikel 408 uitdrukkelijk vermeldt dat de uitoefening door een onderaannemer van zijn rechtstreekse vordering de toepassing van artikel 403 niet belet.

Het cassatieberoep van de Staat verwijt het arrest van het hof van beroep het oud artikel 402, tweede lid, te hebben toegepast, hoewel het niet langer mocht worden toegepast op de toekomstige betalingen, die voortaan vallen onder de artikelen 403 en 408 W.I.B. (1992).

Het Hof is het eens met die zienswijze. Na te hebben vastgesteld dat de artikelen 403 en 408 W.I.B. (1992), zoals ze gewijzigd zijn bij het koninklijk besluit van 26 december 1998, in werking getreden zijn op 1 januari 1999, beslist het Hof dat het arrest, doordat het geen toepassing maakt van die teksten, de bepalingen van het W.I.B. (1992) schendt.

E. WANNEER DE OVERDRACHT VAN EEN HANDELSZAAK MEERWAARDEN AAN HET LICHT BRENGT IN DE ZIN VAN ARTIKEL 28 VAN HET WETBOEK VAN DE INKOMSTENBELASTINGEN HEEFT DE ADMINISTRATIE HET RECHT ZE TE BELASTEN VOOR HET AANSLAGJAAR TIJDENS HETWELK DE OVERDRACHT IS GESLOTEN: ARREST VAN 13 JUNI 2008 (F.06.0095.F)

Het geschil betreft de belasting van een meerwaarde die door een belastingplichtige tot stand was gebracht bij de stopzetting van zijn activiteit. Bij een onderhandse akte heeft hij zijn handelszaak op 9 december 1992 overgedragen. De vraag die het geschil doet rijzen is of de meerwaarde, die belastbaar is krachtens artikel 28 W.I.B., moet worden aangegeven met de inkomsten van het jaar 1992 of met die van het jaar 1993, gelet op het feit dat de handelsactiviteit pas in het begin van 1993 daadwerkelijk is stopgezet.

Het bestreden arrest oordeelt dat de meerwaarde moet worden aangegeven met de inkomsten van het jaar 1992. In zijn cassatieberoep houdt de belastingplichtige met name staande dat die oplossing voornoemd artikel 28 schendt, aangezien, krachtens die tekst de meerwaarde pas belastbaar is op het tijdstip van de volledige stopzetting

van de activiteit, ook al vloeit zij voort uit een handeling die enigszins vóór die stopzetting tot stand kwam.

Het Hof verwerpt het middel, daar het naar recht faalt. Het Hof is van oordeel dat, wanneer de overdracht van een handelszaak meerwaarden aan het licht brengt in de zin van artikel 28 W.I.B., de administratie het recht heeft ze te belasten voor het jaar tijdens hetwelk de overdracht is gesloten. Het mogelijke tijdsverloop tussen de overdracht en de stopzetting van de exploitatie sluit niet uit dat de meerwaarde is verkregen of vastgesteld uit hoofde of naar aanleiding van die stopzetting in de zin van voornoemd artikel 28.

§ 4. Gemeentebelasting

A. GEMEENTEBELASTING KAN NIET WORDEN GEVESTIGD TEN NAME VAN EEN TIJDELIJKE HANDELSVERENIGING: ARREST VAN 14 FEBRUARI 2008 (F.07.0058.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. THUIS

Een tijdelijke handelsvereniging vroeg en kreeg van de Stad Oostende een bouwvergunning voor het optrekken van een appartementsgebouw. Omdat een aantal in de bouwvergunning voorziene parkeerplaatsen niet werden aangelegd, heeft de Stad Oostende ten name van de tijdelijke handelsvereniging een aanslag in de gemeentebelasting ingekohierd.

De deelgenoten van de tijdelijke handelsvereniging wierpen de nietigheid van de aanslag op omdat deze ten name van een niet-rechtspersoon werd gevestigd. Hun vordering werd in eerste aanleg en in hoger beroep gegrond verklaard.

De stad Oostende voert in zijn cassatieberoep aan dat de appelrechters artikel 2 van het gemeentelijk belastingreglement op het ontbreken van parkeerruimten hebben geschonden en artikel 175 van de gecoördineerde wetten op de handelsverenigingen, dat bepaalt dat de deelgenoten hoofdelijk gehouden zijn jegens de derden met wie zij gehandeld hebben. Vermits artikel 2 van het belastingreglement de houder van de bouwvergunning als belastingplichtige aanwijst en binnen het kader van het Vlaamse Decreet Ruimtelijke ordening, volgens de Stad, algemeen wordt aanvaard dat ook een tijdelijke handelsvereniging een bouwvergunning kan aanvragen en krijgen, kan de gemeentebelasting ten name van de tijdelijke handelsvereniging worden gevestigd.

Het Hof verwerpt het cassatieberoep, in het verlengde van een arrest van 17 juni 1946. Tenzij een wettelijke bepaling het tegendeel bepaalt, kan een aanslag in de gemeentebelasting niet worden gevestigd ten name van een tijdelijke handelsvereniging die geen rechtspersoon is. Dergelijke vereniging kan, behalve wanneer de wet dit ondanks het gebrek aan rechtspersoonlijkheid toestaat, geen belastingschuldige zijn.

De aanslag die uitsluitend ten name van een tijdelijke handelsvereniging is gevestigd, is nietig en kan niet als uitvoerbare titel gelden voor tenuitvoerlegging tegen de vennoten.

B. HET DOOR OF KRACHTENS DE WET GEORGANISEERDE ADMINISTRATIEF BEROEP IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1385UNDECIES VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK IS INZAKE GEMEENTEBELASTINGEN HET BEZWAARSCHRIFT DAT TEGEN DE OP NAAM VAN DE BELASTINGPLICHTIGE INGEKOHIERDE BELASTING INGEDIEND WORDT BIJ HET SCHEPENCOLLEGE: ARREST VAN 30 MEI 2008 (F.06.0110.F)

Een Nederlandse vennootschap exploiteert een golfterrein te Nijvel en valt onder de toepassing van een gemeenteverordening tot invoering van een belasting op dat type infrastructuur. Zij ontvangt op 15 december 1999 een aanslagbiljet waarin het voor het aanslagjaar 1999 verschuldigde bedrag wordt vastgesteld.

Die vennootschap dient bij het college van burgemeester en schepenen een bezwaarschrift in tot nietigverklaring van de belastingverordening. Het college van burgemeester en schepenen oordeelt dat het beroep gericht is tegen de belastingverordening als zodanig en niet tegen de op naam van de belastingplichtige ingekohierde belasting. Op grond daarvan beslist het dat het beroep niet ontvankelijk is. Het staat immers niet aan het college om uitspraak te doen over een vordering tot nietigverklaring van een gemeenteverordening, ook al is het een belastingverordening.

Het beroep van de belastingplichtige tegen die beslissing wordt door het hof van beroep niet ontvankelijk verklaard. De appelrechter maakt toepassing van artikel 1385undecies van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk de rechtscolleges enkel kennis kunnen nemen van een geschil betreffende de toepassing van een belastingwet als de belastingplichtige voorafgaandelijk alle hem ter beschikking staande administratieve beroepen heeft ingesteld. Na te hebben vastgesteld dat het bezwaarschrift bij het schepencollege niet wordt ingediend tegen de op naam van de belastingplichtige ingekohierde belasting, maar wel tegen de belastingverordening, beslist het hof van beroep dat de voorwaarde van het bovenvermelde artikel 1385undecies niet is vervuld.

Het Hof verwerpt het cassatieberoep van de belastingplichtige. Na eraan te hebben herinnerd dat het door of krachtens de wet georganiseerde administratief beroep in de zin van het bovenvermelde artikel 1385undecies inzake gemeentebelastingen het bezwaarschrift is dat tegen de op naam van de belastingplichtige ingekohierde belasting ingediend wordt bij het schepencollege, beslist het Hof dat het hof van beroep dat, aangezien het heeft vastgesteld dat er geen bezwaarschrift is ingediend tegen de op naam van de belastingplichtige ingekohierde belasting, zijn beslissing naar recht verantwoordt.

§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep in strafzaken

A. ONTVANKELIJKHEID VAN HET ONMIDDELIJK CASSATIEBEROEP TEGEN HET ARREST DAT UITSPRAAK DOET OVER HET HOGER BEROEP TEGEN EEN BESCHIKKING VAN VERWIJZING: ARREST VAN 25 JUNI 2008 (P.07.1364.F)

De raadkamer verwijst een inverdenkinggestelde, na aanneming van verzachtende omstandigheden, naar de correctionele rechtbank wegens met name opzettelijke slagen en verwondingen met voorbedachten rade die de dood tot gevolg hadden, zonder het oogmerk te doden.

De burgerlijke partijen stellen tegen deze beschikking hoger beroep in en voeren aan dat de telastlegging als doodslag dient te worden omschreven en dat de zaak naar het hof van assisen moet worden verwezen. De kamer van inbeschuldigingstelling beslist dat de feitelijke omstandigheden van de zaak doodslag uitsluiten en verklaart de hogere beroepen ontvankelijk maar niet gegrond.

De burgerlijke partijen stellen cassatieberoep in.

Het Hof dat de ontvankelijkheid onderzoekt van deze cassatieberoepen tegen een arrest dat uitspraak doet over het hoger beroep tegen een beschikking van verwijzing, zegt dat ze enkel in drie gevallen ontvankelijk zijn, namelijk wanneer de bestreden beslissing een beslissing is inzake bevoegdheid, op een ontvankelijk hoger beroep is gewezen of krachtens de bevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling om toezicht uit te oefenen op de regelmatigheid van de rechtspleging.

Volgens het Hof behoren de cassatieberoepen te dezen tot geen van die drie gevallen.

Eerst en vooral is de bestreden beslissing niet inzake bevoegdheid gewezen.

Vervolgens oordeelt het Hof, in tegenstelling tot de kamer van inbeschuldigingstelling dat het hoger beroep niet ontvankelijk was²⁰, bij gebrek aan belang. Behoudens het geval van aanneming van een wettelijke verschoningsgrond, is de omschrijving van de misdrijven zoals die uit de beslissingen van de onderzoeksgerechten voortvloeit, immers niet bindend voor de bodemrechter die, met eerbiediging van het recht van verdediging van alle partijen, aan de feiten hun juiste omschrijving moet geven, ook als dat tot een onbevoegdverklaring leidt.

Ten slotte bestaat er voor het Hof, in tegenstelling tot wat de burgerlijke partijen aanvoeren, geen onregelmatigheid, verzuim of of nietigheid, met betrekking tot een

²⁰ Voor een tegengesteld geval, namelijk een cassatieberoep dat ontvankelijk is verklaard omdat het hoger beroep ontvankelijk was in strijd met wat de kamer van inbeschuldigingstelling had verklaard, zie Cass., 26 juni 2002, A.R. P.02.0866.F, nr. 383.

verwijzingsarrest. Het bestreden arrest is immers geen verwijzingsarrest doch een arrest dat is gewezen op het hoger beroep tegen een beschikking van verwijzing, zodat de kamer van inbeschuldigingstelling niet zelf over de verwijzing heeft beslist.

Het Hof beslist bijgevolg dat de cassatieberoepen niet ontvankelijk zijn.²¹

B. DE ONTVANKELIJKHEID VAN EEN CASSATIEBEROEP TEGEN EEN BESLISSING WAARBIJ EEN STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING EN EEN STEDENBOUWKUNDIGE HERSTELMAATREGEL WORDT OPGELEGD, MOET, WAT DIE BEIDE ASPECTEN VAN DE BESTREDEN BESLISSING BETREFT, OP VERSCHILLENDE WIJZE ONDERZOCHT WORDEN: ARREST (VOLT. ZITTING) VAN 17 SEPTEMBER 2008 (P.07.1838.F), MET CONCLUSIE VAN PROCUREUR-GENERAAL J.-FR. LECLERCQ

Een bedrijf installeert boven op een terril vlakbij de oever van de Wamme, twee bezinkbakken voor het gruis uit het bewerken en wassen van het gesteente uit de plaatselijke steengroeven. Het bedrijf en de zaakvoerder worden vervolgd wegens de exploitatie van de bezinkbakken zonder vereiste administratieve vergunningen, wegens overtreding van het bevel om met de voormelde exploitatie te stoppen en wegens het lozen van het vervuilde water van die bekkens in het openbare waterwegennet.

Het hof van beroep veroordeelt de zaakvoerder tot een gevangenisstraf en een geldboete. Wat de herstellvordering betreft van de gemachtigde ambtenaar en de directrice belast met de natuurlijke rijkdommen en het milieu van het ministerie van het Waalse Gewest, verleent het hof van beroep akte aan het bedrijf en zijn zaakvoerder van hun verbintenis tot herstel van de plaats. Het willigt ook de vordering in van deze ambtenaren om de beslissing over de herstelmaatregelen die zij ten aanzien van de beklagden kunnen vorderen, aan te houden, mochten de voormelde werkzaamheden niet ten uitvoer worden gelegd.

Zoals het openbaar ministerie onderstreepte, moet het Hof door de cassatieberoepen die de zaakvoerder en het exploiterende bedrijf hebben ingesteld beslissen of er, in het geval van vernietiging, grond bestaat om de beslissing over de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand te handhaven, aangezien die moet beschouwd worden als uitgesproken in het kader van de beslissing op de strafvordering in de ruime zin, of integendeel om de beslissing over de herstellvordering (en, ruimer, over de stedenbouwkundige herstellvordering) los te koppelen van de beslissing op de strafvordering.

Een arrest van het Hof van 26 april 1989, uitgesproken in voltallige zitting²², had reeds beslist dat de beslissing waarbij de strafrechter een vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand inwilligt, niettegenstaande het burgerlijke karakter van de maatregel waarvan de uitspraak in dergelijk geval door de wet wordt voorgeschreven als verplichte aanvulling op de strafrechtelijke veroordeling, onder de strafvordering valt. Het Grondwettelijk Hof oordeelt ook dat, ofschoon deze

²¹ Vgl. evenwel met Cass. 9 maart 2004, A.R. P.04.0199.N, nr. 135.

²² Cass. 26 april 1989, RG 5930, n° 486, met conclusie Procureur-generaal E. Liekendael.

maatregelen geen straffen zijn, zij gebonden zijn aan de strafvordering daar zij afhankelijk zijn van de vaststelling van een misdrijf. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens van zijn kant, heeft bij een arrest van 27 september 2007²³ beslist dat het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand door afbraak, kan worden beschouwd als een straf in de zin van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

De tweede kamer Nederlands van het Hof oordeelt sinds een arrest van 24 februari 2004²⁴, dat dit soort maatregel een burgerlijk karakter heeft en niet tot de strafvordering behoort.

Het arrest van het Hof van 17 september 2008, gewezen in voltallige zitting, verzoent beide standpunten. Het Hof beslist om de beslissing van strafrechtelijke veroordeling die tot de bevoegdheid behoort van de strafvordering in de strikte zin, te scheiden van de stedenbouwkundige herstelbeslissing welke, behorend tot de strafvordering in de ruime zin, van burgerlijke aard is. Er is bijgevolg grond om het onderzoek van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep over de schuld en de straf afzonderlijk te voeren van het onderzoek over de stedenbouwkundige herstellvordering. Te dezen, in zoverre waar enerzijds, voor het eerste aspect van het cassatieberoep, de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen en in zoverre, anderzijds, overeenkomstig wat de ambtenaren van het Waalse Gewest vorderden, de bestreden beslissing de uitspraak over de herstellvordering aanhoudt, zodat het cassatieberoep tegen het opleggen van deze maatregel voorbarig is, beslist het Hof tot verwerping van het cassatieberoep.

Voegen wij daaraan toe dat aangezien de stedenbouwkundige herstellvordering tot de strafvordering behoort, het Hof ambtshalve een middel kan opwerpen tot vernietiging van deze beslissing.

C. ONTVANKELIJKHEID VAN EEN ONMIDDELLIJK CASSATIEBEROEP TEGEN EEN ARREST VAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING UITGESPROKEN IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 235^{TER} WETBOEK VAN STRAFVORDERING – OF DE RECHTER EEN LEEMTE IN DE WET KAN OPVULLEN HANGT AF VAN DE LEEMTE ZELF: ARREST VAN 14 OKTOBER 2008 (P.08.1329.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. TIMPERMAN

In het in voltallige zitting van 14 oktober 2008 gewezen arrest sprak het Hof zich uit over de ontvankelijkheid van het onmiddellijk cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat in toepassing van artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering controle uitoefent over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie.

²³ EHRM 27 september 2007, België t. Hamer, n°21861/03.

²⁴ Cass. 24 februari 2004, RG P.03.1343.N, n° 96, met conclusies eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF.

Waar aanvankelijk in artikel 235ter, § 6, Wetboek van Strafvordering was bepaald dat tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel openstaat, vernietigde het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 deze wetsbepaling. Als gevolg daarvan rees echter aansluitend de vraag naar de mogelijkheid om al dan niet een onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen in toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering. Daarover had het Hof reeds, onder meer, bij arrest van 2 oktober 2007 een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof²⁵. Die vraag strekte ertoe te weten of artikel 235ter en/of artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schonden, doordat daarin niet wordt voorzien in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling bij een controle van het vertrouwelijk dossier overeenkomstig de artikelen 189ter en/of 235ter Wetboek van Strafvordering dat een voorbereidend arrest is, terwijl artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, in afwijking van het eerste lid van dat artikel, onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 235bis van het Wetboek van Strafvordering betreffende het onderzoek van de regelmatigheid van de rechtspleging dat een gelijkaardig voorbereidend arrest is als dit gewezen bij toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van Strafvordering.

Bij arrest nr. 111/2008 van artikel 31 juli 2008 besliste het Grondwettelijk Hof in antwoord op deze prejudiciële vraag dat artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het niet voorziet in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle, op basis van het vertrouwelijk dossier, van de regelmatigheid van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie met toepassing van de artikelen 189ter of 235ter Wetboek van Strafvordering. Het Grondwettelijk Hof wees er in dat arrest ook op dat het onverantwoorde verschil in behandeling voortvloeit uit de ontstentenis, in artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering, van een wetsbepaling die voor de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235ter eenzelfde draagwijdte heeft als die ten aanzien van de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235bis. Bovendien voegde het Grondwettelijk Hof daar nog aan toe dat het, indien de leemte zich bevindt in de aan het Grondwettelijk Hof voorgelegde tekst, de verwijzende rechter toekomt een einde te maken aan de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Omdat op 12 augustus 2008 de vakantiekamer van het Hof (P.08.1065.N) niet en de tweede kamer in een arrest van 2 september 2008 (P.08.1317.N) het onmiddellijk cassatieberoep tegen een dergelijk arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling wél ontvankelijk hadden verklaard, was er na het arrest van het Grondwettelijk Hof

²⁵ Zie ook Jaarverslag 2007, p. 78.

van 31 juli 2008 aanleiding om over de mogelijkheid van een onmiddellijk cassatieberoep in een voltallige zitting uitspraak te doen.

In het arrest van 14 oktober 2008 oordeelde het Hof dat een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat overeenkomstig artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering controle uitoefent, over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, een voorbereidend arrest is en niet valt onder de uitzonderingen van artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering en dat daaruit volgt dat tegen dit arrest maar eerst cassatieberoep zou openstaan na het eindarrest of eindvonnis, zodat het cassatieberoep wegens voortijdigheid niet ontvankelijk zou zijn. Aansluitend wees het Hof erop dat het Grondwettelijk Hof in voormeld arrest van 31 juli 2008 had gezegd voor recht dat artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het niet voorziet in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle, op basis van het vertrouwelijk dossier, van de regelmatigheid van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie met toepassing van de artikelen 189^{ter} of 235^{ter} Wetboek van Strafvordering.

Vervolgens oordeelde het Hof dat, wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetsbepaling betreffende de strafvordering een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 Grondwet worden geschonden, de strafrechter zo mogelijk deze leemte moet opvullen. Of de strafrechter een leemte in de wetsbepaling betreffende de strafvordering kan opvullen, hangt af van de leemte zelf. Indien volgens het Hof de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een volledig andere procesregeling wordt ingevoerd, dan kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen. Indien evenwel aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door de wetsbepaling aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 Grondwet, kan en moet de rechter dit doen. Volgens het Grondwettelijk Hof is het strijdig met de artikelen 10 en 11 Grondwet dat artikel 416, tweede lid, Wetboek van Strafvordering geen onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat overeenkomstig artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering controle uitoefent over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Het Hof van Cassatie beslist dat, om hieraan te verhelpen, het volstaat onmiddellijk cassatieberoep toe te laten. Het onmiddellijk cassatieberoep werd dan ook ontvankelijk verklaard.

In zijn conclusie had het openbaar ministerie gewezen op een andere mogelijkheid om een onmiddellijk cassatieberoep toe te laten, met name als gevolg van artikel 235^{ter}, § 5, Wetboek van Strafvordering dat bepaalt dat er verder wordt gehandeld overeenkomstig artikel 235^{bis}, §§ 5, en 6. Aldus had men volgens het openbaar ministerie kunnen aannemen dat door dit wetsartikel, het bepaalde in artikel 235^{bis}, § 6, in fine, integrerend deel gaat uitmaken van artikel 235^{ter} en dus van toepassing wordt in een procedure gevoerd overeenkomstig artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering zodat een onmiddellijk cassatieberoep openstaat tegen een beslissing gewezen bij toepassing van dat artikel. Zoniet vond het openbaar ministerie dat het cassatieberoep niet ontvankelijk was.

Na het arrest van 14 oktober 2008 sprak het Hof zich op 28 oktober 2008 in een andere strafzaak op analoge wijze uit (P.08.0706.N). In een sociale zaak kreeg het Hof dan op 3 november 2008 (S.07.0013.N) opnieuw de gelegenheid zich uit te spreken over de bevoegdheid van de rechter om een leemte in de wetgeving die ongrondwettig werd bevonden door het Grondwettelijk Hof, aan te vullen²⁶.

Het arrest is ook van belang omdat het uitspraak doet over de vraag wat (niet) als concrete gegevens kunnen worden beschouwd op grond waarvan de bodemrechter de kamer van inbeschuldigingstelling kan gelasten de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie uit te oefenen met toepassing van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering. De artikelen 189ter en 335bis Wetboek van Strafvordering staan immers het vonnisgerecht en de voorzitter van het hof van assisen toe om de kamer van inbeschuldigingstelling te gelasten met de controle over de in de loop van het onderzoek toegepaste bijzondere opsporingsmethoden. Of de zaak in een dergelijk geval bij het onderzoeksgerecht aanhangig kan worden gemaakt, hangt evenwel af van de vraag of concrete gegevens aan het licht zijn gekomen na de behoorlijk uitgevoerde controle bij de afsluiting van het vooronderzoek of van het gerechtelijk onderzoek conform artikel 235ter Wetboek van Strafvordering. Die laatste in artikel 235ter Wetboek van Strafvordering bedoelde controle is verplicht en moet gebeuren bij het afsluiten van het opsporingsonderzoek, vooraleer het openbaar ministerie tot rechtstreekse dagvaarding overgaat, of op het einde van het gerechtelijk onderzoek, vooraleer het openbaar ministerie waaraan de onderzoeksrechter het dossier met toepassing van artikel 127, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, heeft overgezonden, vordert zoals in § 1, tweede lid, van datzelfde artikel wordt bedoeld. Gelet op het feit dat artikel 235ter, § 5, Wetboek van Strafvordering ook bepaalt dat er verder wordt gehandeld overeenkomstig artikel 235bis, §§ 5 en 6, volgt daaruit volgens het Hof dat, wanneer uit de controle van de bijzondere opsporingsmethoden een onregelmatigheid of een nietigheid bij de aanwending ervan blijkt, de stukken die het resultaat ervan vaststellen, eventueel zullen worden nietig verklaard, uit het dossier worden verwijderd en ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg worden neergelegd; de verwijdering van die stukken heeft tot doel de rechter te beletten om kennis ervan te nemen en dat is de reden waarom de controle moet gebeuren vooraleer de zaak bij hem aanhangig is gemaakt.

Het Hof besliste in dit arrest dan ook dat de vaststelling, door het vonnisgerecht, dat de controle van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden niet was verricht op het geëigende tijdstip, niet het nieuwe en concrete gegeven is dat de verwijzing van de zaak naar de kamer van inbeschuldigingstelling wettigt. Volgens het Hof veronderstelt een dergelijke verwijzing inderdaad dat, voor het vonnisgerecht, gegevens zijn ontdekt betreffende de aangewende bijzondere opsporingsmethoden, welke kunnen wijzen op het bestaan van een verzuim, een

²⁶ Zie in dit jaarverslag, afdeling 5, §1. In gelijkaardige zin weigert het Hof van Cassatie in een arrest van 11 december 2008 een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, aangezien de aangevoerde lacune, in de veronderstelling dat ze de Grondwet schendt, de tussenkomst van de wetgever vereist om de modaliteiten te bepalen van het nieuw uit te werken systeem.

onregelmatigheid, een nietigheid of de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering en die nog niet door de kamer van inbeschuldigingstelling gekend waren op het ogenblik waarop deze haar controle krachtens artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering uitoefende.

Waar het bestreden arrest oordeelde dat het met toepassing van de artikelen 189^{ter} en 235^{ter} Wetboek van Strafvordering mogelijk was, nadat de zaak bij het vonnisgerecht aanhangig is gemaakt, alsnog de kamer van inbeschuldigingstelling te gelasten de controle te verrichten over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode observatie, besliste het Hof dat de kamer van inbeschuldigingstelling in deze zaak dan ook niet bevoegd was om de door de bodemrechter in die zaak bevolen controle van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode observatie te verrichten. Het middel was derhalve gegrond.

Een tweede reden – naast de vraag naar de ontvankelijkheid van het onmiddellijk cassatieberoep – waarom dit dossier in voltallige zitting werd behandeld, had te maken met de problematiek van de omvang van cassatie. In tegenstelling tot een vroegere zaak²⁷ waarin het Hof de omvang van de cassatie had beperkt, gaat het Hof in dit dossier, met toepassing van artikel 408 van het Wetboek Strafvordering tot de oudste nietige akte terug. Het vernietigt aldus, behoudens het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, niet enkel het vonnis van de correctionele rechtbank dat de zaak onwettig terug had verwezen naar het openbaar ministerie om de controle bepaald in artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering te doen verrichten, maar ook de beschikking van de raadkamer die de zaak naar de correctionele rechtbank had verwezen zonder dat voorafgaand de controle van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode observatie was gebeurd. Het Hof verwijst de zaak om die reden dan ook naar de Procureur des Konings.

§ 2. Cassatieprocedure

VERWIJZING VAN DE ZAAK, NA REGELING VAN RECHTSGEBIED, NAAR HET VONNISGERECHT DAT ZICH EERDER ONBEVOEGD HAD VERKLAARD: ARREST VAN 3 SEPTEMBER 2008 (P.08.0940.F)

Een raadkamer verwijst verschillende personen naar de correctionele rechtbank die worden vervolgd wegens als misdada omschreven feiten, ofschoon de feiten die hun ten laste worden gelegd niet werden gecorrectionaliseerd.

Het hof van beroep dat kennis neemt van de zaak verklaart zich onbevoegd, in strijd met wat de beschikking van het onderzoeksgerecht aannam. Deze tegenstrijdigheid tussen de respectieve beslissingen van deze twee rechtscolleges doet een geschil over rechtsmacht ontstaan dat de rechtsgang hindert, zodat er grond is tot regeling van rechtsgebied.

Het Hof wijst in zijn arrest van 3 september 2008 zowel op deze tegenstrijdigheid tussen beslissingen als op de onbevoegdheid van het hof van beroep. Blijft nu de vraag naar welk rechtscollege het Hof de zaak verwijst.

²⁷ Cass. 19 maart 2008, P.08.0319.F.

In strijd met de praktijk volgens welke het Hof, in identieke omstandigheden, de zaak naar het onderzoeksgerecht verwees, beslist het te dezen om de zaak naar het hof van beroep te verwijzen dat zich eerder onbevoegd had verklaard.

Reden van deze beslissing is een onmiddellijke toepassing (op een hangende rechtspleging) van artikel 3, derde lid, van de Wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, ingevoegd bij artikel 9 van de Wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II), dat in werking is getreden op 26 juni 2008, m.a.w. na het arrest van het hof van beroep en vóór de uitspraak van het Hof van cassatie.

Krachtens deze bepaling kan het onderzoeksgerecht zich bevoegd verklaren door aanneming van de verzachtende omstandigheden, wanneer het vaststelt dat de aanhangig gemaakte misdaad niet werd gecorrectionaliseerd doch daarvoor in aanmerking komt krachtens één van de bepalingen van de Wet van 4 oktober 1867. Het Hof beslist dat de zaak aanhangig werd gemaakt door de verwijzing naar de rechter die zich onder de oude wet naar recht onbevoegd had verklaard.

Deze wijze van handelen toont het pragmatisme waarmee het Hof het gestelde probleem heeft willen oplossen, aangezien de verwijzing naar het onderzoeksgerecht de rechtsgang, die reeds vertraging had opgelopen door de procedure van regeling van rechtsgebied, alleen maar nog meer zou hebben vertraagd.

Het Hof heeft deze rechtspraak bevestigd in een arrest gewezen op 8 oktober 2008 (P.08.1036.F), met andersluidende conclusie van het openbaar ministerie.

§ 3. Omvang van cassatie in strafzaken

OMVANG VAN CASSATIE IN HET RAAM VAN DE WET BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODES: ARREST VAN 14 OKTOBER 2008 (P.08.1329.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. TIMPERMAN

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar Afd. 4, strafzaken, §1, C.

§ 4. Europees aanhoudingsbevel

KENNISGEVING VAN DE DATUM VAN DE VERSCHIJNING VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING IN GEVAL VAN HOGER BEROEP TEGEN EEN BESCHIKKING DIE DE TENUITVOERLEGGING VAN EEN EUROPEES AANHoudINGSBEVEL HEEFT BEVOLEN: ARREST VAN 12 AUGUSTUS 2008 (P.08.1280.N)

Op 5 juni 2008 vaardigde een officier van justitie een Europees aanhoudingsbevel uit met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf opgelegd bij vonnis van de Arrondissementsrechtbank van Rotterdam van 22 november 2001 wegens valsheid in geschriften. Nadat de raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge de tenuitvoerlegging had bevolen van dat Europees aanhoudingsbevel, stelde de veroordeelde tegen die beschikking hoger beroep in bij de kamer van inbeschuldigingstelling. De kamer van inbeschuldigingstelling

bevestigde evenwel de beroepen beschikking, zonder dat de veroordeelde bericht had ontvangen van de datum waarop de zitting van de kamer van inbeschuldigingstelling was vastgesteld en behandeld en zonder dat hij ter zitting van de kamer van inbeschuldigingstelling was verschenen of vertegenwoordigd. Tegen dat arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling stelde hij cassatieberoep in.

In zijn arrest herinnerde het Hof er vooreerst aan dat krachtens artikel 17, § 3, eerste lid, van de Wet van 19 december 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel, de plaats, de dag en het uur van de verschijning van de persoon die hoger beroep tegen een beslissing van de raadkamer heeft ingesteld, ten minste vierentwintig uur vooraf opgetekend wordt in het register dat wordt gehouden ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg en waarin het hoger beroep zelf wordt ingeschreven. Voorts is bepaald dat de griffier daarvan per faxpost of bij een ter post aangetekende brief kennisgeeft aan de eiser en aan zijn advocaat. Volgens artikel 17, § 4 van dezelfde wet doet de kamer van inbeschuldigingstelling bij wege van een met redenen omklede beslissing uitspraak over het hoger beroep, na de procureur-generaal en de betrokken persoon bijgestaan of vertegenwoordigd door zijn advocaat, te hebben gehoord.

Uit de stukken waarop het Hof vermocht acht te slaan, bleek niet dat eiser die in vrijheid was gesteld en niet was bijgestaan door een raadsman, het in artikel 17, § 3, eerste lid, bedoelde bericht had ontvangen voor de zitting van de kamer van inbeschuldigingstelling, noch dat hij op die zitting was verschenen. Het Hof oordeelde dat het bestreden arrest dat onder die voorwaarden de beschikking van de raadkamer had bevestigd, de artikelen 17, § 3, eerste lid, en 17, § 4, van de wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel schond, alsook het algemeen rechtsbeginsel van eerbiediging van het recht van verdediging miskende.

§ 5. Wet Bijzondere Opsporingsmethodes

A. HET GEVOLG VAN HET VERZUIM VAN TOEZICHT OP DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN OP HET OGENBLIK VAN HET AFSLUITEN VAN HET GERECHTELIJK ONDERZOEK: ARREST VAN 19 MAART 2008 (P.08.0319.F), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. VANDERMEERSCH

In het raam van een vooronderzoek werden bijzondere opsporingsmethoden aangewend. Na afloop van het onderzoek worden de beklaagden naar de correctionele rechtbank verwezen wegens met name overtredingen van de drugswet.

De zaak werd evenwel bij die rechtbank aanhangig gemaakt zonder dat de kamer van inbeschuldigingstelling het toezicht op de bijzondere opsporingsmethoden had uitgeoefend dat bij artikel 235^{ter} van het Wetboek van Strafvordering is bepaald. Wat is het gevolg van dat verzuim?

De correctionele kamer van het hof van beroep, die oordeelt dat dit verzuim kan rechtgezet worden nadat de zaak bij het vonnisgerecht aanhangig is gemaakt, belast

de kamer van inbeschuldigingstelling, krachtens artikel 189*ter* van het Wetboek van Strafvordering, met dit toezicht. Die beschouwt zich daarvoor evenwel niet bevoegd.

Wegens de tegenstrijdigheid tussen beide arresten, wordt bij het Hof een verzoek tot regeling van rechtsgebied aanhangig gemaakt.

Voor het Hof is het onderzoek van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, waarmee de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* van het Wetboek van Strafvordering is belast, verplicht en een substantieel vormvereiste.

Dit toezicht moet overigens aan de aanhangigmaking van de zaak bij het vonnisgerecht voorafgaan en bij verzuim daarvan, kan geen beroep worden gedaan op de controleprocedure welke, ter compensatie, bij artikel 189*ter* na de aanhangigmaking bij het vonnisgerecht is ingesteld. Het Hof doet immers opmerken dat de aanwending van die rechtspleging afhangt van het opduiken van concrete gegevens na een behoorlijk uitgevoerde controle bij het afsluiten van het vooronderzoek of van het gerechtelijk onderzoek, waarmee het verzuim van toezicht in contrast staat. Op dat punt wijkt het Hof af van de conclusie van het openbaar ministerie, naar luid waarvan artikel 189*ter* de mogelijkheid niet uitsluit om het toezicht te verrichten van de bijzondere opsporingsmethoden, zonder nieuwe gegevens, wanneer het niet werd uitgevoerd voordat de zaak bij het vonnisgerecht aanhangig is gemaakt.

De kamer van inbeschuldigingstelling heeft dus terecht vastgesteld dat zij onbevoegd is, en het Hof vernietigt, met verwijzing, het arrest van de correctionele kamer van het hof van beroep.

B. ONTVANKELIJKHEID VAN EEN ONMIDDELLIJK CASSATIEBEROEP TEGEN EEN ARREST VAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING UITGESPROKEN IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN STRAFVORDERING – OF DE RECHTER EEN LEEMTE IN DE WET KAN OPVULLEN HANGT AF VAN DE LEEMTE ZELF: ARREST VAN 14 OKTOBER 2008 – OMVANG VAN CASSATIE IN HET RAAM VAN DE WET BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODES (P.08.1329.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. TIMPERMAN

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar Afd. 4 strafzaken, §1, C.

C. UITOEFENING VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING BIJ DE RECHTSPLEGING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 235TER WETBOEK VAN STRAFVORDERING: ARREST VAN 4 NOVEMBER 2008 (P.08.1440.N)

Een in verdenking gestelde stelde op 19 september 2008 cassatieberoep in tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 10 januari 2008 dat, op vordering van het openbaar ministerie, de regelmatigheid van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode observatie onderzocht.

Hoewel dat cassatieberoep was ingesteld buiten de in artikel 373 Wetboek van Strafvordering bedoelde termijn van vijftien vrije dagen na de dag waarop het arrest was uitgesproken en in beginsel niet ontvankelijk was, oordeelde het Hof dat het cassatieberoep toch ontvankelijk was. Uit de stukken waarop het Hof vermocht acht te slaan, bleek immers enerzijds dat de griffier de inverdenkinggestelde op 3 januari 2008 kennis had gegeven van de vaststelling van de zaak ter uitvoering van de controle van de toegepaste bijzondere opsporingsmethode op een adres waar hij sedert 19 februari 2007 niet meer was gedomicilieerd. Anderzijds had de inverdenkinggestelde verklaard dat hij maar bij zijn dagvaarding ten gronde op 10 september 2008 van het bestreden arrest kennis had gekregen en vond het Hof dat, uit de stukken waarop het vermocht acht te slaan, het tegendeel niet bleek. Aldus werd het cassatieberoep ontvankelijk verklaard zodat het door de inverdenkinggestelde aangevoerde middel ook kon worden onderzocht.

Dat middel voerde schending aan van artikel 6 EVRM, artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering en miskenning van het algemeen beginsel van het recht van verdediging. Door zijn oproeping op een onjuist adres had de eiser in cassatie zijn recht van verdediging immers niet kunnen uitoefenen. Het Hof oordeelde vooreerst dat, ofschoon bij de rechtspleging overeenkomstig artikel 235^{ter} Wetboek van Strafvordering de uitoefening van het recht van verdediging van de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde beperkt is tot het recht gehoord te worden buiten de aanwezigheid van andere van die partijen, dit verhoor een waarborg is voor de verdediging in verband met de toegepaste bijzondere opsporingsmethode. Aansluitend besliste het Hof dat wanneer een partij niet werd gehoord, omdat haar niet regelmatig kennis werd gegeven van de vaststelling van de zaak, dit recht miskend is. Het middel is derhalve gegrond.

§ 6. Strafprocedure

A. BERICHTGEVING IN DE MEDIA OVER DE TOEREKENINGSVATBAARHEID VAN DE BESCHULDIGDE EN ONPARTIJDIGHEID VAN DE RECHTER: ARREST VAN 19 FEBRUARI 2008 (P.07.1648.N)

Een man was door het hof van assisen veroordeeld wegens feiten die uitgebreid in de pers belicht zijn en na een procedure voor dat hof die ook ruime media-aandacht kreeg. Voor het hof van assisen had hij aangevoerd dat het vermoeden van onschuld was geschonden. Er was immers vastgesteld dat de aanhangige feiten op uitgebreide wijze in de pers werden besproken, dat een krant in de loop van het gerechtelijk onderzoek verslag had gedaan over het deskundig psychiatrisch onderzoek, dat in de pers ook opinies waren verschenen van een persoon die als gerechtspsychiater wordt vermeld en van een persoon die in het verleden assisenzaken had voorgezeten. Op grond van die vaststellingen, vond de veroordeelde dat het hof van assisen ten onrechte oordeelde dat de strafvordering ontvankelijk was.

Tegen zijn veroordeling door het assisenhof stelde hij cassatieberoep in en voerde onder meer aan dat de artikelen 6 EVRM en 14.1 IVBPR waren geschonden. Naar zijn oordeel oordeelde het bestreden arrest onterecht dat de strafvordering ontvankelijk was op grond dat het vermoeden van onschuld enkel betrekking heeft

op de houding van de rechters. De veroordeelde voerde aan dat de informatie die de media hadden verspreid over diens toerekeningsvatbaarheid, het oordeel van de jury dermate heeft kunnen beïnvloeden dat de latere tegenspraak voor het hof van assisen daaraan niet meer kon verhelpen zodat het recht op een eerlijk proces definitief was aangetast.

Het Hof van Cassatie verwerpt evenwel het cassatieberoep. In het arrest oordeelt het Hof dat de onpartijdigheid waarvan de rechter blijk moet geven, in de regel wordt gewaarborgd door de houding van die rechter bij de behandeling van de zaak en dat de rechter, vooraleer hij bij vonnis over de zaak uitspraak doet, meer bepaald erover moet waken dat hij geen standpunten inneemt waardoor hij laat verstaan dat hij reeds een mening heeft over de hem voorgelegde geschilpunten. Aansluitend stelt het Hof dat het feit dat berichtgeving in de pers ook de rechter en de jury van het hof van assisen kan bereiken, niet inhoudt dat daardoor een schijn van partijdigheid ontstaat en dat dergelijke berichtgeving het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging van die beschuldigde voor het bevoegde gerecht, ook voor het hof van assisen, niet onherstelbaar in het gedrang brengt. Het Hof wijst er immers op dat tijdens de behandeling van de zaak, alle gegevens van de zaak onderzocht en aan de tegenspraak der partijen onderworpen worden, dat die tegenspraak de beschuldigde toelaat zijn recht van verdediging ten volle uit te oefenen, dat hij in openbare rechtszitting alle hem nadelige gegevens, ook deze die de media hebben bekendgemaakt, kan tegenspreken en dat hij ook de voor hem gunstige gegevens aan de rechters en de juryleden kan voorleggen. Het is op basis van die gegevens dat de leden van de jury en, indien nodig, de magistraten van het hof van assisen zich over de schuldvraag uitspreken.

Het Hof oordeelt dat dergelijke behandeling van de zaak een eventuele aanvankelijke beïnvloeding van de openbare opinie en, bijgevolg, van de leden van de jury door berichtgeving in de media ongedaan kan maken en dat de strafvordering dan ook niet noodzakelijk niet ontvankelijk is doordat de media over een rechtszaak berichten en verslagen of verklaringen weergeven over de toerekeningsvatbaarheid van de beschuldigde.

B. VOORLOPIGE HECHTENIS IN HET GEVAL VAN VERVOLGINGEN TEN LASTE VAN EEN PERSOON DIE MET VOORRECHT VAN RECHTSMACHT IS BEKLEED EN SAMENHANGENDE VERVOLGINGEN TEGEN MEDEDADERS EN MEDEPLICHTIGEN: ARREST VAN 27 FEBRUARI 2008 (P.08.0305.F), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. VANDERMEERSCH

Een magistraat, bekleed met voorrecht van rechtsmacht, en verschillende andere personen worden ervan verdacht diverse misdrijven te hebben gepleegd. Bij het toezicht op de handhaving van de voorlopige hechtenis van één van hen, verdaagt de kamer van inbeschuldigingstelling, op diens verzoek, het onderzoek van de zaak.

De dag vóór de rechtszitting waarnaar de zaak werd verdaagd, wordt deze persoon, die geen magistraat is, samen met andere beklaagden, voor een burgerlijke kamer van het hof van beroep gedagvaard, om aldaar verweer te voeren tegen verschillende

misdrijven die samenhangend zijn met de vervolgingen welke met toepassing van artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering zijn ingesteld.

De kamer van inbeschuldigingstelling verklaart zich niet bevoegd om nog over de handhaving van de voorlopige hechtenis uitspraak te doen, met de overweging dat deze niet geëindigd was maar dat het onderzoek met de betekening van de rechtstreekse dagvaarding was afgesloten.

De gedetineerde dient daarom een verzoek tot invrijheidstelling in bij het hof van beroep, die het verwerpt. De gedetineerde stelt cassatieberoep in tegen dat arrest en voert aan dat geen enkele wettelijke bepaling aan de rechtstreekse dagvaarding met toepassing van de regels van de voorrecht van rechtsmacht, de gevolgen toekent van een beslissing van verwijzing van een onderzoeksgerecht. Hij leidt daaruit af dat geen enkele wettelijke bepaling toestaat de voorlopige hechtenis te handhaven van degene die door de federale procureur met toepassing van de regels van voorrecht van rechtsmacht is gedagvaard en dat hij bijgevolg zonder titel is aangehouden.

Op eensluidende conclusie van het openbaar ministerie, verwerpt het Hof dit middel.

Artikel 26, § 3, van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, dat de gevolgen regelt van de regeling van de rechtspleging voor de vrijheidsberovende maatregelen, is immers niet toepasselijk op de vervolgingen die worden geregeld door de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering inzake voorrecht van rechtsmacht, aangezien deze vervolgingen niet het voorwerp uitmaken van een regeling van de rechtspleging door het onderzoeksgerecht.

Daaruit vloeit voort dat in het kader van dergelijke vervolgingen, de dagvaarding door het openbaar ministerie niet leidt, behoudens andersluidende beslissing van het openbaar ministerie, tot beëindiging van de voorlopige hechtenis; de kamer van inbeschuldigingstelling kan, vóór de dagvaarding, het bevel tot aanhouding opheffen; het hof van beroep kan, na de dagvaarding, het bevel tot aanhouding opheffen, met toepassing van artikel 27 van de Wet van 20 juli 1990.²⁸

Het hof van beroep heeft dus terecht geoordeeld dat de voorlopige hechtenis van de eiser in cassatie niet was geëindigd en dat het bijgevolg over diens verzoek tot invrijheidstelling geen uitspraak diende te doen.

C. STUITING VAN DE VERJARING VAN DE BURGERLIJKE RECHTSVORDERING VOORTVLOEIENDE UIT EEN MISDRIJF EN INLEIDING VAN DE VOORMELDE VORDERING DOOR BURGERLIJKE PARTIJSTELLING VOOR DE ONDERZOEKSRECHTER: ARREST VAN 12 MAART 2008 (P.07.1523.F)

Op 15 juli 1996 geeft de Bijzondere Belastinginspectie bij het parket feiten aan die fiscale misdrijven opleveren. Op 28 oktober 1996 stelt dit in de zaak een onderzoek in en op 4 juni 2004 maakt het een vordering tot verwijzing op. Op 16 november

²⁸ Raadpleeg J. de CODT, "Poursuites contre les magistrats", in *Statut et déontologie du magistrat*, Brussel, Die Keure, 2000, p. 156.

2004 oordeelt de raadkamer dat het onderzoek onvolledig is. Op 24 november 2004 stelt het parket hoger beroep in tegen deze beschikking. Op 22 februari 2005 stelt de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, zich burgerlijke partij voor de onderzoeksrechter. Op 29 juni 2005 wijzigt de kamer van inbeschuldigingstelling de beroepen beschikking en verwijst het de in verdenking gestelden naar de correctionele rechtbank wegens verschillende feiten die tussen 27 augustus 1991 en 23 juli 1992 zijn gepleegd.

Bij vonnis van 16 maart 2006 spreekt deze rechtbank drie van de vier beklaagden vrij, verklaart zich onbevoegd om kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering van de Staat tegen deze drie beklaagden en beslist dat de vordering die tegen de vierde beklaagde is ingesteld niet gegrond is.

Het openbaar ministerie, de Staat en de vierde beklaagde stellen hoger beroep in. Het hof van beroep verklaart het beroepen vonnis nietig. Het stelt vast dat de strafvordering sinds 16 maart 2005 is verjaard. Met toepassing van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek²⁹ en artikel 26 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering³⁰, zoals dat van kracht is sinds de wet van 18 juni 1998³¹, stelt het ook de verjaring vast van de burgerlijke rechtsvordering, vermits die verjaring is beginnen lopen de dag van de aangifte bij de procureur des Konings (op 15 juli 1996) en meer dan vijf jaar verlopen zijn tot de burgerlijke partijstelling (op 22 februari 2005). Bijgevolg ontslaat het appelgerecht de beklaagden van rechtsvervolging en verklaart het zich onbevoegd om van het geheel van de burgerlijke rechtsvorderingen kennis te nemen.

Het Hof, waar een cassatieberoep aanhangig is gemaakt door de Staat, wijkt af van de interpretatie die door het hof van beroep aan deze wettelijke bepalingen wordt gegeven.

Voor het Hof:

- is de burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter een wijze van inleiding van de burgerlijke rechtsvordering die de burgerlijke stuiting uitmaakt;
- wanneer het slachtoffer, voor de strafrechter, zijn vordering vóór de verjaring van de strafvordering instelt, houdt de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering op te lopen tot de beëindiging van het geding;³²
- in zoverre de Staat zich burgerlijke partij heeft gesteld voor de onderzoeksrechter (op 22 februari 2005), vóór de verjaring van de strafvordering (op 16 maart 2005), is

²⁹ “Een dagvaarding voor het gerecht, een bevel tot betaling, of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, vormen burgerlijke stuiting.”

³⁰ “De burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf, verjaart volgens de regels van het Burgerlijk Wetboek of van de bijzondere wetten die van toepassing zijn op de rechtsvordering tot vergoeding van schade. Zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering.” Vóór de wet van 18 juni 1998, vermeldde dit artikel dat “De burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf is verjaard door verloop van vijf jaar te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd zonder dat zij verjaard kan zijn vóór de strafvordering.”

³¹ Wet tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *B.S.*, 17 juli 1998.

³² Wet tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *B.S.*, 17 juli 1998.

zijn burgerlijke rechtsvordering niet verjaard en is de strafrechter bevoegd om kennis ervan te nemen.

D. DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WAAR EEN HOGER BEROEP AANHANGIG IS GEMAAKT TEGEN DE BESCHIKKING VAN VERWIJZING, IS NIET BEVOEGD OM UITSPRAAK TE DOEN OVER DE HANDHAVING VAN DE VOORLOPIGE HECHTENIS: ARREST VAN 23 APRIL 2008 (P.08.0588.F)

De raadkamer verwijst een inverdenkinggestelde naar de correctionele rechtbank en handhaaft, bij afzonderlijke beschikking, diens voorlopige hechtenis.

Wanneer de procureur des Konings vaststelt dat de rechtsmacht van de onderzoeksrechter niet volledig was uitgeoefend, doet hij de zaak opnieuw voor de raadkamer komen om die vergissing recht te zetten. De raadkamer wijst, met overname van de vordering van het openbaar ministerie, een “verbeterende” beschikking. Met een afzonderlijke beschikking handhaaft zij andermaal de hechtenis.

De kamer van inbeschuldigingstelling vernietigt de beschikkingen van de raadkamer, verwijst de inverdenkinggestelde naar de correctionele rechtbank en, bij beschikking van diezelfde dag, beveelt de handhaving van de hechtenis van de eiser.

Het Hof, waar een cassatieberoep van die inverdenkinggestelde aanhangig is gemaakt, werpt ambtshalve een middel op dat de schending aanvoert van artikel 26, § 3, van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. Het betreft de wetbepaling die, wanneer de raadkamer een verwijzing naar de correctionele rechtbank beveelt, de bevoegdheid verleent om bij afzonderlijke beschikking de voorlopige hechtenis te handhaven. Het Hof herinnert eraan dat de wet tegen die autonome titel van vrijheidsberoving geen hoger beroep toestaat (artikel 30, § 1) doch alleen voorziet in de neerlegging van een verzoekschrift tot invrijheidstelling (artikel 27, § 1).

Het Hof leidt daaruit af dat wanneer de raadkamer de verwijzing naar de correctionele rechtbank beveelt en de voorlopige hechtenis van een inverdenkinggestelde handhaaft, de kamer van inbeschuldigingstelling, waar het hoger beroep tegen de beschikking van verwijzing aanhangig is gemaakt, niet bevoegd is om zich over de handhaving van de hechtenis uit te spreken. Het Hof preciseert dat dit zelfs het geval is bij de vernietiging of wijziging van de beschikking waarbij de rechtspleging wordt geregeld.

Kortom, in dergelijk geval loopt de hechtenis verder op grond van de afzonderlijke beschikking van de raadkamer en alleen het indienen van een verzoek tot invrijheidstelling staat toe de handhaving ervan te betwisten.

E. SAMENSTELLING VAN HET RECHTSCOLLEGE OP HET OGENBLIK VAN DE BERAADSLAGING EN BIJ DE UITSPRAAK VAN DE BESLISSING: ARREST VAN 7 MEI 2008 (P.08.0429.F), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. LOOP

Een arrest dat een beklaagde veroordeelt, wordt uitgesproken door een rechtscollege waarvan de samenstelling verschilt, wat de assessoren betreft, van datgene wat het arrest heeft gewezen. De beklaagde vordert de vernietiging ervan door het Hof, op grond van artikel 782*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

Vóór de wijziging ervan bij de wet van 8 juni 2008³³, vermeldde dit artikel dat "behalve voor straf- en tuchtzaken, het vonnis wordt uitgesproken door de voorzitter van de kamer die het heeft gewezen, zelfs in afwezigheid van de andere rechters en van het openbaar ministerie".

De vraag die het Hof wordt voorgelegd is bijgevolg of deze wettelijke bepaling voorschreef dat de strafrechtelijke beslissing wordt uitgesproken door de kamervoorzitter in het bijzijn van, behalve het openbaar ministerie, de andere rechters die het hebben gewezen of dat de aanwezigheid van laatstgenoemden niet is vereist.

Op grond van de parlementaire voorbereiding die tot de goedkeuring van artikel 782*bis* heeft geleid, neemt het Hof het tweede onderdeel van het alternatief in aanmerking. Het preciseert eveneens dat de vermelding, in een strafrechtelijke beslissing, dat bij de uitspraak andere assessoren aanwezig zijn dan de magistraten die samen met de voormelde voorzitter uitspraak hebben gedaan, geen gevolgen heeft.

Het openbaar ministerie dat zich niet alleen baseerde op de voormelde parlementaire voorbereiding, doch tevens op de parlementaire stukken van het wetsvoorstel dat zou uitmonden in de Wet van 8 juni 2008³⁴, kwam tot hetzelfde besluit.

F. GEVOLG OP DE REGELING VAN DE RECHTSPLEGING VAN DE OVERSCHRIJDING VAN DE REDELIJKE TERMIJN EN HET ONTBREKEN VAN EEN EFFECTIEF RECHTSMIDDEL IN DE FASE VAN HET ONDERZOEK: ARREST VAN 28 MEI 2008 (P.08.0216.F) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. VANDERMEERSCH

In 1994 wordt een opsporingsonderzoek geopend naar de boekhouding van een vereniging zonder winstoogmerk voor de opvang van volwassen gehandicapten. In 1996 wordt in die zaak een gerechtelijk onderzoek ingesteld, hoofdzakelijk wegens feiten van verduistering, gepleegd binnen een groep instellingen voor de opvang van gehandicapten en tot steun aan socio-educatieve integratieprojecten binnen die sector.

³³ Wet houdende diverse bepalingen (I), B.S. 16 juni 2008.

³⁴ Sindsdien vermeldt artikel 782*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek dat: "*Het vonnis wordt uitgesproken door de voorzitter van de kamer die het heeft gewezen, zelfs in afwezigheid van de andere rechters en, behalve voor straf- en in voorkomend geval voor tuchtzaken, van het openbaar ministerie*".

Nog tijdens dat voorbereidend gerechtelijk onderzoek, namelijk op 4 april 2005, dienen twee inverdenkinggestelden een verzoekschrift in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zij voeren er de schending aan van de redelijke termijn, vastgelegd in artikel 6.1 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna E.V.R.M.) alsook van het recht op een effectief rechtsmiddel dat bij artikel 13 E.V.R.M. is bepaald.

Bij beschikking van 18 december 2006 verwijst de raadkamer de inverdenkinggestelden naar de correctionele rechtbank. Bij arrest van 18 april 2007 bevestigt de kamer van inbeschuldigingstelling de beschikking. Op 26 september 2007 vernietigt het Hof van Cassatie dat arrest, omdat het de conclusie niet beantwoordde, en verwijst het de zaak naar de kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.³⁵

Op 15 januari 2008 bevestigt de kamer van inbeschuldigingstelling de bestreden beschikking. Zij oordeelt onder meer dat, rekening houdende met zowel de reële ingewikkeldheid van de zaak als met de respectieve gedragingen van de inverdenkinggestelden en de overheid, geen redelijke termijn was overschreden, wat in dit stadium van de rechtspleging kon worden gesanctioneerd, en dat het voor het overige aan het vonnisgerecht staat om dit probleem in het licht van het geheel van de rechtspleging te beoordelen en daaruit de gevolgtrekkingen te maken.

Op 25 januari 2008 stellen dezelfde twee inverdenkinggestelden cassatieberoep in. Tot staving van dat rechtsmiddel voeren zij met name de schending aan van de artikelen 1, 6.1 (redelijke termijn) en 13 E.V.R.M. alsook de miskenning van het algemeen rechtsbeginsel volgens welk een bij verdrag bepaalde internationaalrechtelijke regel met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde de toepassing verbiedt van een nationale rechtsregel wanneer de gevolgen van de nationale regel in strijd zijn met de voormelde internationale norm.

Bij arrest van 13 mei 2008³⁶, zegt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de artikelen 6.1 en 13 E.V.R.M. werden geschonden.

In het arrest van 28 mei 2008 benadert het Hof aanvankelijk het cassatiemiddel vanuit de invalshoek van het onderzoeksgerecht. Aangezien het onderzoeksgerecht geen uitstaans heeft met het opleggen van de straf, kan het de overschrijding van de redelijke termijn alleen bestraffen wanneer deze het recht van verdediging onherstelbaar in het gedrang brengt of de vaststelling van het bestaan van voldoende bezwaren verhindert.

Omdat het hier niet één van deze gevallen betreft, kan in deze fase van de rechtspleging worden vastgesteld dat een eerlijke behandeling van de zaak voor de bodemrechter mogelijk blijft, en, zoals de kamer van inbeschuldigingstelling heeft gedaan, kan worden beslist dat het aan het vonnisgerecht staat om de vereiste van de

³⁵ P.07.0645.F, *onuitgegeven*.

³⁶ Zaak Wauters en Schollaert t/ België, Verzoekschrift nr. 13414/05.

redelijke termijn in het licht van het geheel van de rechtspleging te beoordelen en de gevolgtrekkingen daaruit te maken.

Vervolgens, vanuit de invalshoek van het effectief rechtsmiddel, ontwikkelt het Hof een beoordeling die aan de verschillende stadia van de rechtspleging is afgemeten. Ofschoon een dergelijk rechtsmiddel ontbreekt tijdens het gerechtelijk onderzoek, bestaat het wel degelijk en werd het bij de regeling van de rechtspleging ingesteld en kan het opnieuw worden ingesteld voor het vonnisgerecht.

Het Hof formuleert eveneens het antwoord op het middel in het licht van de gevolgen van het ter zake door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gewezen arrest. Voor het Hof kan de door het Europees Hof gedane vaststelling dat de redelijke termijn tijdens het onderzoek is miskend, ondanks artikel 46.1 E.V.R.M., niet tot gevolg hebben dat een eerlijke behandeling van de zaak erdoor noodzakelijkerwijs onmogelijk wordt voor het vonnisgerecht en kan bijgevolg op zichzelf niet de vernietiging zonder verwijzing verantwoorden van het arrest dat uitspraak doet over de regeling van de rechtspleging. Immers, noch de internationale noch de nationale rechtsregel voorzien in de niet-ontvankelijkheid van de vervolging als enige sanctie op het overschrijden van de redelijke termijn.

Na te hebben vastgesteld dat het bestreden arrest bij de regeling van de rechtspleging het bestaan afwijst van een overschrijding die het recht van verdediging onherroepelijk aantastte of belette het bestaan van voldoende bezwaren vast te stellen, oordeelt het Hof dat deze omstandigheid de bodemrechter de verplichting niet ontnemt om zich naar het arrest van het Europees Hof in de zaak te gedragen en uit de schending die dat gerecht heeft vastgesteld, de passende, bij de wet vastgestelde gevolgen af te leiden.

Het Hof verwerpt dus de cassatieberoepen van beide inverdenkinggestelden.

§ 7. Het bewijs in strafzaken

PERSOON DIE VAN DE BESCHERMING GENIET VAN DE JOURNALISTIEKE BRONNEN:
ARREST VAN 6 FEBRUARI 2008 (P.07.1466.F)

Een opsporingsonderzoek wordt geopend tegen onbekenden omwille van het feit dat de korpschef van een politiezone ervan verdacht wordt journalisten informatie te hebben verstrekt die door het beroepsgeheim wordt gedekt. Ter ontmaskering worden, in het kader van een mini-onderzoek, de gesprekken naar of van zijn mobiele telefoon, afgeluisterd. Vervolgens wordt in de zaak een gerechtelijk onderzoek ingesteld en neemt de onderzoeksrechter de telefoon in beslag.

Op grond van artikel 61^{quater} van het Wetboek van Strafvordering verzoekt de agent om opheffing van het beslag, een verzoek dat door de onderzoeksrechter wordt verworpen. In hoger beroep bevestigt de kamer van inbeschuldigingstelling de beschikking tot weigering van de opheffing van het beslag en beslist, op grond van artikel 235^{bis} van het voormelde wetboek, dat de voormelde onderzoeksverrichtingen regelmatig zijn. De kamer van inbeschuldigingstelling

oordeelt immers dat tegen de agent een onderzoek is ingesteld om vast te stellen of het beroepsgeheim was geschonden met behulp van zijn mobiele telefoon en dat, ook al genieten sommige van de personen met wie hij gesprekken voert, het recht om hun bron te verzwijgen, hijzelf geenszins onschendbaar is.

Tegen dat arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling heeft de politieagent cassatieberoep ingesteld.

Volgens hem verbieden de artikelen 5 tot 7 van de Wet van 7 april 2005 tot bescherming van de journalistieke bronnen, alle opsporings- of onderzoeksmaatregelen ter identificatie van de persoon die een journalist informeert, ook als dat onderzoek alleen slaat op een derde die ervan verdacht wordt deze onrechtmatig informatie te hebben verstrekt.

Zich baserend op de parlementaire voorbereiding van de wet van 7 april 2005, oordeelt het Hof dat alleen journalisten en personen die daarmee worden gelijkgesteld van bescherming van de bronnen genieten ; met andere woorden, de wet verbiedt alleen de naspeuringen ter identificatie van hun bronnen, wanneer zijzelf daarvan het voorwerp zijn. De wet verbiedt daarentegen geen strafrechtelijke onderzoeksmaatregelen tegen derden, met andere woorden tegen personen die niet over die hoedanigheid beschikken, wanneer zij ervan verdacht worden op onwettige wijze informatie te hebben verstrekt aan wie dan ook, journalisten inbegrepen.

Het Hof verwerpt dus het cassatieberoep.

§ 8. Straf en strafuitvoering

A. STRAFUITVOERINGSRECHTBANK, TERRITORIALE BEVOEGDHEID, OVERDRACHT VAN BEVOEGDHEID EN REGELING VAN RECHTSGEBIED: ARREST VAN 12 MAART 2008 (P.08.0271.F)

Een strafuitvoeringsrechtbank oordeelt dat het verzoek tot voorwaardelijke invrijheidstelling van een gedetineerde niet regelmatig bij haar was ingediend door het advies van de directeur van een gevangenis uit zijn rechtsgebied, op grond dat de veroordeelde niet door laatstgenoemde was gehoord. Het beveelt daarenboven, wegens de overbrenging van de veroordeelde naar een gevangenis van een ander rechtsgebied, de verwijzing van de zaak naar de rechtbank van dat rechtsgebied.

Die rechtbank op verwijzing verklaart zich op haar beurt territoriaal onbevoegd om van de voorwaardelijke invrijheidstelling van de veroordeelde kennis te nemen.

Aangezien beide rechtscolleges zich onbevoegd hebben verklaard, wordt een verzoek tot regeling van rechtsgebied bij het Hof aanhangig gemaakt.

Het Hof buigt zich vooreerst over de beslissing van bevoegdheidsoverdracht, die met toepassing van artikel 635, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is genomen. Dit artikel bepaalt, in substantie, dat indien de strafuitvoeringsrechtbank het, in uitzonderlijke gevallen, voor een bepaalde veroordeelde aangewezen acht om

de bevoegdheid over te dragen aan een andere strafuitvoeringsrechtbank, het een met redenen omklede beslissing neemt nadat die andere strafuitvoeringsrechtbank binnen vijftien dagen een eensluidend advies heeft uitgebracht.

Het Hof vermeldt dat de strafuitvoeringsrechtbank waar de zaak aanvankelijk aanhangig was gemaakt, de zaak niet naar een andere strafuitvoeringsrechtbank kan verwijzen dan op voorwaarde zelf bevoegd te zijn³⁷, wat te dezen niet het geval is. De rechtbank op verwijzing is daarentegen wel degelijk *ratione loci* bevoegd, in zoverre zij zetelt in het rechtsgebied waar de strafinrichting gelegen is waarin de veroordeelde zich bevindt op het ogenblik van het indienen van het verzoek tot voorwaardelijke invrijheidstelling. Dat ogenblik wordt bepaald door de datum van neerlegging van het advies van de directeur van de gevangenis op de griffie van de strafuitvoeringsrechtbank.

Blijft dat, aangezien de zaak niet regelmatig is overgedragen, deze niet regelmatig bij de rechtbank op verwijzing aanhangig is gemaakt. Het Hof, beslissende tot regeling van rechtsgebied, verwijst de zaak naar die rechtbank, wat de onregelmatigheid van de voormelde aanhangigmaking goedmaakt.

B. DE ARTIKELEN 42, 1°, 2°, EN 3°, EN 43BIS VAN HET STRAFWETBOEK VOORZIEN IN DE VERBEURDVERKLARING VAN HET EQUIVALENT EN IN DIE VAN DE INDEPLAATSGESTELDE GOEDEREN ENKEL TEN AANZIEN VAN DE VERMOGENSVOORDELEN EN NIET TEN AANZIEN VAN HET VOORWERP VAN HET MISDRIJF, DE OPBRENGST ERVAN OF DE MIDDELEN OM HET TE PLEGEN³⁸: ARREST VAN 4 APRIL 2008 (C.07.0083.F)

Binnen het kader van het onderzoek dat tegen verschillende personen, onder wie de zaakvoerder van een failliete vennootschap, is ingesteld, beveelt de onderzoeksrechter de zegellegging op de drie, door die vennootschap gebruikte gebouwen. De rechtbank van koophandel machtigt de curator om tot de tegeldemaking van de activa over te gaan en de onderzoeksrechter stemt met de ontzegeling in op voorwaarde dat de opbrengst van de tegeldemaking van de aldaar aangetroffen activa geblokkeerd zal worden op een bijzondere rekening, dat een aparte boekhouding zal worden gevoerd voor elk van de verkooppunten en dat de aldus geblokkeerde gelden enkel met het gezamenlijk akkoord van de curator en de onderzoeksrechter of na een in kracht van gewijsde gegane beslissing zullen worden vrijgegeven. Achteraf verbiedt de onderzoeksrechter de curator met die gelden de verhuurders van de failliete vennootschap te betalen op grond dat die bedragen in aanmerking komen voor verbeurdverklaring, die door de correctionele rechtbank zal worden uitgesproken. De curator verzet zich tegen die beslissing en eist dat voor recht zou worden gezegd dat de verbeurdverklaring niet aan de gezamenlijke schuldeisers kan worden tegengeworpen.

³⁷ Zie Fr. CLOSE en G.-F. RANERI, "Un an de jurisprudence de la Cour de cassation relative au T.A.P.", in *L'exécution des condamnations pénales* (onder leiding van A. MASSET), C.U.P., vol. 101, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008, p. 109, nr. 6.

³⁸ Zie Cass., 22 oktober 2003, AR. P.03.0084.F, A.C., 2003, nr.516, en inzonderheid de conclusie van advocaat-generaal SPREUTELS.

Het bestreden arrest beslist dat de opbrengst van de door de curator te gelde gemaakte activa voorgoed deel uitmaakt van het vermogen van de failliete vennootschap en dat de verbeurdverklaring waarop de Belgische Staat zich in zijn voordeel beroept, niet aan de gezamenlijke schuldeisers kan worden tegengeworpen. Het beslist op grond van artikel 42 van het Strafwetboek dat de door de curator verkochte goederen deel uitmaken ofwel van de zaken die hebben gediend of bestemd waren tot het plegen van de misdrijven (naaimachines, strijktafel, enz.), ofwel van de zaken die uit het misdrijf zijn voortgekomen (kledij). Geen van die goederen vormt echter een vermogensvoordeel dat rechtstreeks uit het misdrijf is verkregen of een goed dat of een waarde die in de plaats van een dergelijk vermogensvoordeel is gesteld, en bovendien kan de opbrengst van de verkoop van die goederen niet worden omschreven als een vermogensvoordeel dat uit het misdrijf is verkregen, aangezien de curator die goederen heeft verkocht met het goedvinden van de onderzoeksrechter. Artikel 42 van het Strafwetboek voorziet niet in de verbeurdverklaring van de goederen en waarden die in de plaats gesteld worden van de zaken die hebben gediend of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf en van de zaken die uit het misdrijf zijn verkregen. Deze bepaling beperkt de verbeurdverklaring van de in de plaats gestelde goederen en waarden tot de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen.

Volgens de eiser in cassatie, de Belgische Staat, moet de in artikel 42, 1^o, van het Strafwetboek bedoelde verbeurdverklaring door de strafrechter worden uitgesproken zelfs wanneer de inbeslaggenomen zaak niet meer in natura voorhanden is op het ogenblik van het vonnis, of wanneer de inbeslaggenomen zaak niet meer in eigendom aan de veroordeelde toebehoort op het ogenblik van het vonnis van de strafrechter, zulks om te beletten dat de inverdenkinggestelde door list ontkomt aan de eventueel door het vonnisgerecht uitgesproken verbeurdverklaring. In het geval dat de door de onderzoeksrechter inbeslaggenomen zaak verkocht is, kan de verbeurdverklaring ten uitvoer gelegd worden op de prijs die de verkochte zaak vervangt in het vermogen van de beslagene die achteraf is veroordeeld, inzonderheid wanneer de prijs van de verkoop van de inbeslaggenomen zaak speciaal geblokkeerd is op een aparte rekening zodat de verkoopprijs niet vermengd zou worden met andere goederen of bezittingen van de beslagene.

Het Hof verwerpt dat standpunt: geen enkele wetsbepaling voorziet in de verbeurdverklaring van het equivalent van het voorwerp van het misdrijf, de opbrengst ervan of de middelen om het te plegen.

C. DE IN ARTIKEL 44 DOPINGDECREET VOORZIENE STRAFUITSLUITENDE VERSCHONINGSGROND KAN NIET WORDEN TOEGEPAST TEN AANZIEN VAN BEZIT VAN VERBODEN SUBSTANTIES ALS BEDOELD IN DE DRUGWET: ARREST VAN 3 JUNI 2008 (P.07.0521.N)

In dit arrest deed het Hof, nadat het daaromtrent een prejudiciële vraag had gesteld aan het Grondwettelijk Hof, uitspraak over de vraag of de strafuitsluitende verschoningsgrond bepaald in artikel 44 van het decreet van 27 maart 1991 inzake medisch verantwoorde sportbeoefening (Dopingdecreet) kan toegepast worden op

misdrijven die door andere wettelijke bepalingen dan dit decreet strafbaar gesteld zijn, meer bepaald door de Drugwet van 1921.

Een beroepswielrenner was betrapt op het gebruik van verdovende middelen en werd strafrechtelijk vervolgd voor inbreuk op de Drugwet. De wielrenner riep evenwel de bepaling van artikel 44 Dopingdecreet in om aan strafvervolgning te ontkomen. Overeenkomstig die bepaling geven strafbare feiten bedoeld in artikel 43 van dat decreet, gepleegd door sportboefenaars ter gelegenheid van hun voorbereiding op of hun deelname aan een sportmanifestatie, alleen aanleiding tot disciplinaire maatregelen. Aldus kon artikel 44 Dopingdecreet ook een strafuitsluitende verschoningsgrond inhouden voor het bezit van verboden substanties strafbaar gesteld door de Drugwet.

Nadat de strafvordering in toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 44 Drugwet onontvankelijk was verklaard, stelde het openbaar ministerie daartegen cassatieberoep in. Het openbaar ministerie voerde aan dat het bestreden arrest de strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 44 Dopingdecreet ten onrechte had toegepast op misdrijven die door andere wettelijke bepalingen dan dit decreet strafbaar gesteld zijn, meer bepaald door de Drugwet.

In een eerder in dezelfde zaak gewezen arrest van 26 juni 2007 had het Hof een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof die ertoe strekte te weten of artikel 44 Dopingdecreet, in die zin geïnterpreteerd dat door deze bepaling een strafuitsluitende verschoningsgrond wordt gecreëerd die ook geldt voor louter het bezit van verboden substanties, d.i. een misdrijf dat wordt strafbaar gesteld door de Drugwet, de regels schendt die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, in zoverre de toepassing ervan de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever in het gedrang brengt. Kernvraag was derhalve of de decreetgever een strafuitsluitende verschoningsgrond kon invoeren met betrekking tot misdrijven strafbaar gesteld door de federale wetgever.

In zijn arrest 62/2008 van 10 april 2008 oordeelde het Grondwettelijk Hof in antwoord op deze prejudiciële vraag dat artikel 44 Dopingdecreet de bevoegdheidsverdelende regels tussen de Federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten schond. Daaruit volgde bijgevolg volgens het Hof dat de in artikel 44 Dopingdecreet bepaalde strafuitsluitende verschoningsgrond in zoverre niet kan worden toegepast en dat het bezit van verboden substanties bedoeld in de Drugwet door een sportbeoefenaar tijdens of bij de voorbereiding van een sportmanifestatie, steeds krachtens die wet strafbaar is. Het bestreden arrest dat oordeelde dat de strafvordering niet onontvankelijk was in zoverre zij het bezit van verboden substanties als bedoeld in de Drugwet betrof, was derhalve niet naar recht verantwoord.

D. HET OORDEEL DAT VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN BIJ DIEFSTAL MET GEWELD OF BEDREIGING OBJECTIEVE VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN ZIJN ZODAT DE PERSOONLIJKE BETROKKENHEID BIJ DEZE OMSTANDIGHEDEN VAN DE MEDEDADER OF MEDEPLICHTIGE ONVERSCHILLIG IS, IS ONVERENIGBAAR MET HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES GEWAARBORGD DOOR DE ARTIKELEN 6 EVRM EN 14 IVBPR: ARREST VAN 17 JUNI 2008 (P.08.0070.N), MET CONCLUSIE VAN EERSTE ADVOCaat-GENERAAL M. DE SWAEF

In dit arrest oordeelt het Hof over een verzoekschrift tot heropening van de rechtspleging bedoeld in artikel 442*bis*, en volgende, van het Wetboek van Strafvordering. De aanvrager was samen met twee andere personen verwezen naar het Hof van Assisen van de provincie Oost-Vlaanderen wegens mededaderschap aan roofmoord, d.i. een diefstal met geweld, met de verzwarende omstandigheid dat, om de diefstal te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, het slachtoffer opzettelijk werd gedood met het oogmerk om te doden (artikelen 66, 392, 393, 461, eerste lid, 468, 475 en 483 van het Strafwetboek). Hoewel de aanvrager het hof van assisen had verzocht de vragen aan de jury betreffende de verzwarende omstandigheid te individualiseren, wees het hof die vraag af om reden dat de diefstal het hoofdfeit uitmaakt, zodat alle reële verzwarende omstandigheden al diegenen treffen die aan de diefstal hebben deelgenomen, zelfs als hun rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan het geweld, aan de ongewilde dood of aan de doodslag niet bewezen is en zij die niet gewild hebben. Uiteindelijk verklaarde de jury de aanvrager schuldig aan diefstal, niet met de verzwarende omstandigheid van opzettelijke doodslag, maar met de verzwarende omstandigheid van gebruik van geweld zonder het oogmerk om te doden maar met de dood tot gevolg en werd hij veroordeeld tot 30 jaar opsluiting, afzetting van titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen en levenslange ontzetting van rechten aangehaald in artikel 31 Strafwetboek. Het cassatieberoep dat daartegen werd ingesteld, werd verworpen.

De aanvrager richtte zich daarop tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Bij arrest nummer 50372/99 van 2 juni 2005 oordeelde dat Hof dat aanvragers klacht gegrond was en dat artikel 6.1 EVRM werd geschonden, dit op onder meer de volgende gronden: het feit dat een rechtscollège geen oog heeft voor de argumenten die betrekking hebben op een essentieel punt dat dergelijke zware gevolgen met zich meebrengt, is onverenigbaar met het recht op tegenspraak dat de kern vormt van het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door artikel 6 EVRM; dergelijk besluit is in het bijzonder in deze zaak geboden, rekening houdend met het feit dat de juryleden hun oordeel niet kunnen motiveren; de nauwkeurigheid in de vraagstelling moet op gepaste wijze de beknopte antwoorden van de jury compenseren. Het Hof voor de Rechten van de Mens besliste in dit arrest – dat op 2 september 2005 in kracht van gewijsde is gegaan – ook dat de Belgische Staat de aanvrager een schadevergoeding moest betalen.

In het arrest van 17 juni 2008 beoordeelt het Hof van Cassatie vooreerst de aanvraag tot heropening: de voorwaarden voor de heropening van de rechtspleging waren vervuld. Het Hof wijst er op dat artikel 442*quinquies*, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat wanneer uit het onderzoek van de aanvraag blijkt

hetzij dat de bestreden beslissing ten gronde strijdig is met het EVRM, hetzij dat de vastgestelde schending het gevolg is van procedurefouten of -tekortkomingen die dermate ernstig zijn dat ernstige twijfel bestaat over de uitkomst van de bestreden rechtspleging, het Hof van Cassatie de heropening van de rechtspleging beveelt, voor zover de veroordeelde partij of de rechthebbenden bedoeld in artikel 442*ter*, 2^o, zeer ernstige nadelige gevolgen blijven ondervinden, die slechts door een heropening kunnen worden hersteld. Aansluitend oordeelt het Hof dat er ernstige twijfel bestaat over de uitkomst van de bestreden rechtspleging indien de jury had moeten antwoorden op de voor de aanvrager geïndividualiseerde vragen over de verzwarende omstandigheden en dat de omstandigheid dat de aanvrager ondertussen bij vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank voorwaardelijk in vrijheid was gesteld, eraan niet afdoet dat zijn penitentiaire toestand totaal anders zou zijn mocht hij maar veroordeeld zijn wegens gewone diefstal zodat de aanvrager zeer ernstige nadelige gevolgen blijft ondervinden van zijn veroordeling.

Bij de daaropvolgende beoordeling van het oorspronkelijk ingestelde cassatieberoep stelt het Hof dat de artikelen 468, 474 en 475 van het Strafwetboek omstandigheden bij diefstal bepalen, die aanleiding geven tot strafverzwaring en dat deze omstandigheden vroeger door de rechtspraak werden beschouwd als objectieve verzwarende omstandigheden, zodat de persoonlijke betrokkenheid bij deze omstandigheden van de mededader of medeplichtige onverschillig was. Evenwel beslist het Hof thans dat het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR dergelijke uitlegging van de wet ontoelaatbaar maakt en dat ze integendeel de beoordeling van deze omstandigheden in hoofde van elke mededader of medeplichtige afzonderlijk vereisen. Daaruit volgt dat wanneer iemand beschuldigd wordt van een diefstal met een van de verzwarende omstandigheden van de artikelen 468, 474 en 475 van het Strafwetboek, het Hof van assisen de jury daaromtrent een geïndividualiseerde vraag moet stellen. Het oorspronkelijke middel wordt bijgevolg gegrond bevonden.

Het Hof stelt verder nog, wat de gevolgen van de cassatie betreft, dat een individuele berechting niet vereist dat alle beschuldigten samen voor de rechter verschijnen en dat de afweging van ieders aandeel ook kan geschieden buiten de aanwezigheid van de medebeschuldigten. Inzake de omvang van de cassatie, oordeelt het Hof dat de vernietiging enkel de vraagstelling omvat van de jury betreffende de schuld van de aanvrager aan de verzwarende omstandigheden en de hem opgelegde straftoemeting. Omdat de herziening de aanvrager geen nadeel mag toebrengen, merkt het Hof aldus op dat aan de jury slechts vragen mochten gesteld worden over de verzwarende omstandigheid omschreven in artikel 468 Strafwetboek van diefstal door middel van geweld of bedreiging en betreffende de verzwarende omstandigheid omschreven in artikel 474 Strafwetboek van diefstal met geweld of bedreiging gepleegd zonder het oogmerk om te doden, en toch de dood heeft veroorzaakt. Ten slotte herinnert het Hof eraan dat krachtens artikel 442*bis* Wetboek van Strafvordering de heropening van de rechtspleging enkel gevraagd kan worden wat de strafvordering betreft zodat daaruit volgt dat ingeval van heropening van de rechtspleging, de cassatie niet kan uitgebreid worden tot de beslissingen over de schadevergoedingen voor de burgerlijke partijen.

Het Hof beveelt derhalve de heropening van de rechtspleging die aanleiding had gegeven tot het eerdere cassatiearrest en trekt dat arrest in in zoverre het het cassatieberoep van de eiser verwierp. Voorts vernietigt het Hof het bestreden arrest van het hof van assisen in zoverre dit het verzoek van de eiser afwees waarbij hij verzocht bepaalde vragen individueel te stellen en het arrest van het hof van assisen waarbij hij tot een straf werd veroordeeld. De aldus beperkte zaak wordt verwezen naar een ander hof van assisen.

§ 9. Milieu- en stedenbouwmisdrijven

DE ONTVANKELIJKHEID VAN EEN CASSATIEBEROEP TEGEN EEN BESLISSING WAARBIJ EEN STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING EN EEN STEDENBOUWKUNDIGE HERSTELMAATREGEL WORDT OPGELEGD, MOET, WAT DIE BEIDE ASPECTEN VAN DE BESTREDEN BESLISSING BETREFT, OP VERSCHILLENDE WIJZE ONDERZOCHT WORDEN: ARREST VAN 17 SEPTEMBER 2008 (P.07.1838.F), GEWEZEN IN VOLTALLIGE ZITTING, MET CONCLUSIE VAN PROCUREUR-GENERAAL J.-FR. LECLERCQ

Voor de samenvatting van dit arrest, wordt verwezen naar Afdeling 4, uitspraken in strafzaken, §1, B.

§ 10. Rechtsplegingsvergoeding

HET MIDDEL DAT VOOR HET EERST VOOR HET HOF VAN CASSATIE OPWERPT DAT DE APPELRECHTERS GEEN VEROORDELING KONDEN UITSPREKEN TOT BETALING VAN EEN RECHTSPLEGINGSVERGOEDING IS NIEUW EN DUS NIET ONTVANKELIJK, WANNEER DE EISENDE PARTIJ VOOR DE APPELRECHTER DE MOGELIJKHEID HAD OM ER ZICH TEGEN TE VERZETTEN: ARREST VAN 18 NOVEMBER 2008 (P.08.0768.N)

Nadat twee vennootschappen bij de onderzoeksrechter klacht met burgerlijke partijstelling hadden neergelegd, oordeelde de raadkamer op 9 mei 2007 dat er geen aanleiding was tot vervolging van de in verdenking gestelden. Tegen deze beschikking kwamen de beide rechtspersonen in hoger beroep. De kamer van inbeschuldigingstelling bevestigde bij arrest van 8 april 2008 de beroepen beschikking. Zij veroordeelde de burgerlijke partijen tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van 3.000 EUR aan elke in verdenking gestelde.

Tegen dat arrest stelden de burgerlijke partijen cassatieberoep in. Ze voerden meer bepaald schending aan van de artikelen 128 en 135 van het Wetboek van Strafvordering, artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek alsook van de artikelen 2 en 3 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 en 3 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat. Ze waren immers van oordeel dat de appelrechters hen onterecht hadden veroordeeld tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding aan de verweerders.

Het Hof wees dit middel evenwel af door te overwegen dat uit de stukken van de rechtspleging bleek dat de verweerders voor de appelrechters de veroordeling van de eisers tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding hadden gevorderd en dat de eisers daarover geen verweer hadden gevoerd. Het middel was derhalve nieuw en dus niet ontvankelijk.

§ 11. Andere uitspraken in strafzaken

TOEZICHT VAN DE ONDERZOEKSGERECHTEN OP DE AFWEZIGHEID VAN ERNSTIGE RISICO'S DAT DE PERSOON, INDIEN HIJ WORDT UITGELEVERD, IN DE VERZOEKENDE STAAT WORDT ONDERWORPEN AAN FLAGRANTE RECHTSWEIGERING, FOLTERING OF ONMENSELIJKE EN ONTERENDE BEHANDELING: ARREST VAN 28 MEI 2008 (P.08.0680.F), MET CONCLUSIE ADVOCaat-GENERAAL D. VANDERMEERSCH

Artikel 4 van de Wet van 15 mei 2007³⁹ heeft een tweede lid ingevoegd in artikel 2*bis* van de Uitleveringswet van 15 maart 1874. Naar luid daarvan, kan geen uitlevering worden toegestaan wanneer er ernstige risico's bestaan dat de persoon, indien hij wordt uitgeleverd, in de verzoekende Staat wordt onderworpen aan flagrante rechtsweigerings, foltering of onmenselijke en onterende behandeling.

Legt deze bepaling de onderzoeksgerechten op om, wanneer ze uitspraak moeten doen over de uitvoerbaarheid van een door de buitenlandse overheid verleend bevel tot aanhouding of een gelijkwaardige titel, na te gaan of de voormelde risico's bestaan?

Dit is de vraag die te dezen wordt voorgelegd. De Oekraïense overheid dient een verzoek tot uitlevering in op grond van een internationaal aanhoudingsbevel. Dat bevel wordt bij beschikking van de raadkamer tenuitvoergelegd en de persoon om wiens uitlevering wordt verzocht, wordt opgesloten. In het kader van diens hoger beroep voert hij risico's op onmenselijke en onterende behandeling aan, welke aan de bevestiging van de beschikking tot tenuitvoerlegging in de weg staan. Daarom verzoekt hij de kamer van inbeschuldigingstelling om over te gaan tot het toezicht van het bestaan van deze risico's in het kader van de rechtspleging van tenuitvoerlegging.

De kamer van inbeschuldigingstelling willigt dat verzoek niet in. Zij oordeelt integendeel dat het onderzoek van de aangevoerde risico's de wenselijkheid van de uitlevering betreft, wat tot de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van de regering behoort, dat die risico's bijgevolg de bevestiging van de beschikking tot uitvoerbaarverklaring niet kunnen beletten en zullen worden onderzocht in het kader van het met redenen omklede advies van de kamer van inbeschuldigingstelling aan de regering.

Het Hof vernietigt dit arrest.

³⁹ Wet tot wijziging van de wet van 1 oktober 1833 op de uitleveringen en van de uitleveringswet van 15 maart 1874.

Steunend op haar traditionele rechtspraak⁴⁰, vermeldt het allereerst dat in het geval van een verzoek tot uitlevering, het onderzoeksgerecht, dat uitspraak doet over de uitvoerbaarheid van een door een buitenlandse overheid verleend bevel tot aanhouding of een gelijkwaardige titel, met eerbiediging van het recht van verdediging moet nagaan of de voorgelegde titel aan de wettelijke of verdragsrechtelijke vereisten inzake uitlevering voldoet.

Welnu, volgens het Hof legt het tweede lid van artikel 2*bis* van de Wet van 15 maart 1874 een algemene uitleveringsvoorwaarde op en ligt het nazicht van die voorwaarde bij de onderzoeksgerechten.

AFDELING 5 - UITSPRAKEN IN SOCIALE ZAKEN

§ 1. Rechtsmacht van de rechter

GRENZEN VAN DE BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER OM EEN DOOR HET GRONDWETTELIJKE HOF VASTGESTELDE LEEMTE IN DE WETGEVING OP TE VULLEN, INZONDERHEID WAT BETREFT DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE ARBEIDSONGEVALLENWET OP DE ONBEZOLDIGDE STAGIAIRS: ARREST VAN 3 NOVEMBER 2008 (S.07.0013.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. MORTIER

In een arrest van 3 november 2008 spreekt het Hof zich uit over de vraag of de rechter de leemte die het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld in de Arbeidsongevallenwet met betrekking tot de toepassing ervan op de onbezoldigde stagiairs, kan opvullen door deze wet toe te passen op de gediscrimineerde categorie.

Een jongeman werd het slachtoffer van een ongeval terwijl hij in het raam van zijn studieprogramma een onbezoldigde stage volbracht in een bedrijf. Hij vorderde van de arbeidsongevallenverzekeraar van het bedrijf de betaling van de wettelijke vergoedingen conform de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971. Het arbeidshof stelde vast dat onbezoldigde stagiairs niet onder het toepassingsgebied van de Arbeidsongevallenwet vallen, maar wel onder dit van de beroepsziektenregeling en stelde daarover een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. In het arrest nr. 186/2004 van 16 november 2004 heeft het Grondwettelijk Hof voor recht gezegd dat de Arbeidsongevallenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt doordat zij niet van toepassing is op de onbezoldigde stagiairs, die tijdens het verrichten van de door hun studieprogramma voorgeschreven arbeid in een bedrijf, het slachtoffer zijn van een arbeidsongeval. Het arbeidshof stelde vast dat het zich, overeenkomstig artikel 28 van de Bijzondere wet op het Arbitragehof, voor de oplossing van het geschil naar het arrest van het Grondwettelijk Hof diende te voegen en oordeelde dat het op grond van die wettelijke verplichting bevoegd was om de Arbeidsongevallenwet toe te passen op de onbezoldigde stagiairs.

In het arrest van 3 november 2008 beslist het Hof dat de appelrechters, door de Arbeidsongevallenwet van toepassing te verklaren op de onbezoldigde stagiairs,

⁴⁰ Zie met name Cass., 13 juni 2000, *A.C.*, 2000, nr. 363.

artikel 28 van de Bijzondere wet op het Arbitragehof en het algemeen beginsel inzake de scheiding der machten schenden.

Het arrest impliceert niet dat de rechter nooit een ongrondwettige leemte in de wet kan opvullen. In overeenstemming met het in voltallige zitting gewezen arrest van 14 oktober 2008 (P.08.1329.N)⁴¹ overweegt het Hof namelijk eerst dat wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetsbepaling een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden en wanneer de rechter dezelfde uitlegging geeft van de wet zoals het Grondwettelijk Hof, de rechter zo mogelijk deze leemte moet opvullen. Of dit mogelijk is, hangt af van de leemte zelf. Indien aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door die wetsbepaling, binnen het kader van de bestaande wettelijke regeling, aan te vullen zodat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kan en moet de rechter dit doen. Indien echter de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een andere regeling wordt ingevoerd, die een hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of een aanpassing van een of meer andere wettelijke bepalingen vereist, kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen.⁴²

Wat de kwestieuze leemte in de Arbeidsongevallenwet betreft, is het Hof van oordeel dat die niet zonder meer kan worden opgevuld door de wet van toepassing te verklaren op onbezoldigde stagiairs die, tijdens het verrichten van de door hun studieprogramma voorgeschreven arbeid in een bedrijf, het slachtoffer zijn van een arbeidsongeval. Om die leemte op te vullen moet immers bepaald worden wie voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet als de werkgever wordt beschouwd, op wie de strafrechtelijk gesanctioneerde verplichting rust een arbeidsongevallenverzekering aan te gaan voor de bedoelde onbezoldigde stagiairs. Dit kan de rechter niet in de plaats van de wetgever bepalen.

De leemte is inmiddels weggewerkt. Een koninklijk besluit van 13 juni 2007 heeft de onbezoldigde stagiairs opgenomen in het toepassingsgebied van de Arbeidsongevallenwet.⁴³ Het besluit bepaalt dat de onderwijsinstelling (en dus niet het bedrijf waar de stage wordt volbracht) als de werkgever wordt beschouwd voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet. Bovendien gelden voor de bedoelde stagiairs bijzondere regels. Zo is geen vergoeding verschuldigd voor de tijdelijke arbeidsongeschiktheid en voor de ongevallen op de weg naar of van het werk.

⁴¹ Zie dit jaarverslag, afdeling 4, uitspraken in strafzaken, §1, C. Het arrest van 14 oktober 2008 heeft betrekking op een discriminatoire leemte in een wetsbepaling betreffende de strafvordering. Het arrest van 3 november 2008 breidt de regel uit tot een discriminatoire leemte in eender welke wetsbepaling.

⁴² In gelijkaardige zin weigert het Hof in een arrest van 11 december 2008 een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, aangezien de aangevoerde lacune, in de veronderstelling dat ze de Grondwet schendt, de tussenkomst van de wetgever vereist om de modaliteiten te bepalen van het nieuw uit te werken systeem.

⁴³ Koninklijk besluit van 13 juni 2007 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 oktober 1971 tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, *BS* 25 juni 2007. Het besluit is in werking getreden op 1 januari 2008.

In zijn gelijkkluidende conclusie had het openbaar ministerie erop gewezen dat het toepasselijk verklaren van de Arbeidsongevallenwet op het voorliggende geval tot gevolg heeft dat de arbeidsongevallenverzekeraar van het bedrijf waar de stagiair zijn onbezoldigde stage deed, ook vergoeding verschuldigd zal zijn voor de tijdelijke arbeidsongeschiktheid van de stagiair, hoewel de gesloten verzekeringsovereenkomst geen dekking bood voor dit risico. Het op een actieve manier wegwerken van de discriminatie door de rechter geeft in die zin aanleiding tot onrechtvaardige situaties en leidt tot resultaten die niet in overeenstemming zijn met de nadien uitgedrukte wil van de wetgever.

§ 2. Arbeidsovereenkomst

A. BEWIJSLAST MISKENNING VAN HET ONTSLAGVERBOD BIJ TIJDSKREDIET: ARREST VAN 14 JANUARI 2008 (S.07.0049.N)

In het arrest van 14 januari 2008 neemt het Hof een standpunt in over de bewijslast met betrekking tot de miskennis van het ontslagverbod geldend bij tijdscrediet of loopbaanvermindering.

Artikel 20, § 2, van de CAO nr. 77bis van 19 december 2001 bepaalt dat de werkgever geen handeling mag stellen die tot doel heeft eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking behalve om een dringende reden of om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties wegens de uitoefening van het recht op tijdscrediet of loopbaanvermindering.

De schending van dit ontslagverbod geeft krachtens artikel 20, § 4, van de CAO nr. 77bis recht op vergoeding: de werkgever die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden of om een reden waarvan de aard en de oorsprong niet vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties vanwege de uitoefening van het recht op tijdscrediet of loopbaanvermindering, dient aan de werknemer een forfaitaire vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon van zes maanden, onverminderd de vergoedingen die bij een verbreking van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer betaald moeten worden.

Een werkneemster wenste na een periode van tijdscrediet het werk te hervatten. Waar de werkgever van mening was haar een functie aan te bieden gelijkwaardig aan de voorheen uitgeoefende functie, beweerde de werkneemster dat hij meerdere essentiële bestanddelen van haar arbeidsovereenkomst op belangrijke wijze eenzijdig gewijzigd had en aldus de arbeidsovereenkomst beëindigd had.

De appelrechters volgden het standpunt van de werkneemster en kenden haar zowel een opzeggingsvergoeding toe als een forfaitaire vergoeding wegens schending van het ontslagverbod geldend bij tijdscrediet.

De appelrechters waren van oordeel dat het aan de werkgever toekomt aan te voeren en te bewijzen dat de arbeidsovereenkomst werd beëindigd om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens de uitoefening van het recht op tijdscrediet of loopbaanvermindering, m.a.w. om een toegelaten reden.

In zijn cassatievoorziening voerde de werkgever aan dat integendeel de werknemer, die een miskennis van het in artikel 20 van de CAO nr. 77bis bepaalde ontslagverbod inroept, dient aan te voeren en te bewijzen dat hij werd ontslagen om een reden die niet toegelaten is. In de CAO nr. 77bis komt immers geen bepaling voor die de aanvoerings- en bewijslast regelt met betrekking tot de miskennis van het in artikel 20 voorkomende ontslagverbod, zodat toepassing gemaakt moet worden van de gemeenrechtelijke regels inzake de aanvoerings- en de bewijslast.

In tegenstelling tot sommige andere gelijkaardige ontslagverboden (bv. de ontslagbescherming bij zwangerschap krachtens artikel 40 Arbeidswet) bepaalt artikel 20 CAO nr. 77bis niet uitdrukkelijk dat de werkgever dient te bewijzen dat een toegelaten reden tot ontslag voorhanden is. Toch is de rechtsleer overwegend van oordeel dat dergelijke bescherming tegen ontslag om welbepaalde redenen, de verschuiving van de bewijslast tot gevolg heeft.

Het Hof volgt deze laatste zienswijze. Het oordeelt dat uit artikel 20, §§ 2-4, volgt dat wanneer de werkgever de dienstbetrekking van de werknemer die het recht op tijdskrediet heeft uitgeoefend, eenzijdig beëindigt in de periode waarin het bij artikel 20, § 2, bedoelde ontslagverbod geldt en de werknemer de bijzondere ontslagvergoeding vordert, het aan de werkgever is te bewijzen dat hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een dringende reden of om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens de uitoefening van het recht op tijdskrediet.

B. VAKANTIEGELD OP VARIABEL LOON: ARREST VAN 11 FEBRUARI 2008 (S.07.0085.N)

Naar aanleiding van een controle door de sociale inspectie werd vastgesteld dat een verzekeringsmaatschappij aan bepaalde van haar bedienden jaarlijks variabele premies toekende, maar deze niet had opgenomen in de basis voor de berekening van het vakantiegeld. Deze premies werden toegekend en berekend op grond van een door de verzekeringsmaatschappij ontwikkeld evaluatiesysteem.

De RSZ was van oordeel dat deze premies als veranderlijk loon in de zin van artikel 39 van het KB van 30 maart 1967 (hierna genoemd: Vakantiebesluit) moeten worden beschouwd voor de berekening van het vakantiegeld voor bedienden. De RSZ vorderde vervolgens de betaling van achterstallige socialezekerheidsbijdragen op het niet toegekende vakantiegeld.

De appelrechters oordeelden dat de vordering van de eiser ongegrond was omdat deze premies geen veranderlijk loon uitmaakten, waarop bijgevolg geen vakantiegeld verschuldigd was.

De beslissing van de appelrechters dateerde van vóór het arrest van 18 september 2006 (S.05.0020.N; Jaarverslag 2006, p.104-106) waarin het Hof standpunt heeft ingenomen omtrent de inhoud van het begrip veranderlijk loon en de draagwijdte van het KB van 1 maart 1999, vervangen bij KB van 28 april 1999, waarbij aan artikel 39 van het Vakantiebesluit een zesde lid werd toegevoegd.

Dit toegevoegd zesde lid verduidelijkt dat als veranderlijke wedde in de zin van artikel 39, eerste lid, ook in aanmerking wordt genomen: de veranderlijke premies

waarvan de toekenning gekoppeld is aan een beoordeling van de prestaties van de bediende, aan zijn productiviteit, aan het resultaat van de onderneming of van een afdeling ervan, of aan ieder criterium dat de betaling ervan onzeker en wisselend maakt, ongeacht de periodiciteit of het ogenblik van deze premies.

De appelrechters gingen ervan uit dat, nu de inwerkingtreding van het besluit uitdrukkelijk wordt bepaald op 1 december 1998, en in de aanhef bovendien vermeld wordt dat “voortaan” het begrip variabele wedde in die zin moet begrepen worden, het slechts vanaf deze datum is dat variabele premies die een grotere periodiciteit hebben dan een maand, in de berekening van het vakantiegeld moeten opgenomen worden en de voormelde KB's van 1 maart 1999 en 28 april 1999 geen interpretatieve KB's zijn.

Het Hof vernietigt deze beslissing. Het bevestigt zijn standpunt van het hoger vermeldde arrest van 18 september 2006. Op grond van de toelichting in de aanhef van het KB van 28 april 1999, waarin wordt gesteld dat het de bedoeling is de toestand voor de toekomst te verhelderen en niet het verleden op losse schroeven te zetten, kan niet besloten worden dat voor de periode vóór de inwerkingtreding, dit is vóór 1 december 1998, geen vakantiegeld verschuldigd was op de jaarlijks toegekende bonussen of premies. Dit KB wilde immers enkel een einde maken aan de discussies die hieromtrent gerezen waren en de onzekerheid wegnemen door duidelijk standpunt in te nemen.

Het Hof beslist dienvolgens dat ook voor de periode vóór 1 december 1998 de jaarlijks betaalde premies of bonussen onder bepaalde voorwaarden als veranderlijk in de zin van artikel 39, eerste lid, van het Vakantiebesluit moeten beschouwd worden.

Tevens herneemt het Hof zijn standpunt dat voor de toepassing van artikel 39 van het Vakantiebesluit het loon als veranderlijk moet beschouwd worden wanneer de toekenning ervan als loon, dit is als tegenprestatie voor de in de arbeidsovereenkomst bedongen arbeid, afhankelijk is van criteria die de betaling ervan onzeker en wisselend maken. Het Hof verduidelijkt dat wanneer de betaling van het loonvoordeel zeker is, maar alleen het bedrag ervan wisselend is, het geen veranderlijk loon betreft.

Opdat er sprake kan zijn van veranderlijk loon, moet de betaling van het loonvoordeel dus een onzeker element inhouden. Meer bepaald moet deze afhangen van onzekere en wisselende criteria zoals productiviteit, bedrijfsresultaten en winst.

C. DE WETTELIJKE BEPALINGEN BETREFFENDE DE VASTSTELLING VAN DE DUUR VAN DE OPZEGGINGSTERMIJN ZIJN ALLEEN DWINGEND TEN VOORDELE VAN DE WERKNEMER: ARREST VAN 7 APRIL 2008 (S.07.0098.F)

Wanneer een akte, die dagtekent van vóór de kennisgeving van een ontslag, ertoe strekt de duur vast te stellen van de door de werkgever toe te kennen opzeggingstermijn, kan de nietigheid van die akte ten aanzien van de bepalingen van artikel 82, §3, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, alleen worden aangevoerd door de werknemer, aangezien die bepalingen alleen in zijn voordeel dwingend zijn. Dit leert ons een arrest van het Hof van 7 april 2008.

Bij zijn ontslag ontvangt een bediende een compensatoire opzeggingsvergoeding die lager is dan die welke hij eiste, overeenkomstig een eenzijdige verbintenis die zijn werkgever met het oog hierop enkele jaren vóór het ontslag had aangegaan. Die werknemer valt onder de categorie van werknemers wier opzeggingstermijn, krachtens artikel 82, §3, van de wet van 3 juli 1978, vastgesteld wordt hetzij bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter.

Het arbeidshof weigert uitwerking te verlenen aan de akte waarop de werknemer zich beroept, op grond dat de bepalingen van de brief waarin de verbintenis is aangegaan, zoals de werkgever aanvoert, nietig zijn, aangezien die verbintenis geen individuele overeenkomst vormt die ten vroegste op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging is gesloten, en die de enige mogelijkheid is om de tussenkomst van de rechter bij de vaststelling van de opzeggingstermijn uit te sluiten. Het arbeidshof voegt hieraan toe dat die nietigheid, die door de werknemer niet is aangevoerd, ook door de werkgever kan worden aangevoerd.

In zijn arrest van 7 april 2008 vernietigt het Hof die beslissing, op grond dat zij niet wettig verantwoord is ten aanzien van artikel 82, §3, van de wet van 3 juli 1978, aangezien die bepalingen alleen dwingend zijn ten voordele van de werknemer. Zo komt het Hof terug op zijn rechtspraak, naar luid waarvan de betrokken bepalingen dwingend zijn in het voordeel van alle partijen. Die ommekeer is het gevolg van de opschudding die het aan die eerdere rechtspraak onderliggende idee in de rechtsleer had veroorzaakt, volgens welke het dwingend bilateraal karakter van die bepalingen voortvloeide uit het feit dat ze de bevoegdheid van de rechter regelden en de openbare orde dus raakten.

D. ONRECHTMATIGE TERBESCHIKKINGSTELLING VAN WERKNEMERS DOOR EEN UITZENDBUREAU: ARREST VAN 1 DECEMBER 2008 (S.07.0043.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. MORTIER

In een arrest van 1 december 2008 duidt het Hof aan welke de gevolgen zijn van een onrechtmatige terbeschikkingstelling van een werknemer door een uitzendbureau.

Via tussenkomst van een erkend uitzendbureau, werd een actrice ter beschikking gesteld van een vzw om mee te werken aan een musical.

De actrice vorderde van de vzw en het uitzendbureau de betaling van achterstallig loon voor de periode van 25 juli 2002 tot 25 augustus 2002. Naar aanleiding van die vordering ontstond discussie over de vraag of er tussen de actrice en het uitzendbureau een al dan niet regelmatige arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid bestond.

De arbeidsrechtbank verklaarde de vordering gegrond en veroordeelde het uitzendbureau en de vzw solidair tot betaling van het achterstallige loon.

Het arbeidshof verklaarde het hoger beroep tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank ongegrond. Enerzijds stelde het arbeidshof vast dat de tewerkstelling van de actrice bij de vzw betrekking had op werkzaamheden die tot

de gewone activiteiten van die vzw behoorden. Er was dan ook volgens het arbeidshof niet aangetoond dat de actrice door het uitzendbureau ter beschikking werd gesteld en door de vzw als gebruiker werd tewerkgesteld voor de uitvoering van toegelaten tijdelijke arbeid in de zin van de Uitzendarbeidswet. Overeenkomstig artikel 20 van de Uitzendarbeidswet, had dit tot gevolg dat de vzw (gebruiker) en de actrice (uitzendkracht) beschouwd moesten worden als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Anderzijds stelde het arbeidshof vast dat de arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid m.b.t. de periode van 25 juni tot 25 juli 2002 niet voldeed aan de vormvoorwaarden van artikel 8 van de Uitzendarbeidswet, omdat ze niet tijdig schriftelijk werd vastgesteld. Dit had tot gevolg dat voor de overeenkomst tussen het uitzendbureau en de actrice uitsluitend de regels golden inzake de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomsten. Aangezien het uitzendbureau de overeenkomst niet had beëindigd, vóór het einde van de tewerkstelling van de actrice bij de vzw, was het bureau als werkgever het gevorderde loon verschuldigd aan de actrice.

Het uitzendbureau stelde een cassatieberoep in tegen deze beslissing. Het voerde aan dat de overeenkomst gesloten tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht krachtens artikel 9 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 58 van 7 juli 1994, van rechtswege is beëindigd wanneer de gebruiker, in strijd met de bepalingen van de Uitzendarbeidswet, een uitzendkracht tewerkstelt voor de uitvoering van andere dan door de Uitzendarbeidswet toegelaten tijdelijke arbeid. Nu de overeenkomst op grond van die bepaling van rechtswege beëindigd was, kon het arbeidshof niet wettig beslissen dat het uitzendbureau als werkgever gehouden was tot betaling van het loon aan de actrice.

Het Hof verklaart dit middel niet ontvankelijk, omdat de beslissing van het arbeidshof naar recht verantwoord is op grond van de redenen die het Hof in de plaats stelt van deze van het arbeidshof. De in de plaats gestelde redenen hebben betrekking op de gevolgen van de onrechtmatige terbeschikkingstelling door een uitzendbureau. Het Hof maakt daarbij een onderscheid naargelang al dan niet is voldaan aan de grondvoorwaarden dan wel aan de vormvoorwaarden voor de overeenkomst voor uitzendarbeid.

Wanneer een uitzendbureau werknemers ter beschikking stelt voor de uitvoering van arbeid die in het raam van uitzendarbeid toegelaten is, maar de vormvoorwaarden voor de arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid niet zijn nageleefd, heeft dit enkel voor gevolg dat deze overeenkomst voor onbepaalde duur geldt, overeenkomstig artikel 8 § 1, vijfde lid van de Uitzendarbeidswet. De overeenkomst blijft wel haar eigen karakter van arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid behouden.

Dit is niet het geval wanneer een uitzendbureau werknemers ter beschikking stelt voor andere dan voor uitzendarbeid toegelaten tijdelijke arbeid. In dat geval overtreedt het uitzendbureau het in artikel 31, § 1, van de Uitzendarbeidswet bepaalde algemene verbod van terbeschikkingstelling die niet gebeurt volgens de regels inzake tijdelijke arbeid en uitzendarbeid. De overeenkomst voor uitzendarbeid is dan, overeenkomstig artikel 31, § 2, van de Uitzendarbeidswet, nietig vanaf de verboden terbeschikkingstelling, zodat zij vanaf dat ogenblik van rechtswege een einde neemt (zoals ook bepaald is in artikel 9 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 58). De werkkraacht blijft echter niet met lege handen,

omdat de gebruiker en de werkracht in dit geval op grond van artikel 31, § 3, van de Uitzendarbeidswet beschouwd worden als zijnde verbonden door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur. Bovendien bepaalt artikel 31, § 4, dat de gebruiker en de persoon die werknemers ter beschikking stelt in strijd met het algemene verbod bepaald in § 1, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van het loon voortvloeiend uit de overeenkomst die overeenkomstig artikel 31, § 3, ontstaat tussen de gebruiker en de uitzendkracht. Het arrest van 1 december 2008 aanvaardt dat deze hoofdelijke gehoudenheid ook geldt wanneer de verboden terbeschikkingstelling gebeurt door een uitzendbureau.⁴⁴

Nu volgens het arbeidshof niet is aangetoond dat de actrice door het uitzendbureau ter beschikking werd gesteld voor de uitvoering van toegelaten tijdelijke arbeid, is de solidaire veroordeling van het uitzendbureau en de gebruiker tot betaling van het achterstallige loon naar recht verantwoord op grond van de toepassing van artikel 31, § 4, van de Uitzendarbeidswet.

E. BEREKENINGSBASIS VAN DE INTEREST OP ACHTERSTALLIG LOON: ARREST VAN 1 DECEMBER 2008 (S.07.0116.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. MORTIER

Op 1 december 2008 heeft het Hof een arrest uitgesproken met betrekking tot de gevolgen van de bekrachtiging door de wetgever van het koninklijk besluit van 3 juli 2005, dat de inwerkingtreding regelt van de nieuwe regeling inzake interest op achterstallig loon.

Krachtens artikel 10, eerste lid, van de Loonbeschermingswet is voor het loon van rechtswegse interest verschuldigd met ingang van het tijdstip waarop het eisbaar wordt.

Aanvankelijk bepaalde artikel 10 van de Loonbeschermingswet niet op welk bedrag de interest berekend moet worden: op het nettobedrag van het achterstallige loon (m.a.w. het bedrag verkregen na aftrek van de werknemersbijdragen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing) of op het brutobedrag? Het Hof besliste meermaals dat deze bepaling alleen betrekking heeft op het nettobedrag van het loon.⁴⁵

Artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen heeft artikel 10 van de Loonbeschermingswet vervangen en er een tweede lid aan toegevoegd. Dat bepaalt dat de interest wordt berekend op het loon, vooraleer de in

⁴⁴ In het prejudicieel arrest nr. 62/2000 van 8 mei 2001 heeft het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) geoordeeld dat artikel 31, § 4, van de Uitzendarbeidswet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt in zoverre deze bepaling van toepassing is op personen die werknemers ter beschikking stellen van gebruikers en niet op de uitzendbedrijven. Het Grondwettelijk Hof ging daarbij uit van de interpretatie die de verwijzende rechter aan artikel 31 § 4 van de Uitzendarbeidswet gaf. Zoals het Openbaar Ministerie in zijn conclusie benadrukt, impliceert dit echter geen eigen oordeel van het Grondwettelijk Hof over de interpretatie die de verwijzende rechter vooropstelt en staat het elke rechter vrij alsnog een andere interpretatie aan te houden.

⁴⁵ O.a. Cass. 16 maart 1986, *A.C.* 1985-86, 956; Cass. 7 april 2003, *A.C.* 2003, 887; Cass. 6 februari 2006, *Pas.* 2006, 314

artikel 23 van de Loonbeschermingswet bedoelde inhoudingen in mindering zijn gebracht, m.a.w. op het brutobedrag. De datum van inwerkingtreding van de wet van 26 juni 2002 diende, overeenkomstig artikel 90, § 1, van deze wet, bepaald te worden door de Koning. Dit gebeurde bij koninklijk besluit van 3 juli 2005, dat bepaalt dat artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 in werking treedt op 1 juli 2005 en van toepassing is op het loon waarvan het recht op betaling ontstaat vanaf 1 juli 2005.

Bepaalde rechtspraak en rechtsleer stelde echter de wettigheid van het koninklijk besluit van 3 juli 2005 in vraag. Het Hof heeft hierover in 2008 twee arresten geveeld. In een arrest van 11 februari 2008⁴⁶ oordeelde het Hof dat de appelrechters, die oordelen dat het koninklijk besluit van 3 juli 2005 onwettig is in zoverre dit bepaalt dat het slechts van toepassing is op lonen waarvan het recht op betaling ontstaat na 1 juli 2005 en op grond hiervan de werkgever voor de periode vanaf 1 juli 2005 veroordelen tot betaling van interest op het brutobedrag van de opzeggingsvergoeding die voor die datum opeisbaar was geworden, hun beslissing naar recht verantwoorden. In een arrest van 18 maart 2008⁴⁷ oordeelde het Hof dat de Koning zijn bevoegdheid niet heeft overschreden door het koninklijk besluit van 3 juli 2005 alleen van toepassing te laten zijn op loon waarvan het recht op betaling is ontstaan vanaf 1 juli 2005, nu deze regel slechts de toepassing is van de regel van de niet-terugwerkende kracht van de wet, vervat in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek.

De wetgever heeft aan de discussie over de wettigheid van het koninklijk besluit van 3 juli 2005 een einde willen stellen, door dit besluit met uitwerking op 1 juli 2005 te bekrachtigen bij wet van 8 juni 2008.

Deze bekrachtiging met terugwerkende kracht heeft gevolgen voor het toezicht dat het Hof uitoefent. Zoals het arrest van 1 december 2008 stelt, kan het Hof in de regel bij de beoordeling van de wettigheid van een rechterlijke beslissing die aan het Hof is voorgelegd, zijn toezicht slechts uitoefenen uitgaande van de dag waarop de beslissing is genomen. Dit beginsel lijdt evenwel uitzondering wanneer de wetgever door een bekrachtiging terugwerkende kracht heeft willen verlenen aan een koninklijk besluit dat door de appelrechter onwettig werd bevonden. De bekrachtiging van het koninklijk besluit van 3 juli 2005 met uitwerking op 1 juli 2005 heeft tot gevolg dat de bepalingen van dit koninklijk besluit kracht van wet hebben vanaf 1 juli 2005 en door het Hof dienen te worden toegepast.

In het bestreden arrest had het arbeidshof enerzijds geoordeeld dat de werkgever alleen interest verschuldigd was op het nettobedrag van het nog verschuldigde loon, omdat het recht op de betaling van dit loon ontstaan was voor 1 juli 2005. Anderzijds had het arbeidshof de Belgische Staat veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de werknemer, omdat de overheid een fout had begaan door slechts meer dan 3 jaar na het uitvaardigen van de wet van 26 juni 2002 de inwerkingtreding van die wet te regelen. Volgens het arbeidshof had de Staat ervoor

⁴⁶ S.07.0053.N

⁴⁷ S.07.0015.F

moeten zorgen dat artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 reeds op 30 mei 2005 in werking was getreden. Het arbeidshof overwoog dat zonder deze fout van de Staat, de werknemer vanaf 30 mei 2005 van zijn werkgever interest had kunnen vorderen op het brutobedrag van alle nog openstaande loonachterstallen, ook als het recht op betaling ervan is ontstaan voor de inwerkingtreding van artikel 82 van de wet van 26 juni 2002. Op grond daarvan veroordeelde het arbeidshof de Staat tot het betalen van een schadevergoeding gelijk aan het bedrag van de interest op de brutobedragen, vanaf 30 mei 2005, onder aftrek van het bedrag van de door de werkgever verschuldigde interesten op de nettobedragen.

Voor het berekenen van de schadevergoeding ging het arbeidshof er dus vanuit dat artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 op 30 mei 2005 in werking was getreden en ook van toepassing was op achterstallig loon dat voor 1 juli 2005 opeisbaar was geworden. Daarbij liet het arbeidshof het koninklijk besluit van 3 juli 2005 wegens onwettigheid buiten beschouwing. Gelet op de bekrachtiging met terugwerkende kracht van het koninklijk besluit van 3 juli 2005, oordeelt het Hof dat het arbeidshof niet wettig de door de Staat verschuldigde schadevergoeding heeft berekend zonder de bepalingen van dit besluit toe te passen.

F. DUUR VAN DE AAN BEPAALDE KANDIDAAT-PERSONEELSAFGEVAARDIGDEN TOEGEKENDE ONTSLAGBESCHERMING: ARREST VAN 8 DECEMBER 2008 (S.08.0047.F)

Een werknemer, die in 1995 voor de ondernemingsraad was verkozen maar bij de sociale verkiezingen van 2000 niet werd verkozen, wordt ontslagen in mei 2002, zonder dat zijn werkgever echter de bijzondere ontslagregeling naleeft die door een wet van 19 maart 1991 voor de personeelsafgevaardigden en voor bepaalde kandidaat-personeelsafgevaardigden is ingevoerd.

De door deze ontslagen werknemer tegen zijn gewezen werkgever ingestelde vordering tot betaling van een beschermingsvergoeding voor een niet-verkozen kandidaat wordt zowel door de rechtbank als door het arbeidshof ontvankelijk maar niet-gegrond verklaard. Tot staving van zijn vordering tot verkrijging van de bij de wet van 19 maart 1991 toegekende bescherming, had hij betoogd dat hij viel onder de categorie van niet-verkozen kandidaten, bedoeld in artikel 2, § 3, eerste lid, van die wet. Krachtens die bepaling genieten de (in de onderstelling niet-verkozen) kandidaat-personeelsafgevaardigden, zo het hun eerste kandidatuur betreft, en die aan de voorwaarden van verkiesbaarheid voldoen, het voordeel van de bijzondere ontslagbescherming gedurende een periode die gelijk is aan die voor de vertegenwoordigers, welke loopt van de dertigste dag voorafgaand aan de aanplakking van het bericht dat de verkiezingsdatum vaststelt, tot de datum waarop de bij de volgende verkiezingen verkozen kandidaten worden aangesteld. In deze zaak betoogde de werknemer dat een eerste, vergeefse kandidaatstelling hieronder viel. Volgens die uitlegging moest het voordeel van de ontslagbescherming hem worden toegekend, daar de volgende verkiezingen nog niet georganiseerd waren en de periode van bescherming dus nog niet verstreken was. De arbeidsgerechten volgen die uitlegging echter niet.

De wet van 19 maart 1991 maakt een onderscheid tussen die categorie niet-verkozen kandidaten en de in artikel 2, § 3, tweede lid, bedoelde kandidaten, waaronder de werknemers vallen die reeds kandidaat zijn geweest en die niet zijn verkozen bij de vorige verkiezingen. Laatstgenoemde categorie geniet de bijzondere bescherming slechts voor een periode die ingaat op de dertigste dag voorafgaand aan de aanplakking van het bericht dat de verkiezingsdatum vaststelt en die twee jaar na de aanplakking van het resultaat van de verkiezingen eindigt.

In zijn cassatieberoep tegen het arrest van het arbeidshof voerde de werknemer aan dat dit artikel 2, § 3, tweede lid, zoals het was gesteld, impliceerde dat een kandidaat-personeelsafgevaardigde die verkozen werd bij de vorige verkiezingen en de daaraan verbonden beschermingsperiode geniet, dezelfde bescherming geniet indien hij tijdens de volgende verkiezingen niet verkozen zou raken, maar dat hij in alle andere gevallen waarin hij zich achteraf kandidaat zou stellen, alleen de verkorte beschermingsperiode zou genieten indien hij dan niet verkozen zou worden.

Het arrest van 8 december 2008 geeft hem gelijk: het Hof beslist daarin dat uit de bepalingen van het voormelde tweede en derde lid blijkt dat de wetgever de duur van de bescherming die toegekend wordt aan een kandidaat die bij de vorige verkiezingen werd verkozen maar niet opnieuw wordt verkozen, niet heeft willen verkorten zoals dat in het derde lid bepaald wordt. Dit arrest bevestigt de leer van het arrest van 5 maart 2007 (S.06.0079.N).

§ 3. Arbeidsongeval

A. LETSEL VEROORZAAKT DOOR EEN ARBEIDSONGEVAL. HET BEGRIP “PLOTSSELINGE GEBEURTENIS” IN DE ZIN VAN ARTIKEL 9 VAN DE ARBEIDSONGEVALLENWET: ARREST VAN 28 APRIL 2008 (S.07.0079.N)

Een werknemer had letsels opgelopen omdat hij gedurende een vijftal uren in een oncomfortabele houding had gewerkt, in een krappe ruimte. Hij vorderde hiervoor een vergoeding op grond van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971.

Artikel 9 van deze wet bepaalt dat, wanneer de getroffene of zijn rechthebbenden, naast het bestaan van het letsel, een plotselinge gebeurtenis aanwijzen, dit letsel, behoudens tegenbewijs, vermoed wordt door een ongeval te zijn veroorzaakt.

Het arbeidshof besliste dat de hoger vermelde toestand als een plotse gebeurtenis kan worden beschouwd.

In zijn cassatieberoep voert de werkgever hiertegen aan dat het hof van beroep niet wettig kon beslissen dat het gaat om een plotselinge gebeurtenis omdat een tijdsduur van vijf uren de notie van “plotseling” van alle inhoud ontdoet. Dit begrip houdt volgens de werkgever in dat de gebeurtenis zich over een korte tijdspanne uitstrekt. Bovendien voert de werkgever aan dat ook het feit dat de letsels evolutief ontstonden en gevolg waren van chronische irritatie en ontstekings symptomen, een plotselinge gebeurtenis uitsluiten.

Het Hof verwierpt deze redenering en oordeelt dat de plotselinge gebeurtenis weliswaar “een in de tijd definieerbaar feit van relatief korte duur” moet zijn, maar

dat de feitenrechter moet oordelen of de duurtijd van een gebeurtenis de grens overschrijdt van wat als een plotselinge gebeurtenis kan worden aangezien. Zo kan een langdurige oncomfortabele houding die door overbelasting letsels veroorzaakt, naar gelang het geval, wel als een plotselinge gebeurtenis worden aangezien.

Het Hof beslist verder dat, alhoewel de rechter de aard van de gezondheidsschade kan betrekken in zijn beoordeling van de vraag of deze kan worden veroorzaakt door een plotselinge gebeurtenis, de enkele omstandigheid dat de gezondheidsschade evolutief is ontstaan tijdens de duur van een niet-kortstondige gebeurtenis niet belet die gebeurtenis te aanzien als een plotselinge gebeurtenis in de zin van het artikel 9 van de Arbeidsongevallenwet. Met de term “letsel” in de zin van de artikelen 7 en 9 van de Arbeidsongevallenwet wordt immers in beginsel elke gezondheidsschade bedoeld.

B. SCHADE AAN EEN PROTHESE MOET OP GROND VAN ARTIKEL 3 TER, EERSTE LID, VAN DE WET VAN 3 JULI 1967 VERGOED WORDEN, OOK AL WORDT ZIJ NIET GEBRUIKT OP HET OGENBLIK VAN DE BESCHADIGING: ARREST VAN 22 SEPTEMBER 2008 (S.07.0119.N)

Een lerares had tijdens de begeleiding van een groep leerlingen van het buitengewoon onderwijs op “bosklassen”, bij het douchen van de jongeren, haar bril aan een van de leerlingen gegeven om hem weg te leggen in een ander lokaal. Een van de leerlingen liet hem echter vallen. De lerares vorderde daarop een vergoeding voor haar onherstelbaar beschadigde bril.

Het arbeidshof bevestigde het bestreden vonnis dat oordeelde dat de lerares het slachtoffer was van een arbeidsongeval waardoor de schade aan haar bril moest worden vergoed op grond van de van de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector.

De Vlaamse Gemeenschap werd dan ook veroordeeld tot betaling van deze vergoeding “onder voorbehoud van algehele of gedeeltelijke recuperatie ten laste van de Federale Schatkist”.

Daartegen voert de Vlaamse Gemeenschap in een eerste middel aan dat, volgens artikel 3ter, eerste lid, van de genoemde wet van 3 juli 1967 het slachtoffer recht heeft op de herstellings- en vervangingskosten van de prothese waaraan het ongeval schade heeft veroorzaakt. Een bril kan wel beschouwd worden als een prothese in de zin van deze wet, maar, opdat de schade aan een prothese voor vergoeding in aanmerking zou komen overeenkomstig artikel 3ter, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 is vereist dat deze gebruikt werd door het slachtoffer op het ogenblik van de beschadiging. Nu de lerares de bril niet droeg op het moment van de beschadiging kon het arbeidshof de Vlaamse Gemeenschap niet veroordelen tot schadevergoeding.

Het Hof treedt deze stelling niet bij en oordeelt dat de schade aan de prothese kan vergoed worden wanneer de schade zich voordoet tijdens de uitvoering van het werk, zonder dat vereist is dat het slachtoffer op dat ogenblik de prothese gebruikt.

In een tweede middel voert de Vlaamse Gemeenschap aan dat, hoewel artikel 3ter, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 niet vereist dat het ongeval, naast schade aan de prothese, een (lichamelijk) letsel heeft veroorzaakt, dit toch verhindert dat de eiseres geacht moet worden slachtoffer te zijn geweest van een arbeidsongeval door het loutere feit dat haar bril, die als prothese kan dienst doen, beschadigd wordt op een ogenblik dat deze zich bevindt in een ander lokaal.

Het Hof wijst deze redenering af, verwijzend naar het antwoord op het eerste middel: ook het feit dat de prothese zich omwille van de uitvoering van het werk in een ander lokaal bevindt dan waar de arbeid wordt uitgevoerd, verhindert niet dat de beschadiging ervan voor vergoeding in aanmerking komt.

§ 4. Sociaal zekerheidsrecht

A. BEREKENING VAN DE SOCIALEZEKERHEIDSBIJDRAGEN VOOR HUISARBEIDERS: ARREST VAN 11 FEBRUARI 2008 (S.07.0075.N)

Artikel 2 § 1, 1^o, van de RSZ-wet machtigt de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit onder de voorwaarden die hij bepaalt, de toepassing van de RSZ-wet uit te breiden onder meer tot de personen die een arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst. Op die grond heeft de Koning bij artikel 3, 4^o, van het KB van 28 november 1969 de toepassing van de RSZ-wet verruimd tot de personen die, op een door hen gekozen plaats in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst grondstoffen of gedeeltelijk afgewerkte producten bewerken die een of verschillende handelaars hun hebben toevertrouwd en die alleen werken of gewoonlijk ten hoogste vier helpers tewerkstellen, alsmede tot die handelaars. De vervulling van de voorwaarden voor toepassing van artikel 3, 4^o, van het KB van 28 november 1969 heeft tot gevolg dat de socialezekerheidsregeling voor werknemers van toepassing is op zelfstandigen, wier arbeidsverhouding geen dienstbetrekking is maar daarmee wordt gelijkgesteld.

Krachtens artikel 23, tweede lid, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers en artikel 14, § 2, van de RSZ-wet, worden de socialezekerheidsbijdragen voor werknemers berekend op basis van het loon als bedoeld in artikel 2 van de Loonbeschermingswet, dit is het geld en de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer “ingevolge de dienstbetrekking” recht heeft ten laste van zijn werkgever.

De vraag rees op welke basis de socialezekerheidsbijdragen moeten worden berekend voor huisarbeiders wier arbeidsverhouding geen dienstbetrekking is.

Het Hof oordeelt in het arrest van 11 februari 2008 dat, bij gebrek aan nadere precisering dienaangaande, bij de verruiming van de toepassing van de RSZ-wet zoals bepaald in artikel 3, 4^o, van het KB van 28 november 1969, uitsluitend datgene wat als tegenprestatie van de arbeid betaald wordt, als loon voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen dient te worden beschouwd.

Voorts preciseert het Hof, in de lijn van eerdere rechtspraak,⁴⁸ dat voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen niet mag worden uitgegaan van het volledige bedrag van de vergoeding die de opdrachtgever volgens de overeenkomst voor zelfstandige arbeid moet betalen aan de zelfstandige arbeider. Deze vergoeding wordt immers bepaald of kan bepaald worden met inachtneming van de door de zelfstandige arbeider uitsluitend zelf te dragen bijdragen voor het sociaal statuut der zelfstandigen en de kosten met betrekking tot de arbeid. Het gedeelte van de oorspronkelijk bepaalde vergoeding dat er juist toe strekt de zelfstandige arbeider toe te laten uitsluitend zelf deze bijdragen en kosten te betalen, komt dan ook niet in aanmerking als loon voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen voor werknemers.

B. TOELAATBAARHEID VAN ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS IN SOCIALE ZAKEN: ARREST VAN 10 MAART 2008 (S.07.0073.N)

In strafzaken heeft het Hof meermaals geoordeeld dat de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR zich er niet tegen verzetten dat de rechter onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar acht, op voorwaarde dat de wet dit bewijs niet uitdrukkelijk uitsluit, er geen sprake is van een miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm en het niet is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.⁴⁹ In een arrest van 10 maart 2008 heeft het Hof deze zogenaamde Antigoon-test ook toepasselijk geacht in sociale zaken.

In casu hadden de politiediensten de verweerder verhoord, waarbij hij verklaarde te werken in de winkel van zijn zus hoewel hij werkloos was. De politiediensten maakten van dit verhoor een proces-verbaal op, dat zij vervolgens aan de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening toezonden. De Rijksdienst startte vervolgens een administratief onderzoek dat uiteindelijk leidde tot de uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkeringen.

De appelrechters oordelen dat de eerste rechter deze administratieve beslissing terecht vernietigde. De omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, heeft volgens het arbeidshof tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat element en alle bewijsmateriaal dat daaruit voortvloeit, rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen.

Voor het Hof verwijt de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de appelrechters te hebben geoordeeld dat de Antigoon-test enkel geldt in een strafprocedure, hetgeen volgens specifieke wetmatigheden functioneert wat betreft de bewijsvoering. De Rijksdienst voert aan dat er in het voorliggend geval geen reden is om af te wijken van deze rechtspraak, gelet op het feit dat het socialezekerheidsrecht in het algemeen

⁴⁸ Zie in verband met de berekening van socialezekerheidsbijdragen in geval van herkwalificatie van de overeenkomst voor zelfstandige arbeid in een arbeidsovereenkomst: Cass. 10 januari 2005 (S.03.0039.N) en Cass. 21 november 2005 (S.05.0061.N), *Jaarverslag* 2005, 75-76.

⁴⁹ o.m. Cass. 4 december 2007, P.07.1302.N.

en de werkloosheidsreglementering in het bijzonder publiek recht is in de mate dat het een particulier persoon tegenover een openbare socialezekerheidsinstelling plaatst. Voorts bestaat inzake de vaststelling van het recht op werkloosheidsuitkeringen geen wettelijke bepaling die uitdrukkelijk en volledig zou verbieden een bewijs te gebruiken dat op directe of indirecte wijze door enige onregelmatigheid of onwettigheid is verkregen.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat de Antigoon-rechtspraak zich ook uitstrekt tot bewijselementen die op onregelmatige wijze door de politiediensten werden verzonden aan de sociale inspectiediensten. Hier wordt dus in civiele zaken afgeweken van de rechtspraak die deze uitzonderingen (vermeld in de Antigoon-rechtspraak) niet voorzag en dus strenger omging met onregelmatig verkregen bewijs.⁵⁰

C. OMVANG VAN HET SUBROGATOIR VERHAAL VAN DE VERZEKERINGSINSTELLING IN HET KADER VAN DE ZIEKTE- EN INVALIDITEITSVERZEKERING: ARREST VAN 21 APRIL 2008 (C.06.0675.F), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL J.-M. GENICOT

De wetgeving inzake de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen stelt de verzekeringsinstelling in staat om rechtens in de plaats van de rechthebbende te treden voor alle bedragen die krachtens een Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of het gemeen recht verschuldigd zijn en die de schade ten gevolge van ziekte, letsels of functionele stoornissen geheel of gedeeltelijk vergoeden.

In een arrest van 21 april 2008 buigt het Hof zich over de omvang van het subrogatoir verhaal die de verzekeringsinstelling kan instellen, meer bepaald over de vraag of dit verhaal beperkt is tot de gemeenrechtelijke vergoeding voor de schadeposten die in het concrete geval daadwerkelijk gedekt zijn door de verzekeringsinstelling. Het Hof doet voor het eerst uitspraak over die vraag, hoewel de wettelijke grondslag van die regeling reeds bestond in 1963.

Na een wegverkeersongeval met gedeelde aansprakelijkheid, wordt de op grond van het gemeen recht verschuldigde vergoeding vastgesteld op de volgende bedragen: 7.415,75 euro wegens medische kosten en kosten van de kinesitherapie, 3.750 euro voor zijn materiële beroeps- en schoolschade” en 3.493,15 euro wegens de “verleden blijvende materiële schade”.

De verzekeringsinstelling van het slachtoffer heeft een bedrag van 13.297,45 euro betaald voor geneeskundige verzorging. Is de omvang van het subrogatoir verhaal van die verzekeringsinstelling tegen de aansprakelijke beperkt tot de bedragen die laatstgenoemde naar gemeen recht verschuldigd is voor de geneeskundige verzorging (te dezen 7.415,75 euro), wat tot gevolg zou hebben dat bijna 6000 euro ten laste van de verzekeringsinstelling zou blijven, maar ook dat er niet geraakt wordt aan de vergoedingen waarop het slachtoffer aanspraak kan maken voor de andere twee posten, of strekt de omvang van het subrogatoir verhaal zich uit tot de

⁵⁰ Zie o.m. Cass. 18 april 1985, *A.C.* 1985, nr. 490.

andere posten van de vergoeding, waardoor de verzekeringsinstelling, in voorkomend geval – en dit was het geval in deze zaak – al haar kosten terugbetaald kan krijgen?

Het hof van beroep kiest voor de tweede uitlegging. Het hof beslist dat de omvang van dat verhaal zich inderdaad uitstrekt tot alle bedragen die naar gemeen recht verschuldigd zijn ter vergoeding van de schade, voor zover het bedragen betreft ter vergoeding van schadeposten die, al was het maar theoretisch, de toekenning van een prestatie van de verplichte verzekering verantwoorden, wat het geval was voor het geheel van de drie voormelde posten van de vergoeding.

Deze beslissing wordt aangevochten door de verzekeraar van de aansprakelijke, volgens wie de verzekeringsinstelling geen subrogatoir verhaal kon uitoefenen voor een bedrag dat hoger lag dan de waarde van de post « geneeskundige verzorging » op zich, die door de medeaansprakelijke vergoed moet worden en die, te dezen, daadwerkelijk door de ziekte- en invaliditeitsverzekering wordt gedekt.

Het Hof deelt die mening niet en sluit zich daarmee aan bij de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, zoals het openbaar ministerie in zijn conclusie vermeldt. Uit de wettelijke bepalingen die de indeplaatsstelling van de verzekeringsinstelling aan de rechthebbende regelen, leidt het Hof af dat de verzekeringsinstelling, die aan de getroffene van schade voortvloeiend uit ziekte, letsels, functionele stoornissen of overlijden, één van de bij de verplichte verzekering bepaalde prestaties heeft verleend, in de rechten van de getroffene treedt tot beloop van het bedrag van die prestatie, op het totaalbedrag van de geldsommen die de aansprakelijke derde of zijn verzekeraar, rekening houdend met de mogelijke verdeling van de aansprakelijkheid, verschuldigd zijn ter vergoeding van die schade, zonder dat vereist is dat de geldsommen waarvoor de indeplaatsstelling geldt, hetzelfde bestanddeel van de schade vergoeden als dat waarmee de toegekende prestatie overeenstemt, mits het bestanddeel van de schade die door die geldsommen vergoed wordt, de toekenning van een prestatie van de verplichte verzekering kon verantwoorden. Het Hof voegt hieraan toe dat de toepassing van die regel het slachtoffer, binnen de grenzen van een mogelijke verdeling van de aansprakelijkheid, de volledige vergoeding van zijn schade waarborgt, maar belet dat hij, voor zijn gehele schade, een vergoeding kon ontvangen die deze schade te boven gaat.

D. MEDEDELING AAN HET OPENBAAR MINISTERIE VAN BEPAALDE BETWISTINGEN INZAKE DE SOCIALE ZEKERHEID VAN DE WERKNEMERS: ARREST VAN 15 SEPTEMBER 2008 (S.08.0048.F)

Twee personen betwisten voor de arbeidsgerechten de weigering van de R.S.Z. om hen aan het stelsel van de sociale zekerheid van de werknemers te onderwerpen.

Uit het arrest van het arbeidshof blijkt dat tijdens de terechtzittingen waarop de zaak is behandeld, alleen de raadslieden van de partijen in hun middelen en in hun opmerkingen zijn gehoord.

De R.S.Z. betoogt, tot staving van zijn cassatieberoep tegen dat arrest, in zijn eerste cassatiemiddel met name dat de zaak, in strijd met het bepaalde in artikel 764, eerste lid, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek, niet is meegedeeld aan het openbaar ministerie, zoals met name blijkt uit het feit dat het bestreden arrest geen melding maakt van een advies van het openbaar ministerie.

Het Hof verklaart het middel in zijn arrest van 15 september 2008 gegrond. Het Hof wijst erop dat een vordering die, zoals in dit geval, beslissingen betwist op grond waarvan de R.S.Z. een onderwerping aan de algemene regeling van de sociale zekerheid van de werknemers weigert, een betwisting betreft die betrekking heeft op de rechten en verplichtingen van de werknemers, die voortvloeien uit de wetgeving inzake sociale zekerheid in de zin van artikel 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, en herhaalt vervolgens dat dergelijke betwistingen, krachtens artikel 764, eerste lid, 10°, van dat wetboek, op straffe van nietigheid aan het openbaar ministerie meegedeeld worden. Het Hof stelt vast dat noch uit het bestreden arrest, noch uit enig stuk waarop het vermag acht te slaan, blijkt dat het openbaar ministerie zijn advies gegeven heeft, en beslist vervolgens dat dit arrest de voormelde wettelijke bepalingen schendt.

De betwistingen betreffende de rechten en verplichtingen van de werknemers die voortvloeien uit de wetgeving inzake sociale zekerheid, vormen aldus één van de categorieën van geschillen waaraan de wetgever bijzonder belang heeft willen hechten door te eisen dat ze meegedeeld worden aan het openbaar ministerie, niettegenstaande de wijziging van artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek door de wet van 13 december 2005, die ertoe strekte het aantal gevallen waarin die mededeling ambtshalve plaatsvond, te beperken.

E. HET TOELAATBAAR KARAKTER VAN EEN VERSCHIL IN BEHANDELING VAN PERSONEN MET EEN HANDICAP, REKENING HOUDEND MET ARTIKEL 14 EVRM: ARREST VAN 8 DECEMBER 2008 (S.07.0114.F)

Een Congolees die wettig in België verblijft en in het vreemdelingenregister is ingeschreven, vraagt tegemoetkomingen aan die toegekend kunnen worden krachtens de wet van 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan personen met een handicap. De Belgische Staat weigert hem die hulp toe te kennen, op grond dat hij niet beantwoordt aan nationaliteitsvoorwaarden die bij wet zijn opgelegd en die de tegemoetkomingen alleen toekennen aan de Belgen en aan bepaalde categorieën vreemdelingen, waartoe die persoon niet behoort.

Het arbeidshof wijzigt het vonnis van de rechtbank, die deze administratieve beslissing tot weigering nietig verklaard had. Het arrest grondt die wijziging op de reden dat die administratieve beslissing overeenkwam met de duidelijke tekst van de wet, die zelf niet strijdig leek met artikel 14 EVRM en met de voorwaarden waaronder die bepaling de verschillen in behandeling aanneemt, rekening houdend met de rechten die vastgelegd zijn in het Europees Verdrag en zijn bijlagen, meer bepaald in artikel 1 van het Eerste Protocol dat betrekking heeft op de eerbiediging van goederen en eigendom, waarover het debat in deze zaak net handelt. Het arbeidshof beslist dat een verschil in behandeling op grond van de nationaliteit kan

worden aangenomen, voor zover het geen aantasting vormt van het recht van de personen die van de litigieuze sociale uitkeringen uitgesloten worden, om een menswaardig leven te leiden, die uitsluiting niet tot gevolg heeft dat aan de betrokkenen de rechten ontzegd worden die hen zijn toegekend op grond van hun bijdragen aan de sociale zekerheid en het geen uitkeringen betreft die een wezenlijk bestanddeel van de sociale bescherming van de verblijfhouders vormen. Het arbeidshof voegt hieraan toe dat de uitgesloten vreemdeling een gelijk bedrag aan andere uitkeringen kan genieten en dat de verdeling van de last van die verschillende uitkeringen tussen de verschillende overheden, een politieke budgettaire keuze is waarover de rechter zich niet kan uitspreken.

Het Hof verwerpt die benadering in zijn arrest van 8 december 2008. Het vermeldt eerst artikel 14 EVRM, dat van toepassing is op het recht tot bescherming van goederen en eigendom, en preciseert dat een onderscheid in de zin van die bepaling discriminerend is indien het niet objectief en redelijk te verantwoorden valt, d.w.z. indien het onderscheid geen rechtmatig doel beoogt en er geen redelijke verhouding van evenredigheid tussen de aangewende middelen en het beoogde doel bestaat. Het Hof voegt hieraan toe dat de verdragsluitende Staten over een zekere beoordelingsmarge beschikken om te bepalen of en in welke mate de verschillen tussen situaties die in andere opzichten vergelijkbaar zijn, verschillen in behandeling verantwoord, voor zover, evenwel, op grond van zeer overtuigende overwegingen een verschil in behandeling die uitsluitend op de nationaliteit gegrond is, met het Verdrag verenigbaar kan worden geacht. Het Hof beslist vervolgens dat het arrest dat de vermeende schending van voormeld artikel 14 uitsluit, zonder melding te maken van een zeer overtuigende overweging op grond waarvan een dergelijk verschil in behandeling kan worden verantwoord, die bepaling schendt.

§ 5. Maatschappelijke dienstverlening

HET RECHT OP MAATSCHAPPELIJKE DIENSTVERLENING IS EEN RECHT DAT VERBONDEN IS AAN DE PERSOON EN KAN NIET HET VOORWERP UITMAKEN VAN EEN ZIJDELINGSE VORDERING: ARREST VAN 29 SEPTEMBER 2008 (C.07.0101.F)

De in artikel 1166 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde zijdelingse vordering machtigt de eigenaar van een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering om de rechten en rechtsvorderingen in de plaats van zijn schuldenaar uit te oefenen, wanneer laatstgenoemde dat niet doet en die rechten en rechtsvorderingen ertoe strekken het vermogen van de schuldenaar, dat de waarborg voor de schuldvordering vormt, te beschermen.

Een persoon wordt in het ziekenhuis opgenomen en beschikt niet over de financiële middelen om zijn factuur van geneeskundige verstrekkingen te betalen. Het ziekenhuis meent dat zijn schuldenaar het recht heeft om te eisen dat zijn factuur door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn ten laste wordt genomen, maar kan het ziekenhuis tegen dat openbaar centrum dan ook een dienstig rechtsmiddel aanwenden indien de beschermde persoon geen rechtsvordering instelt?

Het hof van beroep verwerpt die vordering, daar het met name oordeelt dat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de behoeften van een persoon om een menswaardig leven te leiden, geval per geval onderzoekt, en de potentiële begunstigde van de dienstverlening beschikt ten aanzien van het openbaar centrum dus niet over een zekere en opeisbare schuldvordering, zodat de rechtsvordering die de schuldeiser van die potentiële begunstigde op grond van artikel 1166 van het Burgerlijk Wetboek instelt, niet gegrond is.

Het ziekenhuis betoogt voor het Hof dat de dringende medische hulp een verplichting is die de wet oplegt aan de openbare centra voor maatschappelijk welzijn die, op dat punt, over geen enkele, al dan niet discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikken. De schuldvordering is dus zeker en opeisbaar en moet bijgevolg het voorwerp kunnen uitmaken van een zijdelingse rechtsvordering indien de hoofdschuldeiser van dat recht niet optreedt.

Het Hof oordeelt dat het recht op maatschappelijke dienstverlening, dat tot doel heeft eenieder in de mogelijkheid te stellen een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid, een recht is dat aan de persoon verbonden is en derhalve niet het voorwerp van een zijdelingse vordering kan zijn. Alleen de persoon wiens menselijke waardigheid beschermd wordt, heeft recht op de door de wet voorgeschreven dienstverlening en zijn schuldeisers kunnen zijn rechten en vorderingen niet uitoefenen om die dienstverlening te verkrijgen.

Die reden, die het Hof in de plaats stelt van die welke het hof van beroep aan zijn beslissing had gegeven, verantwoordt de laatstgenoemde beslissing naar recht, zodat het middel niet-ontvankelijk verklaard wordt.

§ 6. Andere arresten in sociale zaken

ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP DAT INGESTELD WORDT IN HET KADER VAN DE PROCEDURE AANGAANDE DE SOCIALE VERKIEZINGEN: ARREST VAN 27 OKTOBER 2008 (S.08.0076.F)

Een vakorganisatie betwist, in het kader van de werkzaamheden voorafgaand aan de procedure aangaande de sociale verkiezingen, de beslissing van vijf handelsvennootschappen om zich als één enkele technische bedrijfseenheid te beschouwen in de zin van de wetgeving betreffende de organisatie van die sociale verkiezingen. Ze stelt voor de arbeidsrechtbank een beroep in, waarin ze die samenstelling betwist en verzoekt de rechter om een onderscheiden eenheid binnen een van de vennootschappen vast te stellen. Een tweede beroep heeft betrekking op de vier andere vennootschappen.

De arbeidsrechtbank verklaart het beroep niet-ontvankelijk, op grond dat de eiseres slechts één van de vijf vennootschappen die deel uitmaakten van de betwiste technische bedrijfseenheid als verwerende partij heeft aangewezen, en de andere als “andere op te roepen partijen” omschreven heeft, zodat bijgevolg niet beschouwd kon worden dat het beroep tegen hen was gericht.

De vakorganisatie betoogt tot staving van het cassatieberoep tegen het vonnis dat zijn beroep niet-ontvankelijk verklaart, dat de verzoeker, krachtens de wettelijke bepalingen die op dergelijke beroepen van toepassing zijn, gehouden is de identiteit en het volledige adres van alle betrokken partijen *in limine litis* neer te leggen op de griffie van het rechtscollege dat van de zaak kennisneemt. Volgens haar kan het beroep niet onontvankelijk beschouwd worden, op grond dat het verzoekschrift aangeeft gericht te zijn “tegen” slechts een van de juridische entiteiten en het de andere juridische entiteiten als “andere bij het geding te betrekken partijen” omschrijft.

Het arrest van 27 oktober 2008 sluit zich bij de stelling van de eiseres aan. Het Hof herinnert aan het voorwerp van de ter zake dienende bepalingen en leidt eruit af dat die bepalingen, die tot doel hebben het recht van verdediging te waarborgen in het kader van een procedure die overigens spoed vereist, ertoe strekken dat alle bij het geding betrokken partijen tijdig opgeroepen kunnen worden. Ze zijn aldus van toepassing zowel op de partijen waartegen het beroep moet zijn ingesteld om onvankelijk te zijn, als de andere partijen die de verzoeker bij het geding betrokken heeft. Het Hof leidt hieruit af dat het bestreden vonnis de bepalingen schendt die dergelijke beroepen regelen, door een beroep niet-ontvankelijk te verklaren op grond dat bepaalde partijen slechts als betrokken partijen bij het geding zijn betrokken, wat uitsluit dat zij beschouwd kunnen worden als verwerende partijen tegen wie het beroep is ingesteld.

AFDELING 6 - UITSPRAKEN IN GERECHTELIJK RECHT

§ 1. Ontvankelijkheid van het cassatiemiddel

A. ONTVANKELIJKHEID VAN HET CASSATIEMIDDEL IN BURGERLIJKE ZAKEN - MIDDEL GEGROND OP EEN WETTELIJKE BEPALING VAN OPENBARE ORDE OF DWINGEND RECHT: ARREST VAN 8 SEPTEMBER 2008, C.08.0026.N

In een arrest van 8 september 2008 verduidelijkt het Hof onder welke voorwaarden een middel, dat gegrond is op een wettelijke bepaling die van openbare orde of dwingend recht is, toch als nieuw moet worden aangemerkt.

Overeenkomstig artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek moet het verzoekschrift tot cassatie de uiteenzetting bevatten van de middelen van de eiser en de wettelijke bepalingen vermelden waarvan de schending wordt aangevoerd. Een middel is niet onvankelijk wanneer het nieuw is. Eenvoudig gezegd, is een middel nieuw wanneer de feitenrechter er geen uitspraak heeft over gedaan en er ook geen uitspraak diende over te doen. In de rechtspraak van het Hof luidt het dat het middel dat gegrond is op een wettelijke bepaling die niet de openbare orde raakt noch van dwingend recht is, dat niet aan de feitenrechter is voorgelegd en waarvan deze evenmin op eigen initiatief heeft kennisgenomen, nieuw en dus niet onvankelijk is.⁵¹

⁵¹ O.a. Cass. 13 februari 2003, *A.C.* 2003, p. 402 en *Pas.* 2003, p. 338; Cass. 14 oktober 2004, *A.C.* 2004, p. 1606 en *Pas.* 2004, p. 1590

Traditioneel wordt geleerd dat een middel dat gegrond is op een wettelijke bepaling die de openbare orde raakt, niet nieuw is, omdat de rechter de plicht had dit ambtshalve op te werpen en men hem dus kan verwijten zich daarvan te hebben onthouden. De schending van een bepaling van openbare orde zou dan ook steeds voor het eerst voor het Hof van Cassatie aangevoerd kunnen worden. Ook het middel dat gegrond is op de schending van een dwingende wetsbepaling kan niet als nieuw worden aangemerkt, omdat de feitenrechter een dergelijke bepaling moet toepassen, behalve bij afstand door een partij van de haar door de wet toegekende bescherming.

Deze traditionele zienswijze moet echter genunanceerd worden. Zoals blijkt uit het arrest van 8 september 2008, hangt de ontvankelijkheid van het middel niet alleen af van de aard van de wettelijke bepaling waarvan de schending wordt aangevoerd (suppletief, imperatief of van openbare orde), maar ook van de feiten die de partijen ter staving van hun eis aan de rechter hebben voorgelegd. Zelfs al raakt een middel de openbare orde of is van het dwingend recht, toch is het nieuw en derhalve niet ontvankelijk, wanneer uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat voor de feitenrechter enig feit is aangevoerd dat met de als geschonden aangewezen bepaling verband houdt en uit de bestreden beslissing evenmin blijkt dat die beslissing feitelijke gegevens vaststelt die hierop betrekking hebben.⁵²

Deze regel staat in nauw verband met de taakverdeling tussen de rechter en de partijen in het burgerlijk proces. De rechter is er toe gehouden het geschil te beslechten volgens de daarop van toepassing zijnde rechtsregels en hij mag daarbij de door de partijen aangevoerde rechtsmiddelen ambtshalve aanvullen, maar alleen op basis van feiten die hem regelmatig zijn voorgelegd.⁵³

In de zaak die de aanleiding vormde tot het arrest van 8 september 2008 vorderde een ziekenhuis de betaling van een ereloonsupplement naar aanleiding van een cataractingreep die een patiënte in het ziekenhuis had ondergaan. De rechter oordeelde dat de patiënte vrijelijk akkoord was gegaan met de betaling van het gevraagde ereloonsupplement en dat het aan de behandelende geneesheer - een niet geconventioneerde arts - vrijstond een ereloonsupplement aan te rekenen. De patiënte voerde voor het Hof aan dat de rechter niet had nagegaan of met betrekking tot het gevorderde ereloon de dwingende bepalingen van artikel 138 van de Ziekenhuiswet werden nageleefd. Uit die bepalingen volgt dat indien er een akkoord

⁵² Zie in deze zin reeds Cass. 27 oktober 2000, *A.C.* 2000, nr. 583 en *Pas.* 2000, nr. 583; Cass. 30 september 2002, *A.C.* 2002, nr. 498 en *Pas.* 2002, nr. 489; Cass. 9 november 2007 (C.07.0093.F)

⁵³ Cass. 6 december 2007 (C.06.0092.N); Cass. 14 januari 2008 (S.07.0030.N) : De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door de partijen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen eerbiedigt.

is tussen geneesheren en ziekenfondsen zoals bedoeld in artikel 50 van de ZIV-wet 1994, er ten aanzien van bepaalde patiënten beperkingen zijn op de vrijheid van de ziekenhuisgeneesheren die niet verbonden zijn door het akkoord, om hun honoraria te bepalen. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, bleek evenwel niet dat de partijen voor de rechter feiten hadden aangevoerd die verband houden met de gegevens die de rechter volgens het middel had moeten onderzoeken. Evenmin had het bestreden vonnis feitelijke gegevens vastgesteld die op de als geschonden aangewezen bepaling betrekking hebben. In die omstandigheden is het middel nieuw, zelfs al raakt het de openbare orde of is het van dwingend recht.

B. AAN DE VERPLICHTING OM IN HET VERZOEKSCRIFT DE WETTELIJKE BEPALINGEN WAARVAN DE SCHENDING WORDT AANGEVOERD TE VERMELDEN, IS VOLDAAN WANNEER HET VERZOEKSCRIFT DIE WETSBEPALINGEN BEVAT WAAROP DE GRIEF BETREKKING HEEFT: ARREST VAN 19 DECEMBER 2008 (C.07.0281.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL MET OPDRACHT A. VAN INGELGEM

Artikel 1080 Gerechtelijk Wetboek schrijft op straffe van nietigheid voor dat het verzoekschrift in cassatie in zijn middelen de wetsbepalingen moet vermelden waarvan de schending wordt aangevoerd. Het Hof heeft in dit arrest de draagwijdte van deze bepaling verduidelijkt. Voortaan staat vast dat de ontvankelijkheid van het middel niet meer afhangt van de vermelding in de voorziening van elke essentiële schakel in de “keten” van wetsbepalingen die de rechter tot zijn beslissing heeft geleid.

In onderhavige zaak, die ook elders in dit jaarverslag aanleiding geeft tot een bespreking (zie Afdeling 2 uitspraken in economisch recht, §1, G), voerde de verzoeker de schending aan van de artikelen 2, 3, § 2, en 202 van het Wetboek van Vennootschappen aan om aan te tonen dat de bodemrechter verkeerdelijk het statuut van handelaar aan de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap onthield. Nochtans maakte de bodemrechter voor zijn beslissing eveneens gebruik van de beginselen, neergelegd in artikel 205 Vennootschappenwet, waarvan de schending niet werd ingeroepen door de verzoeker.

Hoewel de verzoeker aldus naliet om één van de essentiële schakels in de keten van wetsbepalingen die de rechter tot zijn beslissing hebben geleid, te vermelden, verwerpt het Hof van Cassatie in dit in voltallige zitting uitgesproken arrest het middel niet als onontvankelijk wegens onnauwkeurigheid van het middel.

Het Hof van Cassatie bevestigt hiermee een evolutie in zijn rechtspraak die sinds 1999 overwegend artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek letterlijk interpreteert. Het is niet vereist om iedere afzonderlijke wetsbepaling in de juridische gedachtegang van de appelrechter als geschonden aan te voeren. Het volstaat dat het middel die wetsbepalingen als geschonden aanwijst waarop de betrokken grief slaat. Hiermee sluit het Hof van Cassatie ook aan bij de rechtspraak van zowel het Franse Hof van Cassatie als van de Nederlandse Hoge Raad.

§ 2. Omvang van cassatie

GEDEELTELIJKE CASSATIE ZONDER VERWIJZING IN GEVAL VAN Vernietiging van de beslissing van een appelgerecht in zoverre dit de zaak verwijst naar de eerste rechter: arrest van 5 september 2008 (C.07.0327.N), uitgesproken in voltallige zitting, met conclusie van advocaat-generaal G. DUBRULLE

De regel van verwijzing na cassatie naar een gerecht van dezelfde rang als datgene dat de bestreden beslissing heeft gewezen, is niet absoluut. Het Hof is in uitzonderlijke gevallen afgeweken van deze regel. Zo heeft het Hof in een tuchtzaak geen verwijzing meer uitgesproken naar de raad van beroep van de Orde van geneesheren, omdat deze zich toch had dienen te voegen naar de uitspraak van het Hof.⁵⁴ In andere gevallen verwijst het Hof de zaak naar hetzelfde gerecht, maar anders samengesteld, omdat het rechtscollege enig is in zijn soort. Na cassatie wegens schending van een regel inzake bevoegdheid verwees het Hof recentelijk de zaak ook rechtstreeks naar de bevoegde rechter op grond van artikel 660 van het Gerechtelijk Wetboek.⁵⁵

In het arrest van 5 september 2008, uitgesproken in voltallige zitting, is het Hof verder gegaan in die zin.

In casu vernietigt het Hof gedeeltelijk het arrest van het appelgerecht in zoverre het, bij toepassing van artikel 1068, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, de zaak verwijst naar de eerste rechter voor verdere behandeling. Krachtens deze bepaling verwijst de rechter in hoger beroep de zaak alleen dan naar de eerste rechter indien hij, zelfs gedeeltelijk, een in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt.

Het is inmiddels constante rechtspraak van het Hof dat in geval de rechter in hoger beroep, na het hoger beroep (ten dele) gegrond te hebben verklaard, het beroepen vonnis wijzigt en zelf uitspraak doet over het geschil, hij de zaak niet naar de eerste rechter mag verwijzen, wanneer hij vervolgens zelf een onderzoeksmaatregel beveelt, ook al is die onderzoeksmaatregel dezelfde of grotendeels dezelfde als diegene bevolen door het beroepen vonnis.⁵⁶

Er is volgens het Hof in dit geval geen aanleiding tot verwijzing naar een ander appelgerecht. De zaak kan verder worden behandeld door het hof van beroep, dat ten onrechte de zaak heeft verwezen naar de eerste rechter. Omdat er op dit punt voorheen een onverenigbaarheid bestond tussen de arresten van de Nederlandse

⁵⁴ Cass. 3 juni 2005, D.04.0019.N, www.juridat.be; *Pas.* 2005, nr. 316; besproken in het Jaarverslag 2005, p. 88.

⁵⁵ Cass. 22 september 2005, C.03.0427.N, *Pas.* 2005, nr. 456 (verbeterd door Cass. 9 december 2005, C.05.0516.N, *Pas.* 2005, nr. 658), met concl. Timperman.

⁵⁶ Cass. 14 januari 2008, C.07.0234.N, *A.C.* 2008, nr. 23; Cass. 26 januari 2007, C.06.0077.N, *A.C.* 2007, nr. 50; Cass. 14 oktober 2005, C.04.0408.F, *A.C.* 2005, nr. 513; Cass. 29 januari 2004, C.01.0537.N, *A.C.* 2004, nr. 53, met concl. Thijs.

afdeling en de Franstalige afdeling van de eerste kamer, heeft het Hof deze zaak in voltallige zitting behandeld.⁵⁷

Door een gedeeltelijke cassatie zonder verwijzing uit te spreken, heeft het Hof ook duidelijk te kennen gegeven dat het appelgerecht dat de zaak ten onrechte had verwezen naar de eerste rechter en dat de zaak verder zal dienen te behandelen, gebonden is door de beslissing van het Hof en de toepassing van het artikel 1068, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet opnieuw kan beoordelen.

In zijn deels andersluidende conclusie voor dit arrest meende de advocaat-generaal dat een “terugverwijzing” naar hetzelfde hof van beroep in dit geval weliswaar proceseconomisch aangewezen was, maar dat het de verwijzingsrechter wel nog moet worden toegelaten anders te oordelen over de toepassing van artikel 1068, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek. Volgens het openbaar ministerie kan het Hof zonder nadere verantwoording de appelrechters niet verplichten de zaak verder te behandelen. Een andere oplossing is, volgens de advocaat-generaal, moeilijk verenigbaar met het artikel 1120 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze bepaling impliceert een beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter, na een eerste cassatie, en verplicht hem enkel na een tweede cassatie op dezelfde gronden zich te voegen naar het arrest van het Hof. De advocaat-generaal wijst hiervoor tevens naar de door artikel 1119 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde verplichting voor het Hof om in verenigde kamers uitspraak te doen over een cassatieberoep op dezelfde gronden tegen de tweede beslissing na cassatie. Deze verplichting lijkt er volgens de advocaat-generaal op te wijzen dat het Hof de verwijzingsrechter enkel kan verbinden ingevolge de verhoogde autoriteit van die uitspraak en zijn kracht van gewijsde, waarmee de andere arresten, in de regel niet bekleed zijn. Het Hof heeft dit laatste standpunt niet gevolgd.

§ 3. Rechtsmacht van de rechter

A. GRENZEN AAN HET TOETSINGSRECHT VAN DE KORTGEDINGRECHTER BIJ EEN ONRECHTMATIGE AANTASTING VAN EEN SUBJECTIEF RECHT DOOR DISCRETIONAIR OVERHEIDSHANDELEN: ARREST VAN 3 JANUARI 2008 (C.06.0322.N)

Voor de samenvatting van dit arrest, wordt verwezen naar Afdeling 7, §2, A.

⁵⁷ In arresten van 26 januari 2007 en 12 juni 2008 oordeelde de Nederlandstalige afdeling in gelijkaardige zaken dat er geen aanleiding is tot verwijzing respectievelijk wel aanleiding tot terugverwijzing naar hetzelfde hof van beroep (Cass. 26 januari 2007, C.06.0077.N, A.C. 2007, nr. 50; Cass. 12 juni 2008, C.07.0121.N, www.juridat.be). De Franstalige afdeling heeft de zaak in een analoog geval evenwel verwezen naar een ander hof van beroep (Cass. 25 januari 2008, C.07.0268.F, A.C. 2008, nr. 65).

B. DE RECHTER IS ERTOE VERPLICHT DE RECHTSREGEL TE BEPALEN EN TOE TE PASSEN DIE VAN TOEPASSING IS OP DE BIJ HEM INGESTELDE RECHTSVORDERING – DOOR EEN UITDRUKKELIJK PROCEDUREAKKOORD KUNNEN DE PARTIJEN DE RECHTER BINDEN OVER EEN PUNT IN RECHTE OF IN FEITE WAARTOE ZIJ HET DEBAT WILLEN BEPERKEN: ARREST VAN 9 MEI 2008 (C.06.0641.F)

Nadat de eerste verweerster aan de eiseres industriële uitrusting geleverd had, doet zich een ongeval voor waardoor een installatie voor de productie van zwavelzuur stilvalt. Reeds in de gedinginleidende dagvaarding beroept de eiseres zich op een gebrek waardoor volgens haar de bewuste installatie aangetast was en zij eist de vergoeding van de schade die zij door dat gebrek geleden heeft.

Het bestreden arrest oordeelt dat de eiseres zich in die dagvaarding niet beroepen heeft op de wettelijke vrijwaring voor de verborgen gebreken maar alleen op de contractuele waarborgen, en dat zij zich enkel op de wettelijke vrijwaring heeft willen beroepen in een conclusie die zij meer dan twee jaar na het schadegeval had ingediend. Het leidt hieruit af dat de vordering, in zoverre zij gegrond is op de wettelijke vrijwaring voor de verborgen gebreken, te laat is ingesteld.

Het Hof vernietigt het bestreden arrest. Het herinnert aan de regel dat de rechter gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de rechtsregel die daarop van toepassing is en dat hij de rechtsgronden waarvan de toepassing geboden is door de feiten die de partijen in het bijzonder hebben aangevoerd tot staving van hun eisen ambtshalve dient op te werpen.

Dat arrest levert bovendien een belangrijke bijdrage tot een efficiënte procesvoering. Het beschikkingsbeginsel impliceert dat de partijen procedureakkoorden kunnen sluiten over punten in rechte of in feite waartoe zij het debat beperken. Is het wat dat betreft, om van een procedureakkoord te kunnen spreken voldoende dat de keuze van een wettelijke grondslag of van een omschrijving door een partij niet stuit op verzet vanwege de andere partij? De vraag gaf aanleiding tot discussie. Het arrest van 9 mei 2008 maakt een einde aan de controverse door te eisen dat het procedureakkoord uitdrukkelijk zou zijn. Die term betekent weliswaar niet dat het akkoord in plechtige bewoordingen dient te worden geformuleerd, maar wel dat het uitdrukkelijk zou geschieden. Gedaan dus met het stilzwijgend procedureakkoord dat dikwijls aanleiding gaf tot moeilijkheden.

Dat vereiste van een uitdrukkelijk akkoord is de grondslag waarop het Hof het bestreden arrest op een ander middel heeft vernietigd.

C. OF DE RECHTER EEN LEEMTE IN DE WET KAN OPVULLEN HANGT AF VAN DE LEEMTE ZELF: ARREST VAN 14 OKTOBER 2008 (P.08.1329.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. TIMPERMAN

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar Afdeling 4, uitspraken in strafzaken, §1, C.

D. DE GRENZEN VAN DE BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER OM EEN DOOR HET GRONDWETTELIJKE HOF VASTGESTELDE LEEMTE IN DE WETGEVING OP TE VULLEN, INZONDERHEID WAT BETREFT DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE ARBEIDSONGEVALLENWET OP DE ONBEZOLDIGDE STAGIAIRS: ARREST VAN 3 NOVEMBER 2008 (S.07.0013.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. MORTIER

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar Adeling 5 uitspraken in sociale zaken, §1.

§ 4. Wraking en onttrekking

A. DE COMMENTAREN VAN DE VOORZITTER WAARIN HIJ, BIJ DE ONDERVRAGING VAN DE BESCHULDIGDE, UTING GEEFT VAN ZIJN OVERTUIGING DAT DE VERKLARINGEN VAN DIE BESCHULDIGDE NIET OVEREENSTEMMEN MET DE WERKELIJKHEID, GAAN DE GRENZEN TE BUITEN VAN WAT TOEGELATEN IS AAN DE ACTIEVE RECHTER IN HET ALGEMEEN, EN AAN DE VOORZITTER VAN EEN ASSISENHOF IN HET BIJZONDER: ARREST VAN 28 FEBRUARI 2008 (C.08.0086.N)

In voorliggende zaak had de Voorzitter van het Hof van Assisen tweemaal het woord ‘pipo’ gebruikt om het gedrag te kwalificeren dat de beschuldigde tentoon spreidde nadat de feiten waarvoor hij werd vervolgd, gepleegd waren. Volgens de verzoeker tot wraking stelde de Voorzitter van het Hof van Assisen door de gebruikte terminologie de beschuldigde voor als een clownesk figuur.

Daarnaast had diezelfde voorzitter tijdens het verhoor van de beschuldigde, diverse malen gezegd, in aanwezigheid van de jury, dat hij geen geloof kon hechten aan bepaalde verklaringen van de beschuldigde over wat er gebeurd was na de feiten. Volgens de voorzitter was hij daartoe verplicht om te vermijden dat bij de jury de indruk zou worden gewekt dat wat de beschuldigde tijdens het verhoor antwoordt, ook de waarheid is.

Tot slot zou de Voorzitter, zo stelt de verzoeker tot wraking, de indruk hebben gewekt dat hij, als voorzitter, de bewijslast droeg van de feiten. De Voorzitter zou immers niet alleen tijdens het verhoor herhaaldelijk hebben aangegeven dat hij de beschuldigde niet geloofde, maar ook zou hij feitelijke omstandigheden hebben opgesomd waarbij hij telkens aangaf of hij deze wel of niet kon bewijzen. Deze stelling wordt ontkend door de Voorzitter van het Hof van Assisen. Hij zou enkel, ter informatie van de jury, een aantal verschillende hypothesen hebben geformuleerd waarop de beschuldigde kon reageren.

Het Hof van Cassatie gaat niet in op het eerste verwijt maar vindt voldoende grond tot wraking in het tweede verwijt dat aan de Voorzitter bij het Hof van Assisen wordt gemaakt. Het Hof stelt dat de Voorzitter zich in het kader van een ondervraging van de beschuldigde, dient te onthouden van commentaren omtrent de overeenstemming van de verklaringen van de beschuldigde met de werkelijkheid. Dergelijke uitingen van zijn overtuiging gaan de grenzen te buiten van wat toegelaten is aan de actieve rechter in het algemeen en aan de voorzitter van een assisenhof in het bijzonder.

Het Hof stelt aldus bepaalde grenzen aan de taak van een assisen voorzitter in het opsporen van de waarheid: hij mag hierbij geen grondbeginselen miskennen.

In de gegeven omstandigheden waren de door de voorzitter gegeven commentaren dan ook van die aard dat ze bij de verzoeker en derden gewettigde verdenking konden doen ontstaan over de geschiktheid van de betrokken magistraat om met de vereiste onpartijdigheid en onafhankelijkheid uitspraak te doen. Het feit dat de verdediging in een latere fase nog kon reageren, noch het feit dat er door de verdediging geen precieze verweermiddelen naar voren werden geschoven, verandert daar iets aan.

B. BEVOEGDHEID OM KENNIS TE NEMEN VAN DE VORDERING TOT WRAKING VAN LEDEN VAN DE NATIONALE TUCHTRAAD: ARREST VAN 27 JUNI 2008 (C.08.0237.F)

Voor de samenvatting van dit arrest, wordt verwezen naar afdeling 8, uitspraken in tuchtzaken.

§ 5. Rechtsplegingsvergoeding

A. DE KOSTEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE OMVATTEN NIET DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING DIE BEDOELD WORDT IN ARTIKEL 1022 VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK: ARREST VAN 27 JUNI 2008 (C.05.0328.F)⁵⁸

Krachtens artikel 1018 van het Gerechtelijk Wetboek omvatten de kosten onder meer de rechtsplegingsvergoeding als bedoeld in artikel 1022 van dat Wetboek. Te dezen was de vordering van de eiseres in cassatie afgewezen en had de verweerder gevorderd dat de rechtsplegingsvergoeding zou worden begrepen in de kosten waartoe zij door het Hof moest worden veroordeeld.

Het Hof wijst die vordering af. Artikel 147, tweede lid, van de Grondwet bepaalt immers dat het Hof niet in de beoordeling van de zaken zelf treedt en uitspraak doet over de vorderingen tot vernietiging van de in laatste aanleg gewezen beslissingen die aan het Hof worden voorgelegd wegens schending van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen.

Die bijzondere opdracht rechtvaardigt dat artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek een volledige en autonome regeling bevat van de kosten van de vordering tot vernietiging met inachtneming van de beperkte bevoegdheid van het Hof en het speciale voorwerp van deze vordering, die los staat van de vordering waarover de bestreden beslissing uitspraak doet.

⁵⁸ Hoofdstuk VII van dit Jaarverslag is volledig gewijd aan de problematiek van de gerechtskosten voor het Hof van Cassatie. De eerste afdeling bespreekt in het bijzonder de gerechtskosten voor het Hof van Cassatie in civiele zaken.

Volgens het Hof sluiten die kenmerken welke eigen zijn aan het cassatieberoep uit dat de in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsplegingsvergoeding in die kosten zou worden begrepen, daar die vergoeding verband houdt met de aard en de omvang van het door de partijen aan de feitenrechter voorgelegde geschil en de begroting ervan, die afhangt van criteria welke verband houden met de zaak zelf, het Hof zou nopen tot een onderzoek waarvoor het niet bevoegd is.

B. HET MIDDEL DAT VOOR HET EERST VOOR HET HOF VAN CASSATIE OPWERPT DAT DE APPELRECHTERS GEEN VEROORDELING KONDEN UITSPREKEN TOT BETALING VAN EEN RECHTSPLEGINGSVERGOEDING IS NIEUW EN DUS NIET ONTVANKELIJK, WANNEER DE EISENDE PARTIJ VOOR DE APPELRECHTER DE MOGELIJKHEID HAD OM ER ZICH TEGEN TE VERZETTEN: ARREST VAN 18 NOVEMBER 2008 (P.08.0768.N)

Voor een bespreking van dit arrest wordt verwezen naar afdeling 4 uitspraken in strafzaken, §10.

§ 6. Andere uitspraken in gerechtelijk recht

A. DE TOEPASSING VAN DE BURGERLIJKE BOETE WEGENS ROEKELOOS OF TERGEND BEROEP, BEDOELD IN ARTIKEL 1072BIS, TWEDE LID, VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK: ARREST VAN 5 MEI 2008 (C.05.0223.F), MET CONCLUSIE PROCUREUR-GENERAAL J.-FR. LECLERCQ

Hoewel het eerste lid van artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek, vóór de opheffing ervan bij de wet van 26 april 2007, de rechtspractici welbekend is, aangezien zij hierin de wettelijke grondslag vinden voor de vordering tot schadevergoeding wegens roekeloos of tergend beroep, wordt het tweede lid daarentegen minder toegepast. Laatstgenoemd lid bepaalde dat een partij daarenboven veroordeeld kon worden tot betaling van een *geldboete* wegens roekeloos of tergend beroep. Het doel ervan was de rechter de mogelijkheid te bieden de appellant in principaal hoger beroep te veroordelen, wanneer bleek dat die partij kennelijk misbruik had gemaakt van zijn recht om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing die hem benadeeld had. Over die beslissing moest een afzonderlijk debat gevoerd worden. De wettekst preciseerde met name dat de rechter, indien hij oordeelde dat een dergelijke geldboete verantwoord kon zijn, voor dat debat een rechtsdag op nabije datum diende te bepalen⁵⁹.

Twee verzekeringsmaatschappijen zijn partij in een geschil betreffende een wegverkeersongeval waarbij hun respectieve cliënten betrokken zijn. De rechtbank

⁵⁹ De voormelde wet van 26 april 2007 heeft een nieuw artikel 780bis in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd en heeft de mogelijkheid om een geldboete op te leggen, aldus tot alle niveaus van de rechtspleging veralgemeend, indien blijkt dat de rechtszoekende de rechtspleging voor kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden heeft aangewend. In tegenstelling tot de rechtspleging die onder vigour van artikel 1072bis, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, van toepassing was, biedt de nieuwe wet de rechter ook de mogelijkheid door één en dezelfde beslissing uitspraak te doen over de schadevergoeding wegens roekeloze of tergende rechtspleging en over de geldboete.

van eerste aanleg verwerpt het hoger beroep van de verzekeraar en beslist dat een veroordeling tot betaling van een geldboete wegens lichtzinnig hoger beroep verantwoord kan zijn. In een tweede vonnis spreekt die rechtbank, die ten dele is samengesteld uit dezelfde rechters die de eerste beslissing gewezen hebben, de veroordeling tot betaling van een geldboete uit.

Voor het Hof betoogt de verzekeraar dat de rechter die uitspraak heeft gedaan over de gegrondheid van het hoger beroep en de heropening van het debat bevolen heeft om over de geldboete uitspraak te doen, achteraf dus geen zitting meer kan houden om die geldboete op te leggen. Indien dit wel gebeurt, zou de tweede beslissing, die gewezen wordt door een lid van de rechterlijke macht, terwijl de geldboete het roekeloos of tergend hoger beroep ten aanzien van de gerechtelijke instelling bestraft, de regel miskennen volgens welke niemand rechter en partij mag zijn en, aangezien die rechter zich reeds een mening had gevormd in zijn eerste beslissing, de regel van de onpartijdigheid van de rechter miskennen.

Het Hof beslist dat de rechter die het principaal hoger beroep verwerpt en de heropening van het debat beveelt om te beslissen of er grond bestaat om de appellant tot de in artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde geldboete te veroordelen, hiermee noch de hoedanigheid van partij in de zaak noch een persoonlijk en rechtstreeks belang bij die zaak verkrijgt, die hem beletten om overeenkomstig die bepaling uitspraak te doen over het roekeloos of tergend karakter van dat hoger beroep.

Daarenboven kan uit de omstandigheid alleen dat die rechter de eerste beslissing gewezen heeft, niet worden afgeleid dat hij zich reeds een mening had gevormd over de toepassing van die geldboete.

In zijn conclusie vóór dat arrest herinnert het openbaar ministerie aan de ontstaansgeschiedenis van artikel 1072bis, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek en analyseert het die rechtspleging in het licht van zowel de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als van de Belgische rechtsleer.

B. BELANGENSCHADE IN DE ZIN VAN ARTIKEL 861 VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK IS BEPERKT TOT HET BELANG VAN DE PARTIJ DIE DE EXCEPTIE OPWERPT BINNEN DE EIGENLIJKE PROCEDURE: ARREST VAN 8 SEPTEMBER 2008 (C.06.0497.N)

Artikel 861 van het Gerechtelijk 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.

Het Hof oordeelt bij arrest van 8 september 2008 dat deze bepaling onderstelt dat de partij die de exceptie opwerpt, door het verzuim of de onregelmatigheid haar rechten in het geding redelijkerwijze niet of niet volledig heeft kunnen laten gelden binnen de normale procesgang. Een enge uitlegging van het belang is vereist omdat niet

elke storing van het comfort van de procespartij kan volstaan om de nietigheid uit te spreken van de proceshandeling.

Het voor het Hof bestreden arrest ging echter uit van het tegendeel. Het oordeelde namelijk dat het begrip "belangenschade" van artikel 861 niet eng terug te brengen is tot de belangen van de gedaagde binnen de eigenlijke procedure zelf.

Het hof van beroep stelde vast dat het verzoekschrift tot hoger beroep een verkeerde woonplaats van de gedaagde opgaf. Dit verzoekschrift is niet naar de griffie teruggestuurd maar is bij een verkeerde persoon terechtgekomen. Het hof oordeelde dat de schade die door de gedaagde was geleden doordat het verzoekschrift en het geding aldus aan de openbaarheid was prijsgegeven, op zich voldoende was om weerhouden te worden als vervulling van het vereiste van belangenschade voor de nietigheid van de beroepsakte.

Deze beslissing is door het Hof van Cassatie vernietigd. Het hof van beroep had trouwens ook expliciet uitgesloten dat de verweerder binnen de eigenlijke procedure schade heeft geleden of heeft kunnen lijden.

AFDELING 7 - UITSPRAKEN IN ADMINISTRATIEVE ZAKEN EN ZAKEN VAN PUBLIEK RECHT

§ 1. Fundamentele rechten en vrijheden

DE RECHTSVORDERING TOT STAKING, GEGROND OP EEN DISCRIMINATIE EN BEWIJSLAST: ARREST VAN 18 DECEMBER 2008 (C.06.0351.F)

Welke bewijslast draagt het slachtoffer van een discriminatie wanneer hij een vordering tot staking instelt op grond van artikel 19 van de wet van 25 februari 2003 tot bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding? Dat is de vraag waarover het arrest van 18 december 2008 uitspraak doet.

Een gewezen lid van een religieuze vereniging wordt uitgesloten en beklaagt zich over de houding die de volgelingen volgens de vereniging tegenover de uitgesloten leden moeten aannemen en die voornamelijk hierin bestaat dat ze hen niet mogen groeten of met hen mogen omgaan. Volgens het slachtoffer komt dat neer op een discriminatie die verboden is op grond van voormelde wet van 25 februari 2003 en hij stelt op grond hiervan voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg een vordering tot staking in die ertoe strekt de vereniging te doen veroordelen om in een tijdschrift informatie te verspreiden waarin de gewraakte houding wordt aangeklaagd.

Zowel de voorzitter als het hof van beroep wijzen de vordering af op grond dat de indiener ervan in gebreke bleef het bestaan van een discriminatie te zijnen aanzien te bewijzen, hoewel hij daartoe verplicht is.

Het arrest van 18 december 2008 verwerpt die zienswijze. Op grond van de overweging dat uit de bewoordingen van artikel 19, § 3, van de wet van 25 februari 2003 blijkt dat het slachtoffer van een zogenaamde discriminatie enkel feiten dient te bewijzen op grond waarvan het bestaan van die discriminatie kan worden vermoed en dat, wanneer een dergelijk vermoeden bestaat, het aan de verweerder staat te bewijzen dat er geen sprake is van discriminatie, beslist het Hof dat het arrest die bepaling schendt door te beslissen dat de rechtzoekende dient te bewijzen dat hij wel degelijk werd gediscrimineerd en dat de discriminatie waarover de eiser klaagt, objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd is, daar de eiser het tegendeel niet aantoont.

§ 2. Milieustakingsvordering

A. BELANG VAN DE GEMEENTE, EN BIJ HAAR STILZITTEN, VAN HAAR INWONERS OM EEN MILIEUSTAKINGSVORDERING IN TE STELLEN TEGEN HANDELINGEN DIE HET GEVOLG ZIJN VAN EEN EERDER DOOR DE GEMEENTE TEN ONRECHTE GEGEVEN VERGUNNING: ARREST VAN 10 MAART 2008 (C.06.0173.N) MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL G. DUBRULLE

Krachtens artikel 1, eerste lid, van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, stelt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, onverminderd de bevoegdheid van andere rechtscollages op basis van andere wetsbepalingen, op verzoek van de procureur des Konings, van een administratieve overheid of van een rechtspersoon zoals omschreven in artikel 2, het bestaan vast van een zelfs onder het strafrecht vallende handeling, die een kennelijke inbreuk is of een ernstige dreiging vormt voor een inbreuk op één of meer bepalingen van wetten, decreten en ordonnanties, verordeningen of besluiten betreffende de bescherming van het leefmilieu.

In een arrest van 14 februari 2002 oordeelde het Hof dat een gemeente op grond van die bepaling een vordering tot staking kan instellen ter bescherming van het leefmilieu of ter voorkoming van een ernstige dreiging voor het leefmilieu op haar grondgebied voor zover die bescherming van dit aspect van het leefmilieu tot haar bevoegdheid behoort. De gemeente wordt geacht in dergelijk geval een belang te hebben.⁶⁰

Krachtens artikel 271, §1, van de Nieuwe Gemeentewet, kunnen, wanneer het college van burgemeester en schepenen niet in rechte optreedt, een of meer inwoners namens de gemeente in rechte optreden, mits zij onder zekerheidsstelling aanbieden om persoonlijk de kosten van het geding te dragen en in te staan voor de veroordelingen die mochten worden uitgesproken. Het Hof oordeelde in zijn arrest van 14 februari 2002 dat een combinatie van artikel 271, §1, van de Nieuwe Gemeentewet en van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993 mogelijk is: indien het college van burgemeester en schepenen niet in rechte optreedt ter bescherming van

⁶⁰ Cass., 14 februari 2002, A.R. C.99.0032.N, nr. 104, met conclusie advocaat-generaal Dubrulle.

het leefmilieu, kunnen een of meer inwoners namens de gemeente in rechte optreden tot bescherming van het leefmilieu.

In een arrest van 10 maart 2008 nam het Hof een standpunt in over de volgende vraag: kunnen inwoners van de gemeente namens de gemeente een milieustakingsvordering instellen om werken stil te leggen waarvoor door een gemeente een vergunning werd verleend?

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest kunnen als volgt worden samengevat. Een gemeente verleende op 28 juli 2004 een stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van een eengezinswoning. Op 16 februari 2005 deelden de eigenaars van een naburig perceel aan de gemeente mee dat de houder van de bouwvergunning kennelijke inbreuken op de stedenbouwwetgeving pleegde. Aan de gemeente werd gevraagd om de nodige maatregelen te nemen ter bescherming van het leefmilieu op het grondgebied van de gemeente en om overeenkomstig de wet van 12 januari 1993 de milieustakingsvordering in te stellen. Vermits de gemeente weigerde in rechte op te treden, stelden de naburige eigenaars namens de gemeente een milieustakingsvordering in en vroegen zij de stillegging van de werken.

De appelrechters oordeelden dat de vordering op grond van artikel 271, §1, van de Nieuwe Gemeentewet geen vordering van de inwoners is maar een vordering van de gemeente en dat de inwoners het belang in hoofde van de gemeente moeten aantonen. Zij stellen vast dat de gemeente voor het bebouwen van het perceel een stedenbouwkundige vergunning heeft verleend en leiden hieruit af dat de gemeente niet het vereiste belang heeft om een milieustakingsvordering in te stellen voor de werken die op grond van deze vergunning worden uitgevoerd. Vermits de gemeente in die omstandigheden geen belang heeft om de milieustakingsvordering in te stellen, kunnen ook de inwoners van de gemeente namens de gemeente geen ontvankelijke stakingsvordering instellen.

Het cassatiemiddel van de naburige eigenaars voerde aan dat de omstandigheid dat de gemeente eerder een vergunning verleende, niet uitsluit dat de werken die ingevolge deze vergunning worden uitgevoerd een kennelijke inbreuk vormen op de wettelijke bepalingen tot bescherming van het leefmilieu in de zin van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993. De stakingsrechter moet op grond van artikel 159 van de Grondwet immers onderzoeken of de vergunning die de gemeente toekende in overeenstemming is met de wet. Het feit dat eerder door de gemeente een vergunning werd verleend, doet op zichzelf dan ook geen afbreuk aan het belang dat de inwoners van de gemeente hebben om namens de gemeente de staking te vorderen van werken die op grond van deze vergunning uitgevoerd worden.

Het Hof vernietigt het bestreden arrest. Het Hof brengt vooreerst de leer van zijn arrest van 14 februari 2002 in herinnering en benadrukt dat een door inwoners namens de gemeente ingestelde milieustakingsvordering slechts ontvankelijk is in de mate dat de vordering in hoofde van de gemeente een belang vertoont. Het belang van de gemeente om een vordering in te stellen tegen handelingen die het gevolg zijn van een eerder door de gemeente ten onrechte gegeven vergunning wordt in beginsel niet aangetast door het feit dat de gemeente zelf aan de basis ligt van de

schending van het leefmilieu. De mogelijkheid een milieustakingsvordering in te stellen tegen handelingen die een kennelijke inbreuk of een ernstige dreiging van inbreuk uitmaken, wordt niet beheerst door de grenzen waarbinnen de gemeente haar eigen beslissingen kan aanvechten of intrekken en moet beschouwd worden als een autonome vordering bestemd om ernstige schendingen van het leefmilieu te weren. De appelrechters die oordeelden dat een gemeente, en bij haar stilzitten, haar inwoners niet het vereiste belang hebben om de staking te vorderen van werken waarvoor de gemeente zelf de stedenbouwkundige vergunning heeft verleend, schenden de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen.

Het Openbaar Ministerie wees er in zijn conclusie op dat het Grondwettelijk Hof in twee recente arresten heeft geoordeeld dat artikel 1 van de wet van 12 januari 1993, in samenhang gelezen met artikel 271, §1, van de Nieuwe Gemeentewet, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, wanneer die bepalingen in die zin worden geïnterpreteerd dat een inwoner van een gemeente namens die gemeente niet in rechte kan optreden, wanneer het college van burgemeester en schepenen nalaat een vordering in te stellen op grond van artikel 1 van de voormelde wet van 12 januari 1993 tegen een handeling die in overeenstemming is met een vergunning van die gemeente.⁶¹ Het Grondwettelijk Hof steunt hiervoor op het toetsingsrecht van de stakingsrechter op grond van artikel 159 van de Grondwet en benadrukt dat deze grondwetsbepaling een administratieve overheid niet belet de onwettigheid aan te voeren van een besluit dat ze zelf heeft genomen. De omstandigheid dat een inwoner ongelijk behandeld wordt zo hij niet toegelaten wordt om met een milieustakingsvordering in rechte te treden tegen een handeling die in overeenstemming is met een door een gemeente verleende vergunning en dat hij dus daartoe wel moet worden toegelaten, impliceert, volgens het Openbaar Ministerie, dat ook hij geacht wordt daarvoor het vereiste belang te hebben, d.i. het belang dat de gemeente geacht wordt, ook in deze hypothese, te hebben.

B. HET DECREET VAN 18 MEI 1999 HOUDENDE DE ORGANISATIE VAN DE RUIMTELIJKE ORDENING MOET BESCHOUWD WORDEN ALS “EEN WET BETREFFENDE DE BESCHERMING VAN HET LEEFMILIEU IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1 VAN DE WET VAN 12 JANUARI 1993”, ZODAT DE STAKINGSVORDERING INZAKE LEEFMILIEU OOK KAN INGESTELD WORDEN IN GEVAL VAN INBREUKEN OP DE RUIMTELIJKE ORDENING. DAARBIJ IS HET DE STAKINGSRECHTER NIET VERBODEN OM DE AFBRAAK TE BEVELEN VAN WEDERRECHTELIJK OPGERICHTE CONSTRUCTIES, INDIEN DERGELIJK BEVEL NOODZAKELIJK IS OM VERDERE SCHADE AAN HET LEEFMILIEU TE VOORKOMEN: ARREST VAN 31 MAART 2008 (C.07.0157.N), MET CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL R. MORTIER

Artikel 1, eerste lid, van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu verleent de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg de bevoegdheid om het bestaan vast te stellen van handelingen die (een ernstige dreiging voor) een kennelijke inbreuk vormen op één of meer

⁶¹ Grondwettelijk Hof, arrest nr. 70/2007 van 26 april 2007 (onder verwijzing naar het cassatiearrest van 14 juli 2002 en naar de concl. O.M. voor dit arrest – cfr. voetnoot) en arrest nr. 121/2007 van 19 september 2007.

wettelijke bepalingen betreffende de bescherming van het leefmilieu. Daarbij is het irrelevant of die handelingen onder het strafrecht vallen of niet.

Men kan zich afvragen of inbreuken op de regelen betreffende de ruimtelijke ordening eveneens te beschouwen zijn als inbreuken op de regelen betreffende het leefmilieu. Wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt het immers mogelijk om inbreuken op de ruimtelijke ordening te laten staken via de voor leefmilieu bevoegde voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

Het Hof van Cassatie ontsloot reeds in zijn arrest van 8 november 1996 deze piste. Het Hof overwoog dat het doel van de wet van 12 januari 1993 er niet alleen in bestaat om de aantasting van de natuur te voorkomen, maar ook om een leefbare omgeving te verzekeren aan de bevolking. Daaruit volgt dat een goede ordening van de ruimte deel uitmaakt van het te beschermen leefmilieu in de zin van die wet.

In het voorliggende arrest van 31 maart 2008 bevestigt het Hof van Cassatie zijn eerdere rechtspraak van 1996 en oordeelt het dat het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening moet beschouwd worden als een '*wet betreffende de bescherming van het leefmilieu*' in de zin van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu.

Daarnaast rees de vraag of de bevoegdheid van de stakingsrechter op grond van de wet betreffende de bescherming van het leefmilieu ook de *afbraak* van wederrechtelijk opgetrokken gebouwen behelst, dan wel of zijn bevoegdheid zich beperkt tot het bevelen van de stopzetting van de gewraakte bouwwerken.

Opnieuw bevestigt het Hof van Cassatie in voorliggend arrest zijn rechtspraak uit het arrest van 8 november 1996 waarin het voorhield dat het de stakingsrechter niet verboden wordt om desgevallend te bevelen dat de uitgevoerde werken ongedaan worden gemaakt als een dergelijk bevel nodig is om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen.

§ 3. Andere uitspraken in administratieve zaken en zaken van publiek recht

A. GRENZEN AAN HET TOETSINGSRECHT VAN DE KORTGEDINGRECHTER BIJ EEN ONRECHTMATIGE AANTASTING VAN EEN SUBJECTIEF RECHT DOOR DISCRETIONAIR OVERHEIDSHANDELEN: ARREST VAN 3 JANUARI 2008 (C.06.0322.N)

Meer dan 3200 bewoners van de noord- en ooststrand rond Brussel leiden een vordering in bij de kortgedingrechter omdat zij hinder ondervinden van het stijgen en dalen van vliegtuigen op de luchthaven van Zaventem. Zij klagen over buitenmatige geluidsoverlast die hun gezondheid schaadt en stellen dat ze onevenredig worden aangetast in hun recht op eerbiediging van het privé- en familieleven en van hun woonst. Ze vragen het hof van beroep om een verbodsmaatregel en ook om de Belgische Staat en het Vlaams Gewest op te leggen om een aantal beslissingen te nemen die volgens hen vereist zijn om de gevolgen van de beweerdte onrechtmatige gedragingen te hunnen opzichte te doen ophouden.

Het hof van beroep gaat in op die vraag en legt de Belgische Staat het verbod op om, door het laten opstijgen of landen van vliegtuigen, de inwoners van de noord- en ooststrand bloot te stellen aan geluidsoverlast die, uitgedrukt in termen van SEL dB (A) en als Laeq per relevant te bepalen periode, overschrijdt hetgeen als gewogen resultaat van spreiding van die overlast kan worden bereikt wanneer alle inwoners van de zes 'geluidshinder-zones' (zoals beschreven door het arrest) gelijk worden behandeld.

De feiten doen terugdenken aan de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van 4 maart 2004 (C.03.0346.N – C.03.0448.N – C.03.0449.N, besproken in het jaarverslag 2004 van het Hof, p. 176). Het Hof van Cassatie baseert zijn oordeel in het arrest van 3 januari 2008, net als het arrest van 2004, op de grenzen van het toetsingsrecht van de bevoegde rechter. Het Hof herhaalt dat het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen. Bij de beoordeling of de soevereine beslissing van de administratie subjectieve rechten schendt, mag de rechter het bestuur zijn beleidsvrijheid niet ontnemen en vermag hij zich niet in de plaats van het bestuur te stellen. Dit geldt evenzeer voor de rechter in kort geding. Bij de voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden mag de kortgedingrechter een criterium dat aan die overheidsbeslissing ten grondslag ligt bijgevolg niet uitsluiten zonder te beslissen, prima facie, dat dit criterium niet rechtmatig was aangewend. Verder kan hij evenmin naar eigen opvatting, andere criteria in de plaats stellen die tot een andere beslissing leiden.

Het Hof is van oordeel dat de appelrechters met de vermelde beslissing de Belgische Staat ertoe verplichten een strikte spreiding van de vluchten van de vliegtuigen die opstijgen en landen op de luchthaven van Brussel-Nationaal, toe te passen zodat al de inwoners van de zes betrokken zones worden blootgesteld aan dezelfde geluidshinder en -overlast veroorzaakt door deze vliegtuigen. Dit heeft, volgens het Hof, tot gevolg dat de rechter aan het bestuur zijn beleidsvrijheid ontnemt en zich in de plaats van het bestuur stelt, hetgeen het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten schendt. De kortgedingrechter dient de grenzen van zijn toetsingsrecht strikt in acht te nemen. Na ter zake eerst zelf eigen criteria vastgesteld te hebben, kon de kortgedingrechter de wonde niet zalven door in zijn dictum bij te voegen dat de door de Belgische Staat reeds toegepaste criteria rechtsgeldig zijn.

B. DE GEHOUDENHEID DE UITBATER VAN EEN ALGEMEEN ZIEKENHUIS SCHADELOOS TE STELLEN VOOR KOSTEN DIE GEPAARD GAAN MET DE SLUITING VAN HET ZIEKENHUIS OF EEN GEDEELTE ERVAN RUST OP DE BELGISCHE STAAT: ARREST VAN 10 MAART 2008 (C.06.0610.N)

Aan de uitbater van een algemeen ziekenhuis kan binnen de perken van de kredieten ingeschreven in de begroting van het Ministerie van Volksgezondheid een schadeloosstelling worden toegekend voor de kosten die gepaard gaan met de sluiting van het ziekenhuis of een gedeelte ervan. Hoewel deze schadeloosstelling

ten laste komt van de Staatsbegroting, wordt bij het in deze zaak toepasselijke Koninklijk Besluit van 20 juni 1983 een samenwerking opgelegd van de Belgische Staat en de Gemeenschappen. Het Hof verduidelijkt in het arrest van 10 maart 2008 deze samenwerkingsregeling en beslist dat de gehoudenheid de uitbater van een algemeen ziekenhuis schadeloos te stellen voor deze kosten enkel rust op de Belgische Staat, die ingevolge zijn normerende bevoegdheid aan de basis ligt van de beperking van het aantal ziekenhuisbedden.

Een beheerder van een ziekenhuis meende ten aanzien van de Vlaamse Gemeenschap aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding, gelet op het feit dat de gemeenschapsminister in een brief kennis had gegeven van de instemming van de Minister van Sociale Zaken en van het starten van de procedure tot betaling. In deze brief had de Vlaamse Gemeenschap duidelijk en ontegensprekelijk erkend dat aan het ziekenhuis ten definitieve titel een bedrag werd toegekend. De beheerder verweet de appelrechters hun vordering te hebben afgewezen omdat enkel de Belgische Staat de bedoelde schadeloosstelling kan toekennen, het bedrag ervan kan vaststellen en het vervolgens ter beschikking stellen van de Gemeenschap, eventueel na afhouding van bepaalde voorschotten. De beheerder meent over een eigen vorderingsrecht tegen de Vlaamse Gemeenschap te beschikken tot betaling van de schadeloosstelling. De Gemeenschappen zouden m.b.t. de toekenning van schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuizen of ziekenhuisdiensten over een eigen beslissingsbevoegdheid beschikken.

Het Hof verwierp vooreerst het middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep van de Vlaamse Gemeenschap. Deze partij had aangevoerd dat het cassatieberoep laattijdig was doordat het werd ingesteld meer dan drie maanden na de betekening van het bestreden arrest aan het ziekenhuis. Het Hof oordeelde dat de betekening van het bestreden arrest op de in de statuten vermelde maatschappelijke zetel rechtsmisbruik inhoudt, aangezien in alle processtukken steeds werd vermeld dat de maatschappelijke zetel elders was gevestigd en dat uit de stukken waarop het Hof vermocht acht te slaan bleek dat de eiseres in cassatie van die betekening geen kennis kon krijgen. Deze betekening kan dus niet gelden als vertrekpunt van de termijn waarbinnen een cassatieberoep moet worden ingesteld.

Volgens het Hof volgt uit de te dezen toepasselijke samenwerkingsregeling – vervat in artikel 6, §10, van de wet van 23 december 1963 en het Koninklijk Besluit van 20 juni 1983 – tussen de gemeenschappen en de Belgische Staat dat uitsluitend de Belgische Staat gehouden is de uitbater van een algemeen ziekenhuis schadeloos te stellen voor de kosten die gepaard gaan met het sluiten van het ziekenhuis of een gedeelte ervan. De uitbater beschikt enkel over een vordering ten aanzien van de Gemeenschap tot uitbetaling van de bedragen die de Belgische Staat, met het oog op de bedoelde schadeloosstelling, aan de Gemeenschap ter beschikking stelde. De uitbater van het ziekenhuis ging er in zijn voorziening evenwel ten onrechte van uit dat hij ten aanzien van de Gemeenschap beschikt over een subjectief recht in betaling van bedoelde schadeloosstelling, ongeacht of het bedrag ervan door de Belgische Staat ter beschikking werd gesteld van de Gemeenschap met het oog op de uitbetaling van de schadeloosstelling. Artikel 22, §2, van voornoemd Koninklijk

Besluit bepaalt dat in geval van betwisting een overleg wordt georganiseerd ten einde in onderling akkoord het bedrag vast te stellen.⁶² Deze samenwerkingsregeling wijst enkel op een verdeling van de beslissingsmacht wat de vaststelling betreft van het bedrag dat ter beschikking van de Gemeenschap zal worden gesteld, maar verleent aan de uitbater geen subjectief recht in betaling van de schadeloosstelling ten aanzien van de Gemeenschap.

Terloops wordt nog opgemerkt dat de hier besproken samenwerkingsregeling inmiddels werd opgeheven en vervangen bij het Koninklijk Besluit van 19 mei 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals van de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend. Ook onder deze nieuwe regeling rust de gehoudenheid tot schadeloosstelling op de Belgische Staat.

C. BEOORDELING VAN DE VOORWAARDEN TOT VERKRIJGING VAN DE STATUS VAN STAATLOZE, VASTGESTELD BIJ ARTIKEL 1, 1, VAN HET VERDRAG VAN NEW YORK VAN 28 SEPTEMBER 1954 BETREFFENDE DE STATUS VAN STAATLOZEN: ARREST VAN 6 JUNI 2008 (C.07.0385.F)

Wanneer de Belgische rechter, bij wie een vordering tot erkenning als staatloze aanhangig is gemaakt, vaststelt dat zij beantwoordt aan de objectieve voorwaarden waarin artikel 1, 1, van het Verdrag van New York van 28 september 1954 betreffende de Status van Staatlozen voorziet en dat zij niet behoort tot een van de toestanden waarin, krachtens punt 2 van dat artikel, het verdrag niet van toepassing is, moet hij die vordering gegrond verklaren.

Dit is de lering uit voornoemd arrest dat gewezen is in een zaak waar de eiser, die ooit de Roemeense nationaliteit had, ze had verzaakt. De wetgeving van dat land stond zijn onderdanen immers toe hun nationaliteit te verzoeken zonder dat zij daarbij dienden te bewijzen dat zij een andere nationaliteit hadden verkregen. Door die situatie, die nu niet meer dezelfde is, kon het aantal gevallen van staatloosheid dus toenemen.

Die persoon die eerst, maar tevergeefs, geprobeerd had de Duitse nationaliteit te verkrijgen, vordert daarna, in België, als staatloze te worden erkend, met toepassing van voornoemd artikel 1, 1, volgens hetwelk als staatloze geldt de persoon die door geen enkele Staat, krachtens diens wetgeving, als onderdaan wordt beschouwd.

Volgens het hof van beroep wil het Verdrag van New York van 28 september 1954 het aantal gevallen beperken waarin een persoon als staatloze moet worden erkend en de daarmee gepaard gaande status verkrijgt. Gelet op de omstandigheid dat,

⁶² Zie over de draagwijdte van het begrip “akkoord”: J. Vande Lanotte, Overzicht van publiek recht, deel 2, Die Keure, 1997, nr. 1366; R. Moerenhout, “De samenwerking tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten (1996-2000)”, *TBP* 2001, p. 603, nr. 19; A. Alen, “De samenwerking tussen de federale Staat en de deelstaten”, *R.W.* 1989-1990, 1310-1311.

enerzijds, het tegen die doelstelling zou ingaan die status te verlenen aan een persoon die uit eigen wil zijn oorspronkelijke nationaliteit heeft verzaakt, zonder dat die keuze, aldus het arrest, door een dwingende noodzaak is ingegeven, en, anderzijds, dat hij zijn Roemeense nationaliteit kon herwinnen indien hij daartoe een aanvraag indiende, wat hij volgens de wetgeving van dat land kan doen, wijst het hof van beroep de vordering van die persoon af.

Het Hof vernietigt die beslissing die aan artikel 1 van het voornoemde Verdrag een voorwaarde toevoegt die het niet bevat.

AFDELING 8 - UITSPRAKEN IN TUCHTZAKEN

BEVOEGDHEID OM KENNIS TE NEMEN VAN DE VORDERING TOT WRAKING VAN LEDEN VAN DE NATIONALE TUCHTRAAD: ARREST VAN 27 JUNI 2008 (C.08.0237.F)

Het Hof van Cassatie is bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot wraking van leden van de Nationale Tuchtraad. Het heeft in die zin beslist in een arrest van 27 juni 2008.

Naar aanleiding van een tegen hem ingestelde tuchtprocedure vordert een magistraat de wraking van een effectief lid van de Nationale Tuchtraad.

De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de Nationale Tuchtraad onderwerpen de leden ervan aan de gemeenrechtelijke regeling van de wrakingsgronden, maar wijzen de instantie niet aan die bevoegd is om uitspraak te doen over een tegen een van die leden aangevoerde wrakingsgrond.

Bij ontstentenis van een specifieke bepaling dient de aanwijzing van de bevoegde rechter dus met toepassing van artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek te gebeuren op grond van de toepassing van de regels inzake de wraking van de leden van de rechtscolleges van de rechterlijke orde. In die zaken worden de wrakingsgronden niet beoordeeld door de gerechtelijke instantie waarvan de leden worden gewraakt, maar door de onmiddellijk hogere gerechtelijke instantie.

Aangezien de Nationale Tuchtraad een unieke instantie is die onder meer kan bestaan uit leden van de hoven van beroep en de arbeidshoven, is het Hof van Cassatie bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot wraking van leden van die Raad.

HOOFDSTUK III - BELANGRIJKSTE CONCLUSIES DIE HET OPENBAAR MINISTERIE TIJDENS HET KALENDERJAAR 2008 HEEFT GENOMEN

AFDELING 1 - BURGERLIJK, HANDELS- EN ECONOMISCH RECHT

- Toepassing van de regel volgens welke een procesakte enkel nietig is als het verzuim of de onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die zich op de exceptie beroept, op de onjuiste vermeldingen betreffende de woonplaats van de eiseres, Cass. 7 januari 2008, C.06.0635.F;
- Het verbod voor de derde die een verbintenis voldoet waarbij hij geen belang heeft, om zich op wettelijke indeplaatsstelling te beroepen sluit niet uit dat hij een indeplaatsstelling bij overeenkomst kan genieten, Cass. 21 januari 2008, C.07.0078.F;
- Begrip betrokkenheid bij het geding dat van toepassing is op een tot vrijwaring opgeroepen partij waardoor zij zich in cassatie kan voorzien tegen de beslissing over de hoofdvordering, Cass., 18 februari 2008, C.05.0391.F;
- Erkenning van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening als wet betreffende de bescherming van het leefmilieu in de zin van artikel 1 van de Wet van 12 januari 1993; bevoegdheid van de stakingsrechter in geval van stedenbouwkundige inbreuken, Cass. 31 maart 2008, C.07.0157.N;
- Wijze van berekening van planschadevergoeding en de erop verschuldigde rente; Cass. 31 maart 2008, C.07.0102.N;
- De bevoegdheid van de curator om een door de failliet gesloten lopende overeenkomst te beëindigen, Cass. 10 april 2008, C.05.0527.N;
- Voorwaarde en omvang van het subrogatoir verhaal van de verzekeringsinstelling tot terugbetaling van de prestaties die zij heeft verleend binnen het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, geneeskundige verzorging, tegen een medeaansprakelijke derde, Cass., 21 april 2008, C.06.0675.F;
- Beperking van het bedrag van het subrogatoir verhaal van de verzekeringsinstelling, die is opgetreden binnen het kader van de uitkeringsverzekering, wanneer de krachtens het gemeen recht verschuldigde vergoeding niet samenvalt met de derving van de werkloosheidsuitkeringen, Cass., 21 april 2008, C.07.0099.F;
- Begrip schade die in de ziekte- en invaliditeitsverzekering wordt gedekt door de vergoeding wegens arbeidsongeschiktheid waarop de werkloze aanspraak kan maken wanneer hij wegens zijn arbeidsongeschiktheid het recht op zijn werkloosheidsuitkeringen verliest, Cass., 21 april 2008, C.07.0223.F;
- De geldboete, bedoeld in artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek, Cass. 5 mei 2008, C.05.0223.F;

- Over het begrip nieuw feit dat de herziening mogelijk maakt van het verlies van arbeidsgeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval, Cass. 26 mei 2008, S.07.0111.F;
- De uitsluiting van de vergoedingsregeling zoals voorzien in het eerste lid van artikel 29bis WAM-wet niet enkel op de slachtoffers bedoeld in het zesde lid maar ook op de rechthebbenden van deze slachtoffers, Cass. 26 juni 2008, C.07.0494.N;
- De vordering tot vergoeding van de schade, veroorzaakt door een handeling die het rechtstreekse voorwerp uitmaakt van het rechtsprekend ambt: deze vordering kan worden gegrond op een fout die niet bestaat in de schending van de vastgestelde rechtsnorm, die, aangezien zij de litigieuze akte onwettig heeft gemaakt, de intrekking, de wijziging, de vernietiging of de herroeping ervan heeft verantwoord. Cass. 27 juni 2008, C.07.0384.F;
- Het middel dat de rechter verwijt dat hij niet ambtshalve de rechtsmiddelen heeft opgeworpen waarvan de toepassing geboden is door de door de partijen speciaal aangevoerde feiten is niet-ontvankelijk, daar het niet preciseert waarom die feiten die door de partijen slechts op één wijze waren omschreven, op een andere wijze dienden te worden omschreven, Cass. 11 september 2008, C.07.0441.F;
- Ongeoorloofde oorzaak die een overeenkomst welke buiten de bij de wet bepaalde gevallen tot doel heeft een van de partijen in staat te stellen de wederpartij te beletten om vrij haar beroepsactiviteit uit te oefenen, volstrekt nietig maakt, Cass. 29 september 2008, C.06.0443.F;
- Voorwaarde voor de verplichting van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn om hulp te verlenen aan de persoon die onmiddellijk verzorging nodig heeft; schade die een verzorgingsinstelling lijdt ten gevolge van de fout van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn die erin bestaat in strijd met de wet hulp te hebben geweigerd aan een patiënt die onmiddellijk verzorging nodig heeft; het aan de persoon verbonden recht op maatschappelijke bijstand kan niet het voorwerp zijn van een zijdelingse vordering, Cass. 29 september 2008, C.07.0101.F;
- Een dagvaarding voor de rechter stuit de verjaring van een schuldvordering op de Staat alleen als zij wordt betekend aan de schuldenaar die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, Cass. 2 oktober 2008, C.05.0524.F;
- Eenzijdige rechtshandeling, niet uitgedrukte oorzaak en bewijs van het ontbreken van een oorzaak, Cass. 10 november 2008, C.06.0632.F;
- Eenzijdige rechtshandeling, bedrog, vaststelling en toezicht van het Hof, Cass. 10 november 2008, S.08.0063.F;
- De aard en de inhoud van de akte van loonoverdracht, Cass. 17 november 2008, C.08.0259.N;

- De mate waarin de ziekteverzekeringsinstelling de uitgekeerde prestaties kan terugvorderen van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, ingeval de verzekerde zelf uitgesloten is van een vorderingsrecht, Cass. 17 november 2008, C.08.0117.N;

- In geval van een ongeval, veroorzaakt door een niet-verzekerde bestuurder, geen verhaal van de benadeelde die reeds door een schadeverzekering is gedekt, en geen subrogatoir verhaal van zijn schadeverzekeraar, in zoverre zij gericht zijn tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, Cass. 24 november 2008, C.07.0432.F;

- De in artikel 701 van het Gerechtelijk Wetboek vermelde procedureregeling is niet van openbare orde – Gevolgen. Cass. 24 november 2008, C.07.0432.F.

AFDELING 2 - GERECHTELIJK RECHT

- De ontvankelijkheid van een cassatiemiddel tegen een beslissing nopens de rechtspleging die in overeenstemming met de conclusie van de eiser werd gewezen, Cass. 31 januari 2008, voltallige zitting, C.05.0372.N;

- Bevoegdheid van de arbeidsrechtbank inzake een vordering tot schadevergoeding ingevolge een arbeidsongeval overkomen aan een cursist in opleiding in een onderneming, Cass. 26 juni 2008, S.04.0134.N;

- De verwijzing na gedeeltelijke cassatie, Cass. 5 september 2008, voltallige zitting, C.07.0327.N;

- Bevoegdheid van de rechterlijke macht tot het invullen van een leemte in de wetgeving, Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N;

- Het gevolg van een vordering tot uitlegging van de hoofdveroordeling op haar tenuitvoerlegging en de verbeurte van de dwangsom, Cass. 5 december 2008, C.07.0057.N.

AFDELING 3 - FISCAAL RECHT

- Ogenblik vanaf wanneer de schorsing van de door de belastingplichtige verschuldigde nalatigheidsintrest uitwerking kan krijgen, Cass. 17 januari 2008, F.06.0082.N;

- Toepassingsvoorwaarden voor de vrijstelling van B.T.W. wegens uitvoer als bedoeld in artikel 39, § 1, 1°, van het B.T.W.-Wetboek, Cass. 14 februari 2008, F.05.0009.N;

- De vraag of een belastingaanslag kan worden gevestigd in hoofde van een tijdelijke handelsvereniging zonder rechtspersoonlijkheid, Cass. 14 februari 2008, F.07.0058.N;

- Tijdstip waarop de belastingschuld inzake inkomstenbelastingen definitief ontstaat, Cass. 14 maart 2008, F.07.0067.F;
- De toepassing van de anterioriteitsvereiste gesteld voor de door het bestuur ingestelde pauliaanse vordering in het kader van artikel 458 W.I.B. (1992), Cass. 20 maart 2008, F.07.0027.N;
- Draagwijdte van de verplichting tot motivering van het dwangbevel inzake B.T.W., Cass. 20 maart 2008, F.07.0016.N;
- De vraag of de aangever van het extern communautair douanevervoer naast “douaneschuldenaar”, tevens “accijnsschuldenaar” kan zijn, Cass. 24 april 2008, F.07.0014.N;
- Draagwijdte van de verplichting tot motivering van het dwangbevel inzake successierechten., Cass. 22 mei 2008, F.06.0077.N;
- Vaststelling van het aanslagjaar voor de belasting op de meerwaarden bij de overdracht van een handelszaak, die voorafgaat aan de effectieve stopzetting van de activiteit, Cass. 13 juni 2008, F.06.0095.F;
- Toepassingsvoorwaarden voor de vrijstelling van onroerende voorheffing inzake nationale domeingoederen, Cass. 12 september 2008, F.07.0034.N;
- Vereisten inzake ondertekening van het cassatieberoep van de belastingplichtige inzake de leegstandheffing op verlaten of verwaarloosde bedrijfsruimten, Cass. 12 september 2008, F.07.0040.N;
- Begrip “overmacht” waarop de beslissing van de Vlaamse Regering over het beroep van de belastingplichtige inzake de leegstandheffing kan zijn gesteund, Cass. 26 september 2008, C.06.0442.N;
- De mate waarin de provincies en gemeenten, naast de opcentiemen op de onroerende voorheffing, belastingen kunnen heffen op het kadastraal inkomen, Cass. 10 oktober 2008, F.06.0096.N;
- Dwangbevel en rechterlijk geding in de zin van artikel 83 van het BTW-wetboek. Begrippen, Cass. 16 oktober 2008, C.06.0433.F;
- Uitsluiting van de investeringsaftrek voor ondernemingen die vaste activa aan particulieren ter beschikking stellen, Cass. 14 november 2008, F.06.0129.N;
- Toepassing van de regel “*le criminel tient le civil en état*” in fiscale betwistingen, Cass. 12 december 2008, F.06.0111.N;
- De vraag of de tenuitvoerlegging die door het bestuur ingesteld wordt tegen de hoofdelijk aansprakelijke overnemer van een handelszaak, kan gebeuren op basis van het kohier op naam van de overdrager, Cass. 12 december 2008, F.07.0099.N;

- De vraag of de administratie van het kadaster naast de vaststelling van het kadastraal inkomen van de onroerende goederen tevens bevoegd is om de belastingplichtige in de onroerende voorheffing aan te duiden, Cass. 12 december 2008, F.07.0101.N;
- Draagwijdte van de aanzuivering door de fiscus van een terug te betalen som op een betwiste belastingsschuld, Cass. 12 december 2008, F.07.0072.N;
- De bewijslast die rust op de belastingplichtige die aanspraak maakt op de investeringsaftrek ten aanzien van vaste activa waarvan hij het gebruik aan een derde heeft overgedragen, Cass. 12 december 2008, F.07.0051.N;
- De bevoegdheid van de fiscale rechter om kennis te nemen van de geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet, Cass. 12 december 2008, F.07.0035.N.

AFDELING 4 - SOCIAAL RECHT

- Aard van de termijn waarbinnen de aanvraag tot vrijstelling van boeking, als administratiekosten, van een door de uitbetalingsinstelling niet teruggevorderd onverschuldigd betaald bedrag moet worden ingediend, Cass. 7 januari 2008, S.06.0097.F;
- Vordering in rechte, autonoom syndicaat van treinbestuurders en aanvraag tot erkenning als officiële vakbond, Cass. 4 februari 2008, C.05.0309.F;
- Voorwaarde voor wederrechtelijk ontslag binnen het kader van een arbeidsovereenkomst voor werklieden, Cass. 18 februari 2008, S.07.0010.F;
- Begrip feitelijk gezin in de zin van artikel 56bis van de wet van 19 december 1939 als element bij de raming van het bedrag van de gezinsbijslag, Cass. 18 februari 2008, S.07.0041.F;
- De gevolgen van de erkenning als staatloze in de zin van het Verdrag van New York van 28 september 1954 op het vlak van het verblijfsstatuut van de vreemdeling, Cass. 19 mei 2008, S.07.0078.N;
- De gevolgen van de inschrijving van de illegale vreemdeling in het wachtregister van de gemeente waar hij zijn hoofdverblijfplaats heeft en de invloed hiervan op het verblijfsrecht en het recht op leefloon, Cass. 19 mei 2008, S.07.0078.N;
- Voorwaarde voor de toekenning van de vrijstelling van boeking als administratiekosten, van de ZIV-uitkeringen die niet zijn teruggevorderd door de verzekeringsinstelling – Termijn en wet van toepassing in de tijd, Cass. 26 mei 2008, S.07.0083.F;

- Het vergoeden van de schade aan een prothese wanneer die op het ogenblik van het schadegeval niet gebruikt wordt, Cass. 22 september 2008, S.08.0119.N;
- Taak en bevoegdheid van de rechter nadat het Grondwettelijk Hof de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet heeft vastgesteld doordat de arbeidsongevallenwet niet van toepassing is op onbezoldigde stagiairs, Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N;
- De mate waarin de ziekteverzekeringsinstelling de uitgekeerde prestaties kan terugvorderen van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, ingeval de verzekerde zelf uitgesloten is van een vorderingsrecht, Cass. 17 november 2008, C.08.0117.N;
- De gevolgen van de terbeschikkingstelling van een arbeidskracht door een uitzendbureau voor het verrichten van arbeid die niet onder het toepassingsgebied valt van de Uitzendarbeidswet, Cass. 1 december 2008, S.07.0116.N;
- De wijze van berekening van de verschuldigde rente op loon, rekening houdend met de retroactieve bekrachtiging bij wet van het koninklijk besluit dat de inwerkingtreding van de nieuwe berekeningswijze en de gevallen waarop die van toepassing is bepaalt, Cass. 1 december 2008, S.07.0116.N.

AFDELING 5 - STRAFRECHT EN STRAFRECHTSPLEGING

- Kan de herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling gegrond worden op een foutieve gedraging van de veroordeelde die dagtekent van voor zijn invrijheidstelling? Cass. 2 januari 2008, P.07.1812.F;
- Het cassatieberoep, door de op probatie gestelde persoon tegen de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg ingesteld op het hoger beroep dat met toepassing van artikel 12 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie is ingesteld tegen de beslissing van de probatiecommissie, Cass. 16 januari 2008, P.07.1249.F;
- De vereisten voor de ontvankelijkheid van het verzoek tot intrekking van een door het Hof in strafzaken gewezen arrest, Cass. 16 januari 2008, P.07.1748.F;
- Vreemdelingen, maatregel van vrijheidsberoving, beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, recht van verdediging, taal en essentiële stukken, Cass. 16 januari 2008, P.07.1884.F;
- Inbreuken op het K.B. van 31 mei 1933 die betrekking hebben op subsidies, vergoedingen en toelagen uitgekeerd krachtens art. 580, 1^e Gerechtelijk Wetboek: vervolging door de procureur des Konings of door de arbeidsauditeur?, Cass. 22 januari 2008, P.07.0906.N;

- De regelmatigheid van de opening van een onderzoek op grond van inlichtingen uit stukken die niet bij het dossier van de rechtspleging zijn gevoegd, Cass. 30 januari 2008, P.07.1468.F;
- De draagwijdte van het vereiste van de vermelding van de te doorzoeken ruimten in het huiszoekingsbevel, Cass. 30 januari 2008, P.08.0111.F;
- Douane en accijnzen: sluikinvoer in de Europese Gemeenschap, onttrekking aan het douanetoezicht en verschuldigd zijn van de accijns, Cass. 19 februari 2008, P.07.1411.N;
- De douaneschuld: boeking, kennisgeving, verjaring. Cass. 26 februari 2008, P.07.1021.N;
- Het recht van de beschuldigde die voor het hof van assisen van de provincie Luik moet terechtstaan om de verwijzing te vorderen naar een hof van assisen waar de procedure in het Nederlands wordt gevoerd, Cass. 27 februari 2008, P.08.0101.F
- De handhaving van de voorlopige hechtenis bij de sluiting van het onderzoek betreffende een persoon wiens vervolging geregeld wordt door de bepalingen inzake het voorrecht van rechtsmacht, Cass. 27 februari 2008, P.08.0305.F;
- Valsheid gepleegd in een getuigschrift, Cass. 5 maart 2008, P.07.1769.F;
- De ontvankelijkheid van het verzoek dat een inverdenkinggestelde tot de kamer van inbeschuldigingstelling richt opdat zij de rechtspleging op haar regelmatigheid zou toetsen, Cass. 19 maart 2008, P.07.01674.F;
- De gevolgen van het verzuim van toezicht door de kamer van inbeschuldigingstelling op de bijzondere opsporingsmethodes bij de sluiting van het opsporingsonderzoek of van het gerechtelijk onderzoek, Cass. 19 maart 2008, P.08.0319.F;
- De heropening van de procedure in strafzaken ingevolge een arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens, Cass. 9 april 2008, P.08.0051.F;
- Vordering van de burgerlijke partij, wijziging van de omschrijving en vervanging van rechters, Cass. 16 april 2008, P.07.1890.F;
- Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling kennis neemt van het hoger beroep van een inverdenkinggestelde tegen de beschikking waarbij hij naar de correctionele rechtbank verwezen wordt, is zij niet bevoegd om uitspraak te doen over de handhaving van de voorlopige hechtenis van die inverdenkinggestelde, (Wet van 20 juli 1990, art. 26, § 3, en 30, § 1^{er}), Cass. 23 april 2008, P.08.0588.F;
- De draagwijdte van het cumulverbod omschreven in artikel 27 Kansspelenwet, Cass. 29 april 2008, P.07.1718.N;

- Strafvuivering: de gevolgen van een nieuw advies, uitgebracht door de directeur, voorafgaand aan de datum bepaald in het vonnis dat een verzochte strafdruiveringsmodaliteit afwijst; Cass. 29 april 2008, P.08.0560.N;
- Betekenis van de rode pijl bedoeld in artikel 61.1.4° Wegverkeersreglement en toepasselijkheid van de bepaling van artikel 3, 36° van het koninklijk besluit van 30 september 2005 tot aanwijzing van de overtredingen per graad van de algemene reglementen genomen ter uitvoering van de wet betreffende de politie over het wegverkeer op de bestuurder die een rode pijl voorbijrijdt in de richting die door de pijl wordt aangegeven, Cass. 6 mei 2008, P.08.0292.N (verenigde kamers);
- In strafzaken en in tuchtzaken wordt het vonnis (of arrest) uitgesproken door de voorzitter van de kamer die het gewezen heeft, zelfs in afwezigheid van de overige rechters, maar in aanwezigheid van het openbaar ministerie. (Ger.W., art. 782*bis*, eerste lid), Cass. 7 mei 2008, P.08.0429.F;
- De inzage, door de verzoeker, van de stukken van het dossier dat aan de kamer van inbeschuldigingstelling is overgezonden binnen het kader van het strafrechtelijk kort geding, Cass. 14 mei 2008, P.08.0186.F;
- De draagwijdte van het tegensprekelijk karakter van de procedure tot toetsing van de regelmatigheid van een daad van onderzoek door de kamer van inbeschuldigingstelling, Cass. 14 mei 2008, P.08.0188.F;
- De verjaring van de burgerlijke vordering uit misdrijf - gevolgen van het arrest van het Arbitragehof van 21 maart 1995, Cass. 15 mei 2008, C.06.0069.N;
- Het misdrijf van kettingverkoop: uitlegging en moreel bestanddeel, Cass. 20 mei 2008, P.08.0007.N;
- Het gebruik van het valse stuk in de bezwaarprocedure in belastingzaken en de aanvang van de verjaringstermijn, Cass. 21 mei 2008, P.07.1710.F;
- Risico op foltering of onmenselijke en ontierende behandelingen als voorwaarde voor de weigering van de uitlevering, Cass. 28 mei 2008, P.08.0680.F;
- De sanctie op het overschrijden van de redelijke termijn bij het sluiten van het onderzoek, Cass. 28 mei 2008, P.08.0216.F;
- Beslissing van de rechter die over zijn bevoegdheid uitspraak doet voor het onderzoek naar de gegrondheid van de beschuldiging, vermoeden van onschuld, cassatieberoep in het belang van de wet en regeling van rechtsgebied, Cass. 4 juni 2008, P.08.0687.F;
- Heropening van de rechtspleging in strafzaken na arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Cass. 17 juni 2008, P.08.0070.N;

- De vordering tot voorlopige invrijheidstelling, ingesteld door de inverdenkinggestelde die voorlopig is aangehouden op verzoek van het Internationaal Strafgerechtshof, Cass. 18 juni 2008, P.08.0896.F;
- Het taalgebruik voor de strafuitvoeringsrechtbank van Brussel, Cass. 1 juli 2008, P.08.0903.F;
- Beperking van de proeftijd van de voorlopige invrijheidstelling tot de voor de definitieve invrijheidstelling bepaalde termijn, wanneer de veroordeelde een of meer correctionele straffen uitzit die samen vijf jaar gevangenisstraf te boven gaan en de duur van de resterende hechtenis vijf jaar overschrijdt. (W. van 17 mei 2006, art. 71, tweede en derde lid), Cass. 29 juli 2008, P.08.1070.F;
- Het opnemen van een privé-communicatie waaraan men zelf deelneemt zonder medeweten van de andere deelnemer(s), Cass. 9 september 2008, P.08.0276.N;
- Stedenbouw, beslissing over de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat en strafvordering, Cass. 17 september 2008, voltallige zitting, P.07.1838.F;
- De motivering van de beslissing waarbij het opleggen van een werkstraf geweigerd wordt, Cass. 24 september 2008, P.08.1234.F;
- De teruggave van de borgsom aan de veroordeelde die zich gemeld heeft voor de tenuitvoerlegging van zijn straf, Cass. 24 september 2008, P.08.0639.F;
- Douane en accijnzen en recht van verdediging in strafzaken, Cass. 1 oktober 2008, P.08.0288.F;
- Wanneer tussen het onderzoeksgerecht en het vonnisgerecht een gemengd conflict is gerezen voor 26 juni 2008, datum van de inwerkingtreding van de wet van 8 juni 2008 tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, kan het Hof, beslissende tot regeling van het rechtsgebied, de verwijzingsbeschikking vernietigen, doch enkel in zoverre deze verzuimt verzachtende omstandigheden aan te nemen, en het kan daarbij de zaak verwijzen naar het vonnisgerecht dat zich nochtans wettig onbevoegd heeft verklaard, Cass. 8 oktober 2008, P.08.1036.F;
- Het onmiddellijk cassatieberoep tegen een beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling die uitspraak doet bij toepassing van artikel 235ter Sv. en de draagwijdte van artikel 189ter Sv., Cass. 14 oktober 2008, voltallige zitting, P.08.1329.N;
- Mogelijkheid voor de vonnisrechter bij wie de zaak, waarin de bijzondere opsporingsmethode observatie of infiltratie werd aangewend, aanhangig werd gemaakt na de inwerkingtreding van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering, om bij toepassing van artikel 189ter Wetboek van Strafvordering, de kamer van inbeschuldigingstelling alsnog te gelasten de thans door artikel 235ter verplichte controle van de bijzondere opsporingsmethode observatie of infiltratie uit te

oefenen, wanneer de verwijzingsbeschikking dateert van vóór de inwerkingtreding van het artikel 235^{ter} en de controle, bij gebrek aan wettelijk voorschrift, niet eerder kon worden uitgeoefend, Cass. 28 oktober 2008, P.08.0706.N;

- Mogelijkheid voor het Hof om een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde leemte in de wet op te vullen door aan de kamer van inbeschuldigingstelling rechtsmacht toe te kennen om de regelmatigheid te controleren van een bijzondere opsporingsmethode observatie of infiltratie die dateert van vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003, Cass. 28 oktober 2008, P.08.0706.N;

- Opdracht van het openbaar ministerie in strafzaken en gevolgen hiervan voor zijn aanwezigheid op de zitting van de strafgerichten, Cass. 28 oktober 2008, P.08.0706.N;

- Gevolgen van het arrest Hamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de herstelmaatregel in stedenbouw, Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, P.08.0084.N en P.08.0096.N;

- De toelaatbaarheid van het bewijs dat geleverd wordt in strijd met de bepalingen die het in het bijzonder regelen en de intrinsieke kwaliteit ervan waarborgen, Cass. 26 november 2008, P.08.1293.F;

- Inverdenkinggestelde die door het onderzoeksgerecht is verwezen en een tweede maal voor hetzelfde feit is verwezen en gebrek aan belang van een ambtshalve aangevoerd middel, Cass. 3 december 2008, P.08.1160.F

- De draagwijdte van de vordering tot delging van het passief, door de benadeelde schuldeiser ingesteld tegen de schuldige zaakvoerder, Cass. 10 december 2008, P.08.0939.F;

- De onthouding die omschreven wordt als strafbare wijze van deelneming Cass. 17 december 2008, P.08.1233.F.

AFDELING 6 - PUBLIEK EN ADMINISTRATIEF RECHT

- Over het begrip hoogdringendheid, die ontslaat van de verplichting om het advies in te winnen van de afdeling wetgeving van de Raad van State, Cass. 21 januari 2008, S.07.0025.F;

- Het belang van de gemeente om een vordering in te stellen tegen handelingen die het gevolg zijn van een eerder door haarzelf ten onrechte gegeven vergunning, Cass. 10 maart 2008, C.06.0173.N;

- Erkenning van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening als wet betreffende de bescherming van het leefmilieu in de zin van artikel 1 van de Wet van 12 januari 1993; bevoegdheid van de stakingsrechter ingeval van stedenbouwkundige inbreuken, Cass. 31 maart 2008, C.07.0157.N;

- Gevolgen van een door de Staat tijdig ingesteld verzoek tot terugbetaling aan een onderwijzend personeelslid wegens onverschuldigd betaald loon, t.a.v. de bevoegd geworden Gemeenschap, Cass. 24 april 2008, F.07.0030.N;
- De gevolgen van de erkenning als staatloze in de zin van het Verdrag van New York van 28 september 1954 op het vlak van het verblijfsstatuut van de vreemdeling; Cass. 19 mei 2008, S.07.0078.N;
- Taak en bevoegdheid van de rechter nadat het Grondwettelijk Hof de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet heeft vastgesteld doordat de arbeidsongevallenwet niet van toepassing is op onbezoldigde stagiairs, Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N.

AFDELING 7 - TUCHTRECHT

- In strafzaken en in tuchtzaken wordt het vonnis (of arrest) uitgesproken door de voorzitter van de kamer die het gewezen heeft, zelfs in afwezigheid van de overige rechters, maar in aanwezigheid van het openbaar ministerie. (Ger.W., art. 782*bis*, eerste lid), Cass. 7 mei 2008, P.08.0429.F.

HOOFDSTUK IV - “MERK (BENELUX) TOCH HOE STERK” - REDE
UITGESPROKEN DOOR JEAN-FRANÇOIS LECLERCQ, PROCUREUR-
GENERAAL BIJ HET HOF VAN CASSATIE, OP DE PLECHTIGE
OPENINGSZITTING VAN 1 SEPTEMBER 2008

AFDELING 1 - EEN EENVORMIG RECHT DAT STANDHOUDT

1. Gaat Benelux evolueren naar Benelux Plus (Benelux +) en in de toekomst evenzeer op de Gewesten als op de Staten steunen, of zelfs meer op de Gewesten dan op de Staten¹?

Onder meer daarin ligt de toekomst van Benelux besloten.

Kenmerkend voor die mogelijke evolutie is onder meer, het Akkoord dat in werking is getreden op 18 januari 2008, en dat is gesloten bij uitwisseling van brieven op 23 mei 2005, tussen de Regering van het Koninkrijk België met het Waalse Gewest, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap, de Regering van de Bondsrepubliek Duitsland, de Regering van de Republiek Frankrijk en de Regering van het Groothertogdom Luxemburg inzake de samenwerking in de grensgebieden².

Lid 1, eerste alinea, van het Akkoord bepaalt dat om de ontwikkeling te bevorderen van de geografische ruimte zoals omschreven in lid 2, door de regering van het Koninkrijk België met het Waalse Gewest, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap, de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, de regering van de Franse Republiek en de regering van het Groothertogdom Luxemburg wordt overeengekomen, de organisatie van de grensoverschrijdende samenwerking voort te zetten. De tweede alinea van lid 1 voegt daaraan toe dat die grensoverschrijdende samenwerking de activiteiten van gemeenschappelijk belang behelst, met name op administratief, technisch, sociaal, economisch of cultureel gebied, die de betrekkingen van nabuurschap kunnen versterken en verdiepen.

¹ Ik dank Vinciane VANOVERMEIRE, refendaris bij het Hof van Cassatie, en Willy RAEMAKERS, adviseur bij de BENELUX Economische Unie, voor hun oordeelkundige opmerkingen.

² Zie wet 9 april 2007 houdende instemming met het Akkoord dat in de tekst wordt vermeld, *B.S.* 27 september 2007, p. 50346 en *B.S.* 14 maart 2008, uitg. 2, p. 15456; Decreet W. Gew. 9 maart 2007 houdende instemming met de uitwisseling van diplomatieke nota's van 23 mei 2005, die de grondslag vormt voor het voormeld Akkoord, *B.S.* 21 maart 2007, p. 15998; Decreet W. Gew. 9 maart 2007 houdende instemming, wat betreft de materies waarvan de uitoefening door de Franse Gemeenschap is overgedragen, met de uitwisseling van diplomatieke nota's van 23 mei 2005, die de grondslag vormt voor het voormeld Akkoord, *B.S.* 22 maart 2007, p. 16165; Decreet Fr. Gem. 16 maart 2007 houdende instemming met de uitwisseling van diplomatieke nota's van 23 mei 2005, die de grondslag vormt voor het voormeld Akkoord, *B.S.* 3 juli 2007, p. 36351; Decreet Duitse Gem. 29 mei 2006 houdende toestemming met de volgende internationale akte: uitwisseling van nota's betreffende het voormeld Akkoord, *B.S.* 29 augustus 2006, p. 42715. Dat Akkoord en het vorige Akkoord van 16 oktober 1980 tussen de regeringen van de Bondsrepubliek Duitsland, van de Republiek Frankrijk en van het Groothertogdom Luxemburg worden doorgaans Akkoorden over de samenwerking in de grensgebieden in de "Grande Région" genaamd. Het Groothertogdom Luxemburg wordt beschouwd als de voornaamste aantrekkingspool van de "Grande Région", vooral wegens het dagelijks verkeer van grensarbeiders.

Naar luid van de eerste alinea van lid 2 van het Akkoord wordt de tenuitvoerlegging van het bepaalde in lid 1 toevertrouwd aan een Intergouvernementele Commissie en een Regionale Commissie die als taak hebben de kwesties van nabuurschap te bestuderen en te regelen in de volgende geografische ruimte:

- het Saarland;
- het Land Rijnland-Palts, de regio's Trier en West-Palts alsmede de Landkreis Birkenfeld;
- de regio Lotharingen;
- het Groothertogdom Luxemburg;
- de provincies Waals-Brabant, Henegouwen, Luik, Luxemburg en Namen, op het grondgebied waarvan de federale overheid, het Waalse Gewest, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap hun bevoegdheden geheel of gedeeltelijk uitoefenen.

Lid 2, tweede alinea, bepaalt dat die geografische ruimte, zoals gedefinieerd in lid 1, wordt aangegeven op een kaart bij het Akkoord.

2. Die problematiek van een bepaalde verschuiving van een Benelux van Staten naar een Benelux Plus (Benelux +) van de Gewesten zou ongetwijfeld een prima onderwerp voor een toekomstige plechtige openingsrede vormen.

Vandaag wil ik u echter onderhouden over een verjaardag binnen de traditionele Benelux: wij vieren immers op 1 september 2008 het tweejarig bestaan van enerzijds, het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, en, anderzijds, het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen)³.

Het Benelux-recht inzake intellectuele eigendom is weliswaar geen exclusief recht⁴. Maar zoals Claude Chabrol zei, "on ne peut pas tout avoir, d'ailleurs où le mettrait-on?"

³ Zie wet 22 maart 2006 houdende goedkeuring van het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, *B.S.* 26 april 2006, p. 21866 en *B.S.* 24 augustus 2006, p. 42140.

⁴ De bepalingen en de rechtsleer inzake de intellectuele eigendom kennen een forse groei. Zie onder meer: wet 15 mei 2006 betreffende de toepassing op de Belgen van zekere bepalingen van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT), gedaan te Genève op 20 december 1996, en van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT), gedaan te Genève op 20 december 1996, *B.S.* 18 augustus 2006, uitg. 2, p. 41205; wet 15 mei 2006 houdende instemming met volgende Internationale Akten: 1° Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT), gedaan te Genève op 20 december 1996; 2° Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT), gedaan te Genève op 20 december 1996, *B.S.* 18 augustus 2006, uitg. 2, p. 41206; wet 4 december 2006 houdende de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk, *B.S.* 23 januari 2007, uitg. 2, p. 2962; wet 6 maart 2007 tot wijziging van de regeling betreffende de aflevering van het uitvindingsoctrooi en het takssysteem inzake uitvindingsoctrooien en inzake aanvullende beschermingscertificaten, *B.S.* 12 april 2007, p. 20175; wet 21 april 2007 houdende instemming met de Akte van herziening van het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien (Verdrag inzake het Europees octrooi) van 5

Op 18 juni 2007, heeft de heer Karel De Gucht, Belgische minister van Buitenlandse Zaken, bij de hervatting van de onderhandelingen over de vernieuwing van het Verdrag tot oprichting van de Benelux Economische Unie dat op 3 februari 1958 (sindsdien is het Verdrag tot herziening van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie op 17 juni 2008 te Den Haag ondertekend) te Den Haag is ondertekend, verklaard: "Sedert enige tijd is opnieuw een reflectie aan de gang over de toekomst van de Benelux, omdat het huidige verdrag afloopt in 2010. Vaak

oktober 1973, laatst gewijzigd op 17 december 1991, gedaan te München op 29 november 2000, *B.S.* 4 september 2007, p. 45879; wet 21 april 2007 houdende diverse bepalingen betreffende de procedure inzake indiening van Europese octrooiaanvragen en de gevolgen van deze aanvragen en van de Europese octrooien in België, *B.S.* 4 september 2007, p. 45943; wet 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 10 mei 2007, uitg. 2, p. 25694 en *B.S.* 14 mei 2007, p. 26121; wet 10 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 10 mei 2007, uitg. 2, p. 25704; wet 15 mei 2007 betreffende de bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 18 juli 2007, p. 38734; P. BRUWIER e.a., *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle*, o.l.v. P. JADOUL en A. STROWEL, Brussel, Larcier, 2007; M. BUYDENS, "Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle: le domaine technique", *R.I.D.E.* 2006, p. 433; C. CARON, "La loi du 29 octobre 2007 dite 'de lutte contre la contrefaçon'", *Sem. jur.* 14 november 2007, Hebdomadaire nr. 46, I 205 (rechtsleer), p. 24; FEDERAAL HOF VOOR DE BREVETTEN VAN DE BONDSREPUBLICHEIT DUITSLAND, Informatiebrochure, München, Persdienst van het Federaal Hof voor de Brevetten, augustus 2004; J. DEENE, "De nieuwe wettelijke regeling van het volgrecht van de kunstenaar", *R.W.* 2007-08, p. 802; L. DEFALQUE en P. NIHOUL, "Chronique semestrielle de droit communautaire (1^{er} juillet 2005 – 31 décembre 2005)", *J.T.* 2006, inz. p. 307; DEUTSCHES PATENT – UND MARKENAMT, Marken, München, Eine Informationsbroschüre des Deutschen Patent – und Markenamts (Text: ANDREAS PAETZOLD), Januar 2002; F. de VISSCHER en B. MICHAUX, "Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique: la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert?", *J.T.* 2006, p. 133; B. DOCQUIR, "Examen de jurisprudence (1995-2005): Le contentieux des noms de domaine", *J.T.* 2007, p. 61; C. GEIGER, "La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?", *R.I.D.E.* 2006, p. 389; R.M. HILTY, "La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle: problème et perspectives", *R.I.D.E.* 2006, p. 353; E. HOFFMAN ATTIAS, "Gazette de la propriété industrielle, n° 2 (sous la direction de)", *Gaz. Pal.* Dimanche 23 au mardi 25 septembre 2007, n^{rs} 266 tot 268; F. HOSTIER, M. SCHNEIDER en O. VRINS, "La répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle. La loi du 15 mai 2007: instrument à la pointe ou texte épineux?", *J.T.* 2008, p. 181 e.v.; B. MICHAUX en E. DE GRUYSE, "De handhaving van intellectuele rechten gereorganiseerd", *R.D.C.* 2007, p. 623; E.D.C. NEPELENBROEK, "De verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet", *NJB* 2006, p. 560; M.-A. ROUX, "Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne", *Gaz. Pal.* Mercredi 20, jeudi 21 septembre 2006, n^{rs} 263 tot 264, p. 4; A. STROWEL, "Google et les nouveaux services en ligne: quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle?", *J.T.* 2007, p. 589 e.v.; L. VAN BUNNEN, "Le droit d'auteur peut-il protéger des parfums?", *Noot onder Cass. fr.* 13 juni 2006 en HR 16 juni 2006, *R.C.J.B.* 2007, p. 5; D.J.G. VISSER, "Kroniek van de intellectuele eigendom", *NJB* 2006, p. 538; M. VIVANT, "Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond", *Recueil Dalloz* 2007, nr. 14, Etudes et commentaires, p. 954; zie ook, met name inzake het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom, de verwijzingen naar de rechtsleer in de andere voetnoten.

hoort men in dat verband zeggen dat de Benelux het slachtoffer is van zijn eigen succes: de doelstellingen zijn verwezenlijkt of achterhaald in Europees verband. Dit is niet helemaal waar, zo is bv. de EU interne markt niet voltooid en zijn niet alle belemmeringen opgeruimd. De Benelux heeft dan ook nog steeds een nuttige rol te vervullen om de interne markt van de drie lidstaten verder te verdiepen en te versterken bv op het gebied van de intellectuele eigendom."

Het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom bestaat, gedijt goed en weerstaat zelfs.

Vandaar "Merk (Benelux) toch hoe sterk." ...

AFDELING 2 - HET BENELUX-VERDRAG INZAKE DE INTELLECTUELE EIGENDOM (MERKEN EN TEKENINGEN OF MODELLEN), GEDAAN TE DEN HAAG OP 25 FEBRUARI 2005, EN HET DAAROPVOLGEND RECHT

§ 1. Van de eenvormige Benelux-Merkenwet en de eenvormige Benelux-Wet inzake tekeningen of modellen naar het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom

A. HET TIJDPERK VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM IS AANGEBROKEN.

3. Het tijdperk van de intellectuele eigendom is aangebroken⁵. Professor Bernard Remiche, Directeur van de ARCELOR leerstoel schreef in een bijzondere bijlage die gewijd was aan de intellectuele eigendom en door de Université catholique de Louvain is uitgegeven: "Tout le monde 'fait' de la propriété intellectuelle, souvent sans le savoir, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose de manière tout aussi ignorante. Si, vêtu d'une chemise portant un crocodile, vous lisez un roman récent, installé dans un fauteuil design en mangeant un 'Mac Donald' et en buvant un bordeaux cru bourgeois et, qu'ensuite, vous prenez une pilule pour favoriser votre digestion, vous avez côtoyé l'essentiel des droits de propriété intellectuelle: la marque protégeant votre 'crocodile', le droit d'auteur se chargeant de la protection de l'œuvre lue, les dessins modèles faisant de même avec le fauteuil, tandis que le droit des marques revient en protecteur du hamburger et que le bordeaux fait appel aux appellations d'origine pour être protégé. Quant à la 'pilule digestive', elle a recours au droit des brevets"⁶.

De intellectuele eigendom wordt dus beschermd. Die bescherming wordt geboden door exclusieve rechten die in de tijd en in de ruimte beperkt zijn en die betrekking hebben op scheppingen of onderscheiden tekens, zo individueel als collectief⁷. Voortaan wordt men overal geconfronteerd met de intellectuele eigendom: hij speelt een belangrijke rol in het economische, sociale en culturele leven, zowel in het binnen- als in het buitenland. Maar misschien moet deze gelegenheid ook worden aangegrepen om te wijzen op de noodzaak het basisbeginsel te eerbiedigen dat stelt

⁵ Zie H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken – en modellenwet. Het nieuwe Benelux – verdrag inzake intellectuele rechten", *R. W.* 2006-07, p. 202.

⁶ B. REMICHE, "Le temps de la propriété intellectuelle", Leuven, nummer 164, juni 2006, p. 11.

⁷ Zie B. REMICHE, "Le temps de la propriété intellectuelle", Leuven, nummer 164, juni 2006, p. 11.

hoewel die eigendom bepaalde "economische doelmatigheden" vrijwaart, hij nooit mag leiden tot een toestand waarin het vrij verkeer van gedachten⁸, enerzijds, en de economische democratie, anderzijds, in het gedrang komen. Over dat laatste aspect heb ik bijvoorbeeld het volgende geschreven in mijn conclusie voor het arrest van 6 december 1999 van het Benelux-Gerechtshof, zaak A98/1, inzake KIPLING tegen GB UNIC, ten aanzien van PARIMPEX (ik citeer): "Voor zover nodig herinner ik eraan enerzijds dat het principe van de universele of internationale uitputting van het aan het merk verbonden recht inhoudt dat de rechten van de merkhouders uitgeput zijn zodra de van het merk voorziene waar in de handel is gebracht, ongeacht de plaats waar deze verhandeling plaatsvindt, en anderzijds dat het principe van de communautaire uitputting van het aan het merk verbonden recht inhoudt dat de rechten van de merkhouders slechts uitgeput zijn wanneer de van het merk voorziene waar door de merkhouders of met zijn toestemming in de Europese Economische Gemeenschap (in de EER sinds de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst) in de handel zijn gebracht, met uitsluiting dus van derde landen. Op grond van het principe van de communautaire uitputting is de regel dat, wanneer een door een merk beschermd product door de merkhouders of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel is gebracht, het merkrecht niet langer kan worden ingeroepen om het vrije verkeer van het product op de interne markt te beperken, bijgevolg niet van toepassing op parallelimport uit landen buiten de Gemeenschap (zie Schriftelijke vraag P-0737/98 van Werner Langen aan de Commissie en Aanvullend antwoord van de heer Monti namens de Commissie, PbEG, 22.12.98, C 402/25 en 26).

(...) Het principe van de communautaire uitputting waarvoor thans is gekozen, heeft zowel voor- als tegenstanders.

(...) Het naar mijn gevoelen meest relevante argument dat tegen het principe van de communautaire uitputting aangevoerd wordt is de nadelige uitwerking van dit principe voor de consument die verstoken blijft van goedkopere gemerkte producten. De internationale uitputting stimuleert immers de prijsconcurrentie. Het argument van het voordeel dat het principe van de internationale uitputting de consument biedt, lijkt mij persoonlijk des te overtuigender omdat sinds een vijftiental jaren de functies van het merk aan een aanzienlijke ontwikkeling onderhevig zijn geweest. Het merk fungeerde weleer hoofdzakelijk als een identiteitsbewijs, d.w.z. een middel om de waren van een onderneming van die van andere te onderscheiden (identificatie- en onderscheidingsfunctie) en als een middel om de consument zekerheid te bieden doordat het verifiëren van de kwaliteit van het betrokken gemerkte product achterwege kon blijven (kwaliteitsfunctie). Enerzijds zijn consumenten thans meer geïnteresseerd in de precieze inhoud van (merk)producten zodat naast de traditionele reclamefunctie geleidelijk een wervingsfunctie van het gemerkt product is ontstaan; anderzijds worden de verschillen tussen (merk)producten allengs kleiner omdat de technologie zo snel evolueert dat innovatie in geen tijd door concurrenten overgenomen wordt; ten slotte is vooral is voor het merk een functie ontstaan van een "groepsverbondenheid" met soms bedenkelijke gevolgen (dat is met name het geval bij jongeren die een bepaald voorwerp verkiezen waarop een bekend merk prijkt, dat bij leeftijdsgenoten in de

⁸ Zie M. VIVANT, "La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle", *R.I.D.E.* 2006, p. 362 en 387.

smaak valt boven een soortgelijk beter voorwerp dat echter het herkenningsteken van de groep mist)." [Einde citaat]⁹.

In het licht van die vaststellingen en beschouwingen is het dus logisch dat deze rede dieper ingaat op enkele punten van een aspect dat, zonder overdrijving, een hedendaags thema binnen onze samenleving vormt. Uit die invalshoek bekeken is deze rede zonder twijfel actueel¹⁰.

B. EEN BENELUX-MERK, WANNEER EN WAAROM?

4. Vaak rees de vraag wanneer en waarom nog kiezen voor een Benelux-merk eerder dan een Gemeenschapsmerk, terwijl de stelsels die thans van toepassing zijn op het Benelux-merk en het Gemeenschapsmerk grotendeels gelijk zijn. Het Benelux-recht inzake intellectuele eigendom blijft niettemin een succesverhaal. Op dit ogenblik zijn er een miljoen merken en meer dan zestien duizend tekeningen en modellen gedeponeerd bij het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (BBIE).

In zijn recente en belangwekkende studie heeft Dominique Kaesmacher de antwoorden op die vraag aldus samengevat¹¹.

Die elementen kunnen het best in twee reeksen worden voorgesteld: een vergelijking tussen het Benelux-merk en het Gemeenschapsmerk en het aanstippen van de voornaamste voordelen van het Benelux-merk.

5. Bij de vergelijking tussen het Benelux-merk en het Gemeenschapsmerk ontdekte Dominique Kaesmacher acht verschillen.

Eerste onderscheid: geografisch dekt het Benelux-merk vanzelfsprekend drie nationale grondgebieden (België, Groothertogdom Luxemburg en Nederland) terwijl het Gemeenschapsmerk alle landen van de Europese Unie dekt. Daaruit volgt dat het moeilijker is om een Gemeenschapsmerk en zijn bescherming te verkrijgen dan een Benelux-merk.

6. Tweede onderscheid: Op het niveau van de procedure: het systeem van de versnelde inschrijving bestaat niet bij de Gemeenschapsmerken, en dat is precies een van de grote voordelen van het Benelux-systeem.

Het Benelux-recht geeft de deposant de mogelijkheid om de versnelde inschrijving van het merk te vragen, naargelang van het geval, zonder te wachten op het resultaat van het onderzoek naar eerdere inschrijvingen noch van de toetsing op absolute gronden van weigering en niettegenstaande de mogelijkheid van oppositie. Het voordeel van die procedure kan op het ogenblik van het depot worden gevraagd of

⁹ Mijn concl. voor Ben. GH, zaak A98/1, KIPLING t. GB UNIC, t.a.v. PARIMPEX, 6 december 1999, *Ben. Jur.* 1999, p. 24, noot 1, 25, 26 en 26, noot 1.

¹⁰ Zie art. 345, tweede lid, Ger.W.

¹¹ De beschouwingen die op deze plaats in de tekst van de rede voorkomen zijn voor het grootste deel overgenomen van D. KAESMACHER, "Quand et pourquoi encore choisir une marque Benelux plutôt qu'une marque communautaire?", *De Conferentie*, maart-april 2006, nr. 4, p. 17 tot 19. Zie ook SECRETARIAT GENERAL BENELUX, N. VAN HAVER, B. BOON, *Benelux actif et actuel* 50, imprimé en Belgique par Arte-Print, janvier 2008, p. 24; SECRETARIAAT-GENERAAL BENELUX, N. VAN HAVER, B. BOON, *Benelux actief en actueel* 50, gedrukt in België door Arte-Print, januari 2008, p. 24.

op ieder later tijdstip. In het eerste geval kan het Benelux-merk zeer snel, binnen vierentwintig uur, worden ingeschreven.

Men wil aldus aan de deposant de mogelijkheid geven om in een vroeg stadium zijn rechten uit te oefenen en met name om een internationaal depot te verrichten overeenkomstig het Madrileens Systeem, binnen de voorrangstermijn van zes maanden, wat hachelijk is wanneer men de "normale" procedure volgt, gelet op haar gemiddelde duur van tien tot twaalf maanden.

Die versnelde inschrijving gebeurt evenwel "op eigen risico" van de deposant, aangezien een weigering op absolute gronden of een oppositie immers kan leiden tot een latere schrapping van de inschrijving. De houder kan evenwel in hoger beroep vragen om de inschrijving te handhaven.

In de praktijk raden consultants in intellectuele eigendom hun cliënten doorgaans aan om, alvorens om de toepassing van de versnelde procedure te verzoeken, het standpunt te vragen van het Benelux-Merkenbureau, thans de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), met als een van haar organen het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), met betrekking tot het eventuele bestaan van absolute gronden tot weigering en, anderzijds, zo mogelijk, de resultaten van onderzoeken naar eerdere inschrijvingen na te gaan.

7. Derde onderscheid: Het Benelux-depot moet vanzelfsprekend in het Frans of in het Nederlands worden gedaan, terwijl het Gemeenschapsdepot in een van de officiële talen van de Europese Unie kan gebeuren, met andere woorden in een van de talen van een Lidstaat van de Europese Unie. Volgens het Gemeenschapsrecht moet evenwel ook een tweede taal worden aangeduid die wordt gekozen uit een van de vijf talen van het Bureau, te weten: het Duits, het Engels, het Spaans, het Frans en het Italiaans.

In tegenstelling tot wat het Gemeenschapsrecht bepaalt, impliceert de inschrijving van een merk in een taal van het Benelux-stelsel de bescherming van het merk in de andere officiële nationale talen van de Benelux-landen.

8. Vierde onderscheid. In het Gemeenschapsrecht werd de procedure van oppositie werd opengesteld voor alle klassen van producten of diensten. In het Benelux-systeem is die procedure slechts geleidelijk in werking getreden, wat een van de zwakke punten van het systeem was.

De oppositieprocedure biedt immers een aantal voordelen. Zij verloopt sneller en kost minder dan een rechtszaak. Bovendien biedt zij aan de titularis van een voorgaand merk de mogelijkheid om te reageren tegen een vermoede aantasting van zijn merk door een later merk, nog voor dat laatste is ingeschreven.

9. Vijfde verschil. De duur van de registratieprocedure bedraagt in 80 pct. van de gevallen 10 tot 12 maanden in het Benelux-stelsel, terwijl zij in een zelfde percentage gevallen 15 maanden bedraagt in het communautaire stelsel. Dat verschil valt met name te verklaren door het aanzienlijk hogere aantal eerdere inschrijvingen waarmee rekening moet worden gehouden en het grote aantal talen in het communautaire stelsel.

10. Zesde verschil. In verband met de internationale regeling van de merkenbescherming dient erop te worden gewezen dat de Benelux zowel partij is bij het Protocol van Madrid als bij de Overeenkomst van Madrid, terwijl de Europese Unie enkel partij is bij dat Protocol.

11. Zevende verschil. Wat betreft de praktijk van de bevoegde administraties lijkt de ervaring uit te wijzen dat het Benelux-Merkenbureau dat thans de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) geworden is en waarvan het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) een van de organen is, veeleisend was op het gebied van de erkenning van het onderscheidend vermogen van een driedimensioneel merk, leuze of kleur. Het Benelux-Merkenbureau heeft in het algemeen aan de deposant de eis gesteld dat hij voor het depot het bewijs zou leveren van het verlengd en intensief gebruik van dat soort merk.

Zo bijvoorbeeld heeft het Benelux-Merkenbureau de inschrijving van de turkooise kleur van Belgacom geweigerd, terwijl de BHIM in dezelfde periode de inschrijving van de oranje kleur van KPN toestond.

Het Benelux-Merkenbureau heeft trouwens Guidelines gepubliceerd die zijn werkwijze tot in detail beschreven.

De kosten voor de procedure van inschrijving van het Benelux-merk zijn dus redelijk.

12. Achtste en laatste verschil. Het Benelux-merk verleent aan de houder meer rechten, doordat het hem tevens toestaat iedere derde het gebruik van een teken anders dan ter onderscheiding van de producten en/of diensten te verbieden, wanneer door het gebruik van dat teken, zonder geldige reden, ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het Benelux-merk. Het is niet nodig dat het merk in het economisch verkeer wordt gebruikt of dat het merk bekend is. Evenmin wordt het bewijs van het gevaar voor verwarring vereist.

13. Boven heb ik gezegd dat Dominique Kaesmacher in zijn studie eveneens de z.i. belangrijkste voordelen van het Benelux-merk in het licht had gesteld.¹²

Zoals vastgesteld zijn die voordelen, enerzijds, de degelijke reputatie van het Benelux-merk, aangezien dat merk weinig kans loopt om bij een gerechtelijke procedure vernietigd te worden en, anderzijds, de snelheid en de redelijke kostprijs van de inschrijvingsprocedure van het Benelux-merk.¹³

14. Een laatste overweging over de bescherming binnen de Benelux, de communautaire bescherming en de internationale bescherming van het merk: indien de deposant een internationale bescherming van zijn merk wenst, is het blijkbaar in zijn voordeel een eerste inschrijving in de Benelux (als "depot in het land van oorsprong") te verkiezen boven een inschrijving als communautair merk, gelet zowel op het feit dat het gemakkelijker is een Benelux-merk te verkrijgen (minder risico op weigering in drie landen dan in het grote aantal lidstaten van de Europese

¹² Zie *supra*, nr. 4

¹³ Zie *supra*, nrs. 6, 9 et 11.

Unie), enerzijds, als gelet op de degelijkheid van het Benelux-merk, anderzijds, en, ten slotte de mogelijkheid van versnelde inschrijving. Het is bekend dat het internationaal depot "afhangt" van het depot van oorsprong; het is dus beter de voorrang te geven aan het sterkst mogelijke depot van oorsprong, zoals het Benelux-depot. Dat is makkelijk te begrijpen: gelet op de talrijke, eventuele eerdere inschrijvingen voor een communautaire registratie, lijkt het gevaar dat het internationaal depot wordt vernietigd ten gevolge van de vernietiging van de communautaire inschrijving van oorsprong, groter dan indien de internationale inschrijving gebaseerd was geweest op een inschrijving binnen de Benelux.

C. DE VITALITEIT BINNEN DE BENELUX INZAKE DE INTELLECTUELE EIGENDOM GAAT ER NIET OP ACHTERUIT.

15. De vitaliteit van de Benelux inzake intellectuele eigendom gaat er niet op achteruit.

Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, één van de organen van de nieuwe Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom, ontwikkelt aldus een elektronische variant van het I-depot (beide spellingen komen voor, I-depot en i-depot, maar de schrijfwijze i – DEPOT – in het meervoud i – DEPOTS – wordt gebruikt op de webstek van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom). Het Bureau wil op die manier tegemoetkomen aan een behoefte van de ondernemingen die het bewijs willen dat iets op een welbepaalde datum bestaat. Met het I-depot voorziet het Benelux-Bureau in een nieuwe pijler voor zijn activiteiten: de activiteiten op het gebied van de ideeën komen bovenop de inschrijving van de merken en de tekeningen of modellen. Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom geeft hier een voorbeeld van zijn nieuwe opdracht die voortvloeit uit artikel 1.3.c van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005. Krachtens die bepaling heeft de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) tot taak: de uitvoering van aanvullende taken op de gebieden van het recht inzake de intellectuele eigendom andere dan de merken en de tekeningen of modellen en welke de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) aanwijst.

16. Waarover gaat het echter?¹⁴

In 1998 introduceerde het Benelux-Merkenbureau een nieuwe dienst waarbij ondernemers een bewijsmiddel van een datum kunnen verkrijgen. Bijvoorbeeld kan iemand die een roman of het script van een film heeft geschreven, of die een bepaalde idee heeft uitgewerkt, de roman, het script of het stuk dat de idee bevat, in een gesloten enveloppe indienen bij het Benelux-Merkenbureau. Het Benelux-Bureau voorziet deze enveloppe van een datum en neemt deze in bewaring. De

¹⁴ Zie C. JANSSEN en T. CHARLIER, "Le I-dépôt, un nouveau service de l'Office Benelux de la Propriété intellectuelle", *Benelux Newsletter* 2006/4, Speciale katern – Cahier spécial, p. 26 e.v.; zie ook SECRETARIAAT- GENERAL BENELUX, N. VAN HAVER, B. BOON, *Benelux, actif et actuel* 50, gedrukt in België door Arte-Print, januari 2008, p. 24; SECRETARIAAT-GENERAAL BENELUX, N. VAN HAVER, B. BOON, *Benelux actif en actuel* 50, gedrukt in België door Arte-Print, januari 2008, p. 24.

inhoud ervan is alleen bekend aan de indiener van de enveloppe. Op verzoek van de indiener stuurt voormeld Bureau deze enveloppe weer terug en daarmee kan de indiener bewijzen dat de inhoud van de enveloppe bestond op de datum aangebracht door het Bureau.

Deze fysieke enveloppen kunnen dus dienen als bewijsmiddel. Dergelijk bewijs kan worden gebruikt in aangelegenheden waarbij het kunnen aantonen van een creatiedatum van belang is, bijvoorbeeld in geval van conflict over auteursrechten. Die dienst werd door het Benelux-Bureau I-depot genoemd.

17. Aangezien tegenwoordig veel informatie digitaal gecreëerd en vastgelegd wordt, heeft het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom besloten te voorzien in een elektronische variant van het I-depot: het e I-depot., ook i-DEPOT , ook nog online i-DEPOT genaamd (op zijn internetsite geeft het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom evenwel dezelfde benaming aan de papieren versie en aan de elektronische versie; i-DEPOT dekt dus beide varianten van dezelfde dienst). Daarbij hoeft er geen gebruik meer te worden gemaakt van een fysieke enveloppe; een bestand kan bij het Bureau worden ingediend en de datum van indiening wordt vastgesteld. Indien de indiener dit wenst, kan hij een kopie van het bestand opvragen, dat dan door het Bureau wordt voorzien van de datum waarop het bestand wordt ingediend.

Sedert eind 2007 kan dus gemakkelijk een I-depot on line worden geplaatst.

Het Bureau schaft daarom de bestaande fysieke I-depot enveloppe niet af. Deze kan zelfs een cd-rom met digitale informatie bevatten. Deze dienst blijft dus bestaan en de ingediende enveloppen worden bewaard. Het Bureau blijft dus die dienst verzekeren aan eenieder die de degelijkheid van papier verkiest boven de eenvoud en de snelheid van de verzending van bestanden over het internet.

18. Het I-depot en het e I-depot roepen als dusdanig geen rechten in het leven, zelfs als het prikbord waarvan het e I-depot vergezeld gaat en dat, voor de indiener die zulks wenst, de inhoud van zijn e I-depot openbaar maakt, tot gevolg kan hebben dat het plan van een concurrent die een octrooi wil krijgen wordt tegengewerkt, ofschoon het gebrek aan originaliteit van het idee (in de zin van creatie) zou blijken uit het openbaar gemaakte e I-depot.

Het doel van die aanvullende taak van het Bureau is enkel de indiener in staat te stellen het bestaan van een welbepaalde inhoud op een welbepaalde datum aan te tonen.

Daarnaast heeft het e I-depot als voordeel dat het bewijs van de datum telkens weer kan worden geleverd. Het nadeel van opslag in een enveloppe is immers dat dit bewijs per definitie slechts eenmaal kan worden geleverd; een enveloppe die eenmaal geopend is levert later natuurlijk niet meer het bewijs dat hetgeen op die enveloppe vermeld is ook overeenstemt met de inhoud ervan. Voor digitaal opgeslagen bestanden daarentegen geldt dat deze kunnen worden gereproduceerd en dat er techniek beschikbaar is die het mogelijk maakt dat het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom altijd een garantie kan geven, enerzijds, dat een bestand op een bepaalde datum heeft bestaan en, anderzijds, dat dit bestand sinds die tijd niet meer werd veranderd. Het bewijs is dan ook altijd beschikbaar.

D. DE UITWERKING VAN HET ONTWERP DAT HET BENELUX-VERDRAG INZAKE DE INTELLECTUELE EIGENDOM ZOU WORDEN.

19. De "anekdotes" rond de uitwerking van een internationaal verdrag zijn soms interessant. Na de bovenstaande beschouwingen over het algemene kader van deze materie, zou ik het dus met u enkele ogenblikken willen hebben over de "anekdotes" rond het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005¹⁵.

In de marge van de voltallige herfstzitting van de Raadgevende Interparlementaire Benelux-raad, die plaatsvond te Luxemburg op 23 en 24 november 2001, en meer bepaald op het eind van de zitting van vrijdag 23 november 2001, werd door de heer Van Boxstael, Directeur van het Benelux-Merkenbureau (BMB) en van het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen (BBTM) het ontwerp voor een nieuw verdrag inzake de intellectuele eigendom in de Benelux officieel overhandigd aan de heer Hennekam, Secretaris-Generaal van de Benelux Economische Unie, onder het waakzaam oog van de heer Grethen, Luxemburgs Minister van Economie. Dat had een grote symbolische betekenis.

Met het ontwerp van het nieuwe Verdrag werd met name beoogd een internationale organisatie op te richten die op het gebied van de intellectuele eigendom, zowel doelmatiger alsook meer conform de nieuwe politieke ontwikkelingen en de wensen van het moderne bedrijfsleven kon optreden. Na dertig jaar goede en loyale diensten, waren de Eenvormige Benelux-wetten inzake de intellectuele eigendom in de Benelux verouderd; het was nuttig te denken aan een nieuw kader voor een nieuwe start en aan de rechtspersoonlijkheid en een internationale status om de toekomst tegemoet te zien.

20. De Eenvormige Benelux-wetten die de intellectuele eigendom in de Benelux regelden, waren ingevoerd middels twee verdragen, die in 1962 en 1966 waren getekend.

Door de inwerkingtreding van de Eenvormige Benelux-wet op de merken in 1971, gevolgd door die inzake tekeningen of modellen in 1975, waren het Benelux-Merkenbureau en vervolgens het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen ontstaan waarvan de zetel in Den Haag was gevestigd.

Sinds hun oprichting was de activiteit van de Benelux-Bureaus voortdurend toegenomen onder invloed van het groeiende belang van merken en de andere terreinen van het intellectuele eigendomsrecht. Het intellectueel eigendomsrecht impliceert voor de ondernemers aanzienlijke investeringen maar ook een groot concurrentievoordeel en een kapitaal dat dient te worden beschermd tegen nabootsing en inbreuk. Er moest echter worden vastgesteld dat het systeem dat meer dan een kwarteeuw geleden was ingevoerd, flexibiliteit miste in een constant veranderende wereld. Enerzijds was de politieke situatie geëvolueerd, met name op Europees niveau, waardoor de drie Staten van de Benelux hun wetgeving steeds sneller moesten aanpassen. Anderzijds was de behoefte van ondernemingen veelzijdiger en omvangrijker geworden. Ten slotte bracht het beheer van de beide

¹⁵ Zie Th. CHARLIER, "Propriété intellectuelle et coopération Benelux: un projet de nouvelle organisation sur les rails", *Benelux Newsletter* 2002/1, p. 21 e.v.

Benelux-Bureaus aanvullende uitgaven met zich mee terwijl in de praktijk één enkele administratie belast was met de uitvoering van de Eenvormige Benelux-wetten¹⁶.

Het idee is aldus ontstaan om de bestaande Verdragen in de Benelux samen te voegen. Het doel hiervan was die Verdragen meer in overeenstemming te brengen met de huidige opvattingen ten aanzien van internationale organisaties. Het oogmerk was te komen tot een Benelux-Organisatie met een verruimde taakstelling op het gebied van de intellectuele eigendom. Die taak heeft voornamelijk betrekking op de uitvoering van de eenvormige wetgeving inzake merken, de bevordering van deze wetgeving in de Staten van de Benelux en de uitvoering van aanvullende taken op andere terreinen van het intellectuele eigendomsrecht zonder dat die taken noodzakelijk een eenvormige wetgeving behoeven.

Het idee was dus dat het Benelux-Merkenbureau en het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen zouden fuseren tot een nieuwe organisatie bestaande uit drie besluitvormingsorganen: het Benelux Comité van Ministers, de Raad van Bestuur en de Directie. De hoofdzetel van de nieuw op te richten entiteit zou in Den Haag gehandhaafd worden met evenwel de mogelijkheid plaatselijke bijkantoren te vestigen in België en in het Groothertogdom Luxemburg.

Om te voorkomen dat fouten uit het verleden opnieuw werden gemaakt, hechtten de opstellers van het ontwerp er ook veel belang aan de internationale status van de toekomstige organisatie duidelijk in het nieuwe Verdrag tot uitdrukking te laten komen. Het doel was een einde te maken aan de juridische onduidelijkheid rond het statuut van de Benelux-Bureaus dat door de wetgever van de jaren '50, dat is een tijd waarin de vestiging van internationale organisaties op weinig of in ieder geval op minder animo kon rekenen van de zijde van de gastlanden, was opgesteld. Nadat het ontwerp van het Verdrag eenmaal was opgesteld, moesten nog de laatste klippen worden omzeild alvorens het doel te bereiken: de bespreking binnen de werkgroep van het Secretariaat-Generaal van de Benelux Economische Unie waarin afgevaardigden van de drie Staten en vertegenwoordigers van de voornoemde Benelux-Bureaus zitting hadden, de bespreking door het Comité van Ministers van de Benelux en de bespreking door de Parlementen van de drie Staten, gevolgd door de goedkeuring van dat ontwerp door die Parlementen.

21. Indien u mij toestaat mijn uiteenzetting te vereenvoudigen,¹⁷ meen ik te kunnen zeggen dat het nieuwe Verdrag dat op 25 februari 2005 tussen België, Nederland en het Groothertogdom Luxemburg werd gesloten, haast niets verandert aan de regels van het vroegere materieel recht, maar dat het iets nieuws brengt op het gebied van de organisatie, namelijk de oprichting van een Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). Het nieuwe Verdrag omvat tevens het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).

¹⁶ Zie K. VAN de VELDE, "L'Office Benelux de la propriété intellectuelle, Marques, dessins et modèles", *Benelux Newsletter* 2006/3, p. 47.

¹⁷ Zie P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 230 e.v.; K. VAN de VELDE, "L'Office Benelux de la propriété intellectuelle, Marques, dessins et modèles", *Benelux Newsletter* 2006/3, p. 47 e.v.

Het Verdrag voorziet bovendien in een soepele en snellere wijzigingsprocedure. Het nieuwe Verdrag bevat immers een bijzondere procedure voor de omzetting van communautaire regelgeving en geratificeerde verdragen. Deze moderne procedure moet een snellere wijziging van het Verdrag mogelijk maken. In concreto kan het Comité van Ministers, bedoeld in het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, zonder de drie Staten te moeten raadplegen, zelf rechtstreeks in het Benelux-Verdrag de wijzigingen aanbrengen die noodzakelijk zijn om de conformiteit ervan met de regels van het internationaal recht of met de regelgeving van de Europese Gemeenschap te verzekeren¹⁸. Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag op 1 september 2006 heeft het Comité van Ministers die soepele wijzigingsprocedure reeds toegepast¹⁹. Artikel 1.7.1 van het nieuwe Verdrag dat voorziet in die soepele procedure om een verdrag te wijzigen door een overdracht van bevoegdheid op een beperkt gebied, valt m.i. in het Belgisch recht onder toepassing van artikel 34 van de gecoördineerde Grondwet (1994) volgens hetwelk de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet kan worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen. In Nederland maakt professor Dirk VISSER in zijn kroniek van 2007 over de intellectuele eigendom nochtans de volgende commentaar: "Vorig jaar werd in de IE-kroniek aangekondigd dat een belangrijke wijziging zou zijn dat het Comité van Ministers de bevoegdheid zou krijgen om het verdrag in de toekomst aan te passen aan gewijzigde Europese en Internationale regelgeving, zonder dat deze aanpassingen door de nationale Benelux-parlementen behoeven te worden goedgekeurd. Daar heeft de Eerste Kamer echter een stokje voor gestoken. Er is op verzoek van de senaat een wijzigingswet gekomen

¹⁸ Zie K. VAN de VELDE, "L'Office Benelux de la propriété intellectuelle, Marques, dessins et modèles", *Benelux Newsletter* 2006/3, p. 49. Zie ook F. GOTZEN, "Het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom als instrument van internationaal recht", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 262.

¹⁹ Over de bevoegdheid van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie om in het Verdrag de wijzigingen aan te brengen die nodig zijn om de conformiteit van dit Verdrag met een internationaal verdrag of met de regelgeving van de Europese Gemeenschap inzake merken en tekeningen of modellen te verzekeren, zie Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005 en dat bij de wet 22 maart 2006 is goedgekeurd, art. 1.7.1, *B.S.* 26 april 2006, p. 21869. Over de toepassing van die bepaling door het Comité van Ministers, zie beschikking 1 december 2006 van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie houdende wijziging van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), ondertekend te Den Haag op 25 februari 2005, *B.S.* 22 december 2006, uitg. 2, p. 73952 e.v.). Die beschikking 1 december 2006 is van kracht geworden op 1 februari 2007 na de bekendmaking in het officiële publicatieblad van elk van de drie Staten overeenkomstig artikel 1.7.1 van het voormelde Verdrag. De beschikking 1 december 2006 van het Comité van Ministers strekt blijkens de Memorie van toelichting, die erop volgt, ertoe het Verdrag aan te passen aan de richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Deze EG-richtlijn beoogt de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te harmoniseren teneinde inbreuken op intellectuele eigendomsrechten effectiever te kunnen bestrijden. Overigens, wat betreft het feit dat het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Organisatie een wezenlijk onderdeel vormt van het Verdrag, zie Verdrag, art. 6.4, *B.S.* 26 april 2006, p. 21894. Zie, in de rechtsleer, A. PUTTEMANS, "Chronique de législation. Droit privé belge (1 juli – 31 december 2006) (tweede deel)", *J.T.*, 2007, p. 373.

ter aanpassing van de goedkeuringswet van het BVIE, waarin staat dat toekomstige wijzigingen van het BVIE altijd eerst aan het Nederlandse parlement moeten worden voorgelegd, alvorens de betrokken bewindspersoon met de wijziging mag instemmen²⁰. In het Groothertogdom Luxemburg heeft de Raad van State in zijn Advies (27.9.2005) over het ontwerp van wet houdende goedkeuring van het nieuwe Verdrag, gedaan op 25 februari 2005 (p. 3) eveneens voorbehoud gemaakt over de overdracht van bevoegdheid. De Raad van State van het Groothertogdom-Luxemburg was van oordeel dat, behoudens het geval van redactionele aanpassingen, de aan te brengen wijziging in ieder geval bij wet diende goedgekeurd te worden overeenkomstig artikel 37 van de Luxemburgse Grondwet. In haar verslag van 30 maart 2006 (p. 3) over het voormelde wetsontwerp heeft de *Commission de l'Economie de la Chambre des Députés* van Luxemburg verklaard zich bij die mening van de Raad van State aan te sluiten.

Om kort te gaan heb ik gezegd dat het nieuwe Verdrag haast niets verandert aan de regels van het vroegere materieel recht. Ofschoon de basisgedachte was de bestaande regels over te nemen, zijn niettemin sommige aanpassingen ingevoerd in het materieel recht. Ik zal daarover niet uitweiden en ik wil volstaan met enkele daarvan aan te halen, die voortvloeien ofwel uit het Verdrag zelf, ofwel uit het Uitvoeringsreglement van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen): afschaffing van het verplichte onderzoek en, in samenhang hiermee, van de verplichting tot instandhouding, afschaffing van de systematische vereiste van een volmacht, afschaffing van de toekenning van retroactieve data, versoepeling van de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de vernieuwingen, bevestiging van de impliciete verzoeken, splitsing van het oppositierecht en mogelijkheid om de producten en diensten aan te wijzen waartegen oppositie wordt ingesteld.

Er dient nog te worden opgemerkt dat artikel 4.7 van het nieuwe Benelux-Verdrag onder de titel "Rechtstreekse werking – Effet direct" bepaalt dat onderdanen van Benelux-landen alsmede onderdanen van landen welke geen deel uitmaken van de door het Verdrag van Parijs opgerichte Unie, die woonplaats hebben in het Benelux-gebied of aldaar daadwerkelijke en wezenlijke nijverheids- of handelsondernemingen hebben, ingevolge dit nieuwe Benelux-Verdrag, voor dit gehele gebied, de toepassing te hunnen voordele kunnen inroepen van de bepalingen van het Verdrag van Parijs, van de Overeenkomst en het Protocol van Madrid, van de Overeenkomst van 's-Gravenhage en het TRIPS verdrag²¹. Uit dat artikel 4.7

²⁰ D.J.G. VISSER, "Kroniek van de intellectuele eigendom", *NJB* 2007, p. 809; over de recente ogenschijnlijke terughoudendheid van Nederland in het algemeen om een bepaling van internationaal recht te aanvaarden die de indruk zou kunnen wekken dat een soort "supranationale federale Staat" wordt opgericht, zie J.C. ZARKA, "Le 'Traité modificatif adopté lors du Conseil européen de Lisbonne", *Gaz. Pal.*, van zondag 28 tot dinsdag 30 oktober 2007, n^os 301 tot 303, p. 2 e.v., inzonderheid p. 3 tot 6.

²¹ Artikel 1.1 van het nieuwe Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) bepaalt met name dat in dit Benelux-Verdrag wordt verstaan onder:
-Verdrag van Parijs: het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883;
-Overeenkomst van Madrid: de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken van 14 april 1989;

blijkt uitdrukkelijk dat de aldaar aangegeven bepalingen van internationaal recht rechtstreekse werking hebben. De regel geldt m.i. ook voor de bepalingen van het nieuwe Benelux-Verdrag. Het is immers niet duidelijk hoe een natuurlijke persoon of een rechtspersoon "ingevolge het (nieuwe) Benelux-Verdrag", "de toepassing te zijnen voordele kan invoeren" van de vermelde internationaalrechtelijke bepalingen, andere dan die van het nieuwe Benelux-Verdrag, indien die bepalingen van het nieuwe Benelux-Verdrag niet zelf een rechtstreekse werking zouden hebben op grond waarvan een natuurlijke persoon of rechtspersoon de toepassing ervan tot zijn voordeel kan aanvoeren. De oplossing vindt m.i. ook steun in de onderlinge samenhang tussen het bovenaangehaalde artikel 4.7 en de artikelen 5.2 en 5.3 van het nieuwe Benelux-Verdrag. Enerzijds immers worden krachtens voornoemd artikel 5.2 het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962 en het Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen van 25 oktober 1966 beëindigd met ingang van de dag waarop het nieuwe Benelux-Verdrag in werking treedt, zodat continuïteit wat betreft de rechtstreekse werking van de toepasselijke Benelux-bepalingen logisch is, en, anderzijds, bepaalt het bovenvermelde artikel 5.3, aangezien het vroegere materieel recht inzake merken en tekeningen of modellen slechts lichtelijk gewijzigd is door het nieuwe Benelux-Verdrag, dat de rechten die onder de eenvormige Benelux-wet op de merken onderscheidenlijk de eenvormige Benelux-wet inzake tekeningen of modellen bestonden, worden gehandhaafd, zodat continuïteit wat betreft de rechtstreekse werking van de toepasselijke Benelux-bepalingen niet alleen logisch is maar tevens in de regel wordt gewaarborgd. Persoonlijk schijnen mij die overwegingen over de rechtstreekse werking van het nieuwe Benelux-Verdrag niet theoretisch te zijn. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat het Benelux-recht inzake merken en tekeningen of modellen de dag van vandaag overgaat van een stelsel van eenvormige wetten die weliswaar hun oorsprong vonden in verdragen, maar die de wetgevers van de drie Staten als zodanig goedkeurden, naar een verdragsstelsel zonder nationale context²². Bepalingen die tot op zekere hoogte "nationaal" waren, zijn gewijzigd in bepalingen van internationaal recht. In het Belgisch recht gaat een bepaling van het nieuwe Benelux-Verdrag dus boven elke bepaling van een wet, die niet verenigbaar is met die bepaling van het nieuwe Benelux-Verdrag. Wat dat betreft is het echter een andere kwestie te weten of een bepaling van het nieuwe Benelux-Verdrag boven gelijk welke bepaling van de gecoördineerde Grondwet (1994) gaat. De vraag naar die normenhiërarchie is delicaat en in mijn rede op de plechtige openingszitting van 1 september 2006 heb ik, naar aanleiding van het onderzoek van het analoge geval

-Protocol van Madrid: het Protocol bij de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken van 27 juni 1989;

-Overeenkomst van 's-Gravenhage: de Overeenkomst van 's-Gravenhage betreffende het internationale depot van tekeningen of modellen van nijverheid van 6 november 1925;

-TRIPS-verdrag: de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom van 15 april 1994; bijlage Ic bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie.

²² Zie F. GOTZEN, "Het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom als instrument van internationaal recht", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 263 en 264.

van het Benelux-Verdrag over grensoverschrijdend politieel optreden²³, voorbehoud gemaakt over een absolute voorrang van dat Verdrag. Bepaalde auteurs sluiten zich trouwens blijkbaar bij dat voorbehoud aan²⁴.

§ 2. Overzicht van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen).

A. FUNDAMENTELE ASPECTEN VAN HET BENELUX-VERDRAG OP BASIS VAN EEN ONDERZOEK VAN DE RECHTSLEER

1. Totstandkoming

22. Op 25 februari 2005 is het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) dus ondertekend; hierna zal ik het, afgekort, "BVIE" noemen.

Dat verdrag, dat op 1 september 2006²⁵ in werking is getreden, is, voorlopig, het eindpunt van een harmonisatiebeweging die begon in de zestiger jaren²⁶.

Kort na de inwerkingtreding van het Benelux-Unieverdrag werden twee verdragen inzake intellectuele eigendomsrechten ondertekend, nl. het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken²⁷ en het Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen²⁸.

Met die verdragen kwamen de Benelux-landen overeen dat ieder in de eigen nationale wetgeving uniforme merken- en modellenwetten²⁹ zou opnemen, waarvan

²³ J.F. LECLERCQ, "Nieuw licht op het Benelux-recht, een onbekend recht?", rede uitgesproken op de plechtige zitting van 1 september 2006 van het Hof van Cassatie, *A.C.*, 2006, nrs. 20 en 21.

²⁴ Zie J. van MEERBEECK en M. MAHIEU, "Traité international et Constitution nationale", Noot onder cass. 2 juni 2003, 9 november 2004 en 6 november 2004 (twee arresten), *R.C.J.B.* 2007, p. 83 tot 86, inzonderheid nr. 51, en p. 88, nr. 53.

²⁵ Voor België goedgekeurd bij wet 22 maart 2006 houdende instemming met het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, *B.S.* 26 april 2006, pp. 21866 e.v. en *B.S.* 24 augustus 2006, p. 42140.

²⁶ Zie supra, nrs. 19 tot 21; in rechtsleer, zie m.n. J. DEENE, "Intellectuele rechten kroniek 2006", *NJW.* 27 juni 2007, Nummer 165, p. 531 en 544 tot 559; A. de VREESE, "Het Benelux-Gerechtshof", *Tijdschrift voor Europees en economisch recht (SEW)* 7/8 (1982) juli/augustus, p. 563 e.v.; M.-C. JANSSENS, "Het merkenrecht na het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 235 e.v.; L. VAN BUNNEN, "L'avenir des marques", Leuven, nummer 164, juni 2006, p. 24 e.v.; H. VANHEES, "Het modellenrecht na het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort *I.R.D.I.*) 2006-3, p. 247 e.v.; H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 202 e.v.; I. VEROUGSTRAETE en V. VANOVERMEIRE, "Het Benelux-Gerechtshof na het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 253 e.v.; over de overeenstemming der teksten, zie B.V.I.E. BOEKJE, met transponeringstabellen, Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom, onder redactie van mr. P.J. de WEERD, Amstelveen, de Lex, 2007.

²⁷ Benelux-verdrag 19 maart 1962 inzake de warenmerken, dat, voor België, werd goedgekeurd bij wet 30 juni 1969, *B.S.* 14 oktober 1969. De eenvormige Benelux-wet op de merken werd als bijlage bij dat Verdrag gevoegd.

²⁸ Benelux-verdrag 25 oktober 1966 inzake tekeningen of modellen, dat, voor België, werd goedgekeurd bij wet 1 december 1970, *B.S.*, 29 december 1973.

de tekst in een bijlage bij dat Verdrag was vastgelegd. Op die manier kwam er een voor iedere Benelux-staat identieke wetgeving tot stand en werd het territorium voor het nationale merk of model uitgebreid: een inschrijving van een merk of model³⁰ had voortaan uitwerking op het grondgebied van de drie landen³¹.

23. Die eenvormige merken- en modellenwetten werden in de loop der jaren geregeld gewijzigd door Protocollen ingevolge de implementatie van Europese richtlijnen³² of ingevolde verdragen waarbij de Benelux-lidstaten partij waren. Meer bepaald gaat het om het Protocol van 10 november 1983 over de dienstmerken³³, het Protocol van 2 december 1992 tot aanpassing aan de Europese Merkenrichtlijn en Merkenverordening³⁴, het Protocol van 7 augustus 1996 o.m. bedoeld ter aanpassing aan het binnen de Wereldhandelsorganisatie (WTO) afgesloten TRIPS-akkoord³⁵ en het Protocol van 11 december 2001 dat o.m. een oppositieprocedure heeft ingevoerd³⁶.

Het BVIE vervangt die vroegere merken- en modellenverdragen en protocollen, alsook de eenvormige wetten die eruit voortvloeiden³⁷.

Bij het BVIE hoort tevens een nieuw uitvoeringsreglement³⁸.

2. Inhoud

24. Het doel van het Verdrag is het codificeren in een "moderne en transparante wetgeving" van de bestaande eenvormige wetten³⁹. Op organisatorisch vlak wilde men aansluiten bij de bestaande realiteit van één administratie die zorgde voor de uitvoering van de eenvormige wetten en die het initiatief nam voor de invoering van nieuwe wetgeving op het gebied van merken en modellen⁴⁰.

²⁹ Eenvormige Benelux-wet op de merken, *B.S.*, 14 oktober 1969, in werking getreden op 1 januari 1971. Eenvormige Benelux-wet 25 oktober 1966 inzake tekeningen of modellen, *B.S.* 29 december 1976, in werking getreden op 1 januari 1975.

³⁰ Hiermee wordt ook een tekening bedoeld.

³¹ De Scandinavische landen hanteren een andere techniek voor samenwerking, nl. het invoeren van nationale wetten naar het voorbeeld van "modelwetten" die in gemeenschappelijk overleg tot stand komen. Zie F. GOTZEN, "Mécanismes juridiques permettant de faire valoir la norme internationale de droit d'auteur et droit interne", *A&M* 2006, 143.

³² Eerste Richtlijn 89/104/EG van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Statens, *Pb. L* 40, 11 februari 1989 en Richtlijn 98/71/EG van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb. L* 289, 28 oktober 1989.

³³ *B.S.* 30 oktober 1986.

³⁴ *B.S.* 12 maart 1996.

³⁵ *B.S.* 26 oktober 1999, 2^e uitg.

³⁶ *B.S.* 19 maart 2003.

³⁷ Art. 5.2 BVIE.

³⁸ Uitvoeringsreglement van het BVIE, 1 juni 2006, *B.S.* 19 juli 2006.

³⁹ Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen bij het BVIE, onder Algemeen, punt 5; Toelichting van het Benelux-Bureau bij de titels II, III en IV van het BVIE, p. 1.

⁴⁰ Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen bij het BVIE, onder Algemeen, punt 2; zie H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 202-203.

Tegelijkertijd wenste men ook de besluitvorming te versnellen bij de wijziging van de eenvormige wetten. De aanpassing aan internationale normen verliep immers tevoren op een complexe en trage manier⁴¹.

Het BVIE creëert dienvolgens, zoals ik reeds zei,⁴² een nieuwe internationale organisatie: de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). We wijzen erop dat voornoemde Organisatie ook haar plaats vindt in het nieuwe Verdrag van 17 juni 2008 tot herziening van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, meer bepaald in deel 6 ervan (art. 31). Zij komt echter niet voor in artikel 5 van dat Verdrag dat een opsomming geeft van de instellingen van de nieuwe Benelux-Unie. Die organisatie bestaat uit een aantal organen, opgesomd in art. 1.2 BVIE en toegelicht in de gemeenschappelijke memorie van toelichting⁴³. Een van die organen is het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). Dit BBIE vervangt de vroegere bureaus, nl. het Benelux-Merkenbureau en het Benelux-Modellenbureau.

3. *Structuur*

25. De structuur van het BVIE weerspiegelt de hierboven beschreven bedoeling.

De eerste titel bevat algemene en institutionele bepalingen die hoofdzakelijk gewijd zijn aan de oprichting van een nieuwe internationale organisatie.

In de titels II, III en IV komen de materieelrechtelijke regels aangaande de merken en tekeningen of modellen aan bod.

Titels V en VI bevatten overgangs- en slotbepalingen.

Bij het nieuwe Verdrag hoort een 'Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen' die in hoofdzaak toelichting geeft bij de titels I, V en VI van het BVIE waarvan de inhoud nagenoeg volledig nieuw is.

4. *Betrokken materies*

26. De bepalingen aangaande de merken en tekeningen of modellen betreffen enkel het materiële recht en de burgerrechtelijke aspecten.

De strafrechtelijke betuugeling van inbreuken blijft onderworpen aan het nationale recht van de drie landen.

Zo geldt thans in België de Wet van 15 mei 2007⁴⁴ betreffende de bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten voor de bestraffing van de inbreuken inzake merken en tekeningen of modellen.

Er is evenmin harmonisatie op het gebied van de gerechtelijke procedure. Ondanks de implementatie van de Richtlijn 2004/48/EG⁴⁵ blijven er tussen de drie landen aanzienlijke verschillen bestaan⁴⁶.

⁴¹ Zie F. GOTZEN, "Het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom als instrument van internationaal recht", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 262.

⁴² Zie *supra* nrs. 20 en 21.

⁴³ Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen bij het BVIE, onder titel I, artikelsgewijze commentaren.

⁴⁴ *B.S.* 18 juli 2007, inwerkingtreding 1 oktober 2007.

⁴⁵ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (gecorrigeerde versie in *PB* L 195/16 van 2 juni 2004).

5. *Wijzigingen ten opzichte van de vroegere verdragen*

27. Het "nieuwe" aspect van de BVIE ligt vooral in de oprichting van de voornoemde nieuwe internationale organisatie, met rechtspersoonlijkheid⁴⁷: het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).

Het is belangrijk te vermelden dat het Comité van ministers initiatiefrecht heeft tot aanpassing van het Verdrag aan internationale of Europese wetgeving⁴⁸. Voor sommige wijzigingen, m.n. die welke noodzakelijk zijn om de conformiteit van het BVIE met een geratificeerd internationaal verdrag of met communautaire wetgeving inzake merken en modellen te verzekeren, herinner ik eraan dat een vereenvoudigde procedure in het leven is geroepen die het Comité van ministers, orgaan van de Benelux-Organisatie, bevoegdheid verleent om die wijzigingen, zonder tussenkomst van de nationale parlementen, door te voeren⁴⁹.

De voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie worden bepaald door een afzonderlijk Protocol⁵⁰.

Met betrekking tot het materiële merken- en modellenrecht blijft de inhoud van de vroegere verdragen in het BVIE grotendeels ongewijzigd.

De vroeger bestaande jurisprudentie en doctrine blijven dus hun waarde behouden.

Er werden slechts enkele formele wijzigingen aangebracht (bv. andere nummering, meer logische opbouw).

Bepaalde artikelen uit de eenvormige Benelux-wet op de merken of de eenvormige Benelux-wet inzake tekeningen of modellen werden geschrapt omdat ze niet langer van toepassing zijn, hetzij omdat ze in het uitvoeringsreglement werden opgenomen⁵¹.

In vergelijking met de twee eenvormige wetten, getuigt het BVIE van een grotere coherentie tussen de twee stelsels van merken en modellen, meer transparantie in de structuur en een betere leesbaarheid van de bepalingen.

⁴⁶ Zie M.-C. JANSSENS, "Het merkenrecht na het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 235.

⁴⁷ Zie P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété Intellectuelle", *I.R.D.I.*, 2006-3, p. 230 e.v.; H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 203 en 204.

⁴⁸ Art. 1.7.1; zie H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 203 en 204.

⁴⁹ Zie supra, nrs. 1 en 24.

⁵⁰ Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *B.S.* 26 april 2006.

⁵¹ Zie H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 204 en 207; M.-C. JANSSENS, "Het merkenrecht na het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 235 e.v. Hierin wordt een overzicht gegeven van de wijzigingen die het BVIE aanbrengt en wordt reeds verwezen naar de wijzigingen die intussen werden doorgevoerd door de wetten van 9 en 10 mei 2007 (wet 9 mei betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 10 mei 2007, p. 25704, err. *B.S.* 15 mei 2007, p. 26677; wet 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 10 mei 2007, p. 25694, err. *B.S.* 14 mei 2007, p. 26121)

Het Benelux-Gerechtshof.

28. In beide verdragen die bestonden vóór het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, namelijk het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962 en het Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen van 25 oktober 1966, werd het Benelux-Gerechtshof aangewezen als de rechterlijke instantie die kennisneemt van de vragen om uitlegging van de betrokken eenvormige wet⁵².

Die bevoegdheid blijft behouden.

Overeenkomstig art. 1.15 BVIE is het Benelux-Gerechtshof bevoegd voor de uniforme interpretatie van de bepalingen van het BVIE en het uitvoeringsreglement, met uitzondering van de vragen om uitlegging betreffende het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten⁵³.

Op te merken valt dat er, in het vooruitzicht en nadien in het raam van de onderhandelingen over de verlenging van het Verdrag inzake de Benelux-Unie (het thans bestaande Verdrag tot herziening van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, ondertekend te 's-Gravenhage op 17 juni 2008), plannen bestaan om de bevoegdheid inzake de geschillen over intellectuele eigendom aan te passen⁵⁴, onder impuls meer bepaald van Ivan Verougstraete, voormalig voorzitter en thans eerste ondervoorzitter van het Benelux-Gerechtshof.

Onder meer over de volgende vragen moet dieper worden nagedacht, met dien verstande dat ik mijn wensen louter in mijn persoonlijke naam formuleer.

29. Er zou kunnen worden overwogen het Benelux-Gerechtshof bevoegd te maken voor de toetsing van de beslissingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), inzonderheid die van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (inschrijving van merken, weigering ervan, beslissingen in het raam van de oppositieprocedure en beslissingen inzake de inschrijving van merken- en modellengemachtigden) zodat het Benelux-Gerechtshof m.b.t. die beslissingen kan optreden als appel- en cassatierechter. (We wijzen er echter op dat de raad van bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom tijdens zijn zitting in 's-Gravenhage van 19-20 december 2007 beslist heeft het gemachtigdenregister niet in werking te doen treden; een arbitrageprocedure ligt ter studie).

⁵² Art. 10 Benelux-Verdrag inzake de warenmerken; art. 10 Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen.

⁵³ Art. 14 van het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), B.S., 26 april 2006, bepaalt dat geschillen tussen twee of meer Verdragsluitende Partijen over, onder meer, de uitlegging van dit protocol door overleg, onderhandeling of elk ander overeengekomen middel zullen worden beslecht. Indien dit niet leidt tot een regeling binnen de drie maanden volgend op het schriftelijk verzoek daartoe door één der partijen, zal een scheidsgerecht uitspraak doen over het geschil. De procedure wordt bepaald in de artikelen 14.3 e.v. van dit Protocol.

⁵⁴ Zie I. VEROUGSTRAETE en V. VANOVERMEIRE, "Het Benelux-Gerechtshof na het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom", *I.R.D.I.* 2006-3, p. 259 en 260, nrs. 22 tot 29.

Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (afgekort BBIE) is onder meer bevoegd voor de inschrijving van de merken. Door de inschrijving van het merk ontstaat het exclusieve recht op het merk, dat in beginsel geldt voor het hele Benelux-gebied.

Tijdens de inschrijvingsprocedure kan er een geschil ontstaan aangezien, enerzijds, het Bureau, onder bepaalde voorwaarden, de inschrijving geheel of gedeeltelijk kan weigeren (artt. 2.11. tot 2.13. BVIE) en, anderzijds de houder van een vroeger merk, onder bepaalde voorwaarden, oppositie kan instellen tegen de inschrijving (artt. 2.14. tot 2.18. BVIE), hetgeen tevens kan leiden tot de weigering van de inschrijving.

De deposant kan hoger beroep instellen tegen de beslissing van het BBIE tot weigering van de inschrijving van een merk, door een verzoekschrift in te dienen bij Hof van Beroep te Brussel, het Gerechtshof te 's-Gravenhage of het cour d'appel te Luxemburg (art. 2.12.1. BVIE). Tegen die beslissing van de appelrechter staat voorziening in cassatie open volgens de desbetreffende nationale regels van de rechtspleging in burgerlijke zaken (art. 2.12.4. BVIE).

Dezelfde rechtsmiddelen bestaan ten aanzien van een beslissing van het BBIE inzake oppositie (artt. 2.17.1. en 2.17.3. BVIE).

Tot slot zal het BBIE, na de inwerkingtreding van die regel (art. 6.2.2. BVIE), ook bevoegd zijn om de merken- en modellengemachtigden in te schrijven, de inschrijving te weigeren of de doorhaling ervan te bevelen (artt. 4.1. en 4.2. BVIE).

Tegen die beslissingen staat tevens hoger beroep en voorziening in cassatie open bij de voornoemde gerechten (artt. 4.2.1. en 4.2.3. BVIE).

Die beperkte concentratie betreffende inschrijvingsgeschillen bij één enkel hof van beroep per Staat heeft echter niet de verwachte resultaten opgeleverd op het vlak van de uniformisering, aangezien tussen rechtspraak van de nationale gerechten verschillen ontstaan zijn die moeilijk aanvaardbaar zijn binnen een uniforme regeling. Bovendien kunnen die verschillen tussen de landen nog meer tot uiting komen tijdens de cassatieprocedure die nog steeds onder het nationale recht valt.

Teneinde eenheid te brengen inzake de inschrijvingsgeschillen zou een zuivere Benelux-regeling kunnen worden ingesteld:

- 1) inschrijving door het BBIE;
- 2) een kamer van het Benelux-Gerechtshof wordt bevoegd voor het hoger beroep;
- 3) een andere kamer van het Benelux-Gerechtshof krijgt cassatiebevoegdheid.

Anders gezegd, het huidige hoger beroep voor de drie nationale appelgerechten zou worden vervangen door een hoger beroep voor een kamer van het Benelux-Gerechtshof en het cassatieberoep, dat thans door het nationale recht wordt geregeld, zou worden vervangen door een cassatieberoep tegen de appelbeslissing van de voornoemde kamer van het Benelux-Gerechtshof, dat zou worden ingesteld voor een andere kamer van hetzelfde Benelux-Gerechtshof.

Het is wenselijk de appel- en cassatiebevoegdheid te groeperen binnen het ene en hetzelfde Benelux-Gerechtshof om te beletten dat louter "nationale" appelmiddelen, en vooral cassatiemiddelen, die dus geen verband houden met het Benelux-recht, het geschil ingewikkelder maken. We zijn dus tegen een gemengde regeling waarin de drie thans bevoegde nationale appelgerechten zouden blijven uitspraak doen over de beroepen en waarin het Benelux-Gerechtshof slechts als een soort supranationale cassatierechter zou optreden.

Om de procedure te versnellen, zou de nieuwe kamer van beroep van het Benelux-Gerechtshof bestaan uit drie rechters, een van elk land, die makkelijker beschikbaar zijn dan negen rechters. Met hetzelfde doel voor ogen, en hoewel de huidige lange duur van de rechtspleging voor het Benelux-Gerechtshof geenszins te wijten is aan de gebruikelijke termijn binnen welke de advocaat-generaal zijn conclusie neerlegt, zou men ook kunnen bedenken dat de advocaat-generaal slechts kennis krijgt van het hoger beroep voor de kamer van beroep wanneer hij dat passend acht of wanneer de kamer van beroep die mededeling ambtshalve beveelt.

Bovendien valt het zeker aan te bevelen dat de rechters in de kamer van beroep van het Benelux-Gerechtshof magistraten zijn van de hoven van beroep van de drie landen, die ervaring hebben inzake intellectuele en industriële eigendom.

Met betrekking tot de nieuwe kamer van cassatie van het Benelux-Gerechtshof zou men kunnen uitgaan van een kamer met vijf rechters en een advocaat-generaal, waarbij de eerste vijf gekozen worden uit de leden van de opperste Hoven van elk van de drie landen, en de zesde, uit de magistraten van het parket bij de opperste Hoven van elk van die drie landen. Hier zou de advocaat-generaal altijd verplicht zijn een conclusie neer te leggen. Wanneer een zaak zo complex of belangrijk is, of wanneer andere bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, zou zitting worden gehouden met een negenkoppige kamer van cassatie, met drie rechters per land.

Er valt beslist nog een kiese vraag te beantwoorden, namelijk, of in geval van vernietiging, de nieuwe kamer van cassatie kennisneemt van de zaak zelf, dan wel of zij de zaak verwijst naar de, anders samengestelde, nieuwe kamer van beroep. Het bestaan van een kamer van beroep die geacht wordt op korte tijd uitspraak te doen, lijkt te pleiten voor cassatie met verwijzing. Men zou evenwel ook kunnen bepalen dat, bij de eerste cassatie, de, anders samengestelde kamer van beroep, zich moet schikken naar de beslissing van de kamer van cassatie over het rechtspunt dat laatstgenoemde kamer heeft beslecht (Vgl. art. 1120 Belgisch Ger.W.).

Hoe dan ook, de voorgestelde hervorming zal niet doorgevoerd kunnen worden zonder een grondige studie van de procedures die gevolgd worden, enerzijds, voor het Bureau voor de Harmonisatie binnen de Interne Markt (BHIM) te Alicante en, anderzijds, voor het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

30. Nu al is het Benelux-Gerechtshof, op verzoek van één van de drie regeringen, bevoegd om, bij wege van advies, zijn oordeel te geven over de uitlegging van een gemeenschappelijke rechtsregel (artikel 10 Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-gerechtshof, ondertekend te Brussel en goedgekeurd bij de Belgische wet van 18 juli 1969). Het betreft dus een advies dat gegeven wordt buiten elk voor de rechtbanken gebrachte geschil. In het kielzog van de voorgestelde hervorming zou men zich kunnen voorstellen dat het BBIE – voor wie het bijzonder nuttig zou kunnen zijn – het Benelux-Gerechtshof om advies zou kunnen vragen met betrekking tot het BVIE en het afgeleide recht. De adviesgevende bevoegdheid van het Hof zou ook uitgebreid kunnen worden op het ogenblik waarop het Comité van ministers wijzigingen in het BVIE aanbrengt (artt. 1.7.1. en 1.7.2. BVIE) en op het ogenblik waarop de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom wijzigingen in het uitvoeringsreglement van het BVIE aanbrengt (art. 1.9.2. BVIE).

31. Tevens rijst de vraag of de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof niet kan worden uitgebreid tot alle foutieve beslissingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (zie art. 1.2. BVIE), inzonderheid tot alle beslissingen van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, afgekort BBIE⁵⁵. Dit voorstel, dat weerklank vindt in de aanbeveling van 13 oktober 2006 van de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom aan het Comité van Ministers, wil de regeringen bewust maken van hun mogelijkheid om een beroep te doen op de juridische deskundigheid van dat Hof en, bijgevolg, op de "best practices" uit de drie nationale tradities. Die bevoegdheidsuitbreiding zou met name betrekking hebben op de beslissingen die niets te maken hebben met de weigering om een merk in te schrijven maar, bijvoorbeeld, op de beslissingen die genomen moeten worden wanneer het BBIE een fout maakt, zoals het verzuim een merk te verlengen. Gelet op de immuniteit die, in de regel (zie art. 3, Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom), toegekend wordt aan de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (zie artt. 1.6.1. en 6.4. BVIE), kan er, behoudens uitzondering, evenwel ernstige twijfel bestaan over de mogelijke rechtsmiddelen die de benadeelde momenteel kan aanwenden⁵⁶. Men zou weliswaar staande kunnen houden dat, enerzijds, krachtens artikel 6.1. van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, eenieder recht heeft op de behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, en dat, anderzijds, krachtens artikel 13 van datzelfde Verdrag, eenieder wiens rechten, welke in dat Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, recht heeft op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie. Bijgevolg kan men, nog steeds volgens diezelfde gedachtegang, hieruit weliswaar trachten af te leiden dat de immuniteit geen voorrang kan krijgen op het recht op een rechterlijke instantie en het recht van de rechtzoekende op daadwerkelijke rechtshulp. Deze zienswijze lijkt momenteel echter nog maar een aanzet. Bovendien zou het praktisch gezien een betere oplossing zijn en méér rechtszekerheid bieden om uitdrukkelijk in een rechtsmiddel te voorzien dat voor het Benelux-Gerechtshof aangewend kan worden tegen alle foutieve beslissingen van de organen van de Organisatie en, meer bepaald, tegen die van het Bureau. Hierin zou zelfs nog verder kunnen worden gegaan door voor het Benelux-Gerechtshof in een rechtsmiddel te voorzien tegen alle, al dan niet foutieve beslissingen. In dit geval zou zelfs niet meer moeten worden voldaan aan de voorwaarden voor burgerlijke aansprakelijkheid. Zo zou er dan gestreefd worden naar een nog eenvoudiger en eenduidiger oplossing.

Indien de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof uitgebreid wordt in de zin die ik net heb aangehaald, zou men, ten behoeve van de organisatie van dit gerecht, een

⁵⁵ Zie P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 233 en 234.

⁵⁶ Zie evenwel P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 234.

kamer kunnen oprichten die voor deze bijzondere aangelegenheden bevoegd zou zijn.

De lege lata zijn de volgende vier bepalingen, in afwachting van een evolutie, m.i. de belangrijkste.

De eerste van die vier bepalingen, het reeds vermelde artikel 1.15. van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) bepaalt, ik herhaal, dat het Benelux-Gerechtshof als bedoeld in artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, kennisneemt van de vragen van uitlegging van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) en het uitvoeringsreglement, met uitzondering van vragen van uitlegging betreffende het in artikel 1.6.1 bedoelde protocol inzake voorrechten en immuniteiten (dat andere artikel van het Verdrag bepaalt dat de voorrechten en immuniteiten welke nodig zijn voor de uitoefening van de taken en het bereiken van de doelstellingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom worden vastgelegd in een tussen de Hoge Verdragsluitende Partijen te sluiten protocol).

De tweede van die vier belangrijke bepalingen is artikel 3.1. van het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). Dit artikel 3.1. bepaalt dat de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), in het kader van haar officiële werkzaamheden, immuniteit geniet van rechtsmacht en van executie, behoudens:

- a) voor zover die Organisatie in een bijzonder geval uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van deze immuniteit;
- b) met betrekking tot een door derden ingediende rechtsvordering betreffende personen of goederen, voor zover die rechtsvordering niet rechtstreeks samenhangt met het officiële functioneren van de Organisatie;
- c) met betrekking tot een door derden ingediende rechtsvordering betreffende schade veroorzaakt door een motorvoertuig dat toebehoort aan de Organisatie of namens deze wordt gebruikt, of in geval van een met voormeld voertuig begane verkeersovertreding.

Luidens artikel 14.1. van het voormelde Protocol inzake voorrechten en immuniteiten – de derde van de vier belangrijke bepalingen - wordt elk geschil tussen twee of meer Verdragsluitende Partijen of tussen de Organisatie en een of meer Hoge Verdragsluitende Partijen over de uitlegging of de toepassing van dit Protocol geregeld door overleg, onderhandeling of elk ander overeengekomen middel.

Ten slotte bepaalt de vierde en laatste belangrijke bepaling in deze aangelegenheid, artikel 14.2. van datzelfde Protocol, dat indien het voormelde geschil niet overeenkomstig artikel 14.1 geregeld is binnen de drie maanden die volgen op het schriftelijke verzoek dienaangaande vanwege één van de partijen in het geschil, het, op verzoek van één der beide partijen in het geschil, voorgelegd wordt aan een scheidsgerecht overeenkomstig de procedure uiteengezet in de artikelen 14.3 tot 14.6 van het Protocol. Het is eigenaardig en naar mijn mening betreuenswaardig dat artikel 14.3 voorziet in het mogelijke optreden van de President van het Internationaal Gerechtshof maar in geen enkel geval in dat van de President van het Benelux-Gerechtshof.

B. BEKNOPT VASTSTELLINGEN BETREFFENDE DE RECHTSPRAAK OVER HET BVIE, DIE METEEN IS GEVOLGD OP DE INWERKINGTREDING VAN DAT VERDRAG OP 1 SEPTEMBER 2006

32. Sommige uitspraken maken, al dan niet verwijzend naar de overgangsregels van het BVIE⁵⁷, toepassing van de verdragsartikelen⁵⁸.

Andere uitspraken passen nog de "oude" eenvormige wetten toe, bijvoorbeeld omdat de partijen die artikelen gebruikt hebben in hun conclusies⁵⁹.

De artikelen van het BVIE worden toegepast als waren het artikelen van nationaal recht, terwijl het verdragsrechtelijke bepalingen zijn. De rechters kennen die bepalingen dus impliciet⁶⁰ maar zeker directe werking toe⁶¹.

Inhoudelijk is die rechtspraak een voortzetting van de reeds bestaande rechtspraak onder de eenvormige wetten⁶². Zij werpt geen andere bijzonderheden op die rechtstreeks verband houden met de toepassing van het BVIE (zie, m.n., Brussel, 8 november 2007, J.L.M.B. 2008, 914; Brussel, 15 februari 2008, I.C.I.P., 2008, 294; Brussel, 4 maart 2008, I.C.I.P., 2008, 266; Brussel, 11 maart 2008, I.C.I.P., 2008, 282). In de onderzochte rechtspraak plaatsen de rechters de nieuwe artikelen op gelijke voet met de "oude" artikelen met dezelfde inhoud en passen zij die nieuwe artikelen toe. De overgang geschiedt in stilte.

Een volledig geactualiseerd overzicht wordt aangeboden op www.rechtspraak.nl. De rechtspraak die in eerste instantie werd gevonden, is in hoofdzaak Nederlands. Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom geeft op zijn website tevens een overzicht van de rechtspraak betreffende weigeringen op absolute gronden.

C. VERGELIJKING MET INTERNATIONALE VERDRAGEN, COMMUNAUTAIRE EN NATIONALE BEPALINGEN INZAKE INTELLECTUELE EIGENDOM

33. De vergelijking met verschillende internationale verdragen, communautaire en nationale bepalingen inzake intellectuele eigendom biedt volgende resultaten.

Het BVIE verschilt in menig opzicht van de hoger genoemde normen, maar vertoont ook gelijkenissen.

⁵⁷ Titel V van het BVIE.

⁵⁸ Zie, bv., Bergen, 22 januari 2007, *T.B.H.*, 2007, 481; Vz. Rb. Arnhem, 12 maart 2007, 151544/KG ZA 07-71, www.rechtspraak.nl, r.o. 4.9; Rb. Den Bosch, 18 april 2007, 116829/HA ZA 04-2278, www.rechtspraak.nl, r.o. 4.3.12 en 4.4.2; Antwerpen (1^{ste} K.) 30 april 2007, A.R. 2006/AR/1942, niet gepubliceerd; Vz. Rb. Breda, 29 augustus 2007, 179009/KG ZA 07-472, www.rechtspraak.nl, r.o. 3.6 en 3.9.

⁵⁹ Zie, bv., Rb. Amsterdam, 23 mei 2007, 297867/Ha ZA 04-2822, www.rechtspraak.nl, r.o. 5.3.

⁶⁰ Het lijkt me niet vanzelfsprekend om veel beslissingen te vinden die zich bewust zijn van het feit dat de bepalingen die ze toepassen van internationaal recht zijn, waarvoor de vraag naar directe werking van de bepalingen zou kunnen rijzen.

⁶¹ Zie ook *supra*, nr. 21.

⁶² Er wordt in de uitspraken vaak verwezen naar de vaststaande rechtspraak onder de oude bepalingen. Zie, bv., Rb. Breda, 23 juli 2007, 174856/KG ZA 07-266, www.rechtspraak.nl, 4.8.3; Conclusie bij Hoge Raad 16 feb. 2007, C05/160HR, www.rechtspraak.nl, nr. 7.

34. Met recente internationale rechtsnormen als het WCT⁶³, het WPPT⁶⁴ en het TRIPS (ADPIC)⁶⁵ heeft het BVIE gemeen dat het verdrag internationale normen creëert op het gebied van intellectuele eigendom.

Het BVIE beperkt zich tot materieelrechtelijke bepalingen betreffende merken en modellen, terwijl het WPT en het WPPT auteursrechten en naburige rechten tot voorwerp hebben. TRIPS heeft dan weer een breder voorwerp en betreft alle intellectuele eigendomsrechten⁶⁶.

De internationale normen gecreëerd door bovengenoemde verdragen zijn, in principe, enkel verbindend ten opzichte van de Staten die het hebben ondertekend, behoudens directe werking⁶⁷.

Het BVIE daarentegen is een verdrag met bepalingen die volgens mij, ik herhaal, directe werking hebben⁶⁸.

Die verdragen richten ook geen specifieke internationale organisatie op, terwijl het BVIE een Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom instelt (art. 1.2.1.) en laatstgenoemde voorziet van internationale rechtspersoonlijkheid (art. 1.4.1.) en van nationale rechtspersoonlijkheid (art. 1.4.2.).

35. Met de Verordeningen (EEG) inzake het Gemeenschapsmerk⁶⁹ en het Gemeenschapsmodel⁷⁰ heeft het BVIE gemeen dat het rechtsregels scheidt die op

⁶³ Verdrag 20 december 1996, aangenomen te Genève, met als naam "Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht – WIPO Copyright Treaty", *P.B.* L 89, 11 april 2000, in werking getreden op 30 augustus 2006.

⁶⁴ Verdrag 20 december 1996, aangenomen te Genève, met als naam "Verdrag van de WIPO inzake uitvoeringen en fonogrammen - WIPO Performances and Phonograms Treaty", *P.B.* L 89, 11 april 2000, in werking getreden op 30 augustus 2006.

⁶⁵ Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property rights, including trade in counterfeit goods van 15 april 1994, *P.B.* L 336/213, 23 december 1994; goedgekeurd bij Wet 23 december 1994, *B.S.* 23 januari 1997. Wereldwijd akkoord als onderdeel van de Uruguay Round van GATT, die zichzelf heeft uitgebouwd tot WTO (World Trade Organisation), waarbij basisregels van het auteursrecht en verwante rechten worden herhaald en ingekapseld in een systeem van internationale handelsrechtelijke conflictenbeslechting (F. GOTZEN, *Cursus Auteursrecht*, VAO, 2003-04).

⁶⁶ Zie deel II TRIPS.

⁶⁷ Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Hof van Cassatie van België oordeelden reeds over bepaalde artikelen van TRIPS dat ze geen directe werking bezitten (H.v.J., 14 december 2000, C-300/98, Dior/Tuk, *T.B.H.*, 2001, 438; Cass., 11 mei 2001, *A&M*, 2001, 353; P. VAN NUFFEL en V. VANOVERMEIRE, "Over de bevoegdheid van het Hof van Justitie tot uitlegging van TRIPS en de directe werking van art. 50 lid 6 TRIPS", *T.B.H.*, 2001, 445-454).

⁶⁸ Zie Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen, gevoegd bij het BVIE, onder Algemeen, punten 5 en 6, zie ook *supra*, nrs. 21 en 32.

⁶⁹ Verordening 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *P.B.* L 11, 14 januari 1994.

⁷⁰ Verordening 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *P.B.* L 3, 5 januari 2002.

gelijke voet staan met de nationale wetten⁷¹, ook al worden ze door een supranationale wetgever gemaakt⁷².

Het verschil wordt gemaakt in de toepassing van die regels bij het toekennen van het recht op het merk of het model.

In beide gevallen, weliswaar, staat een supranationale instelling in voor het verlenen van het merk of model. In het geval van de verordeningen is dat het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (BHIM) te Alicante⁷³. In het geval van het Benelux-merk of -model, is dat het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (BBIE).

In geval van betwisting van een beslissing van deze bureaus is de procedurele weg echter anders.

Voor de gemeenschapsmerken en -modellen beslist een communautaire instantie over het beroep tegen de weigering. Het betreft de kamers van beroep van het BHIM en verder het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen⁷⁴.

Voor de Benelux-merken beslissen, de lege lata, de aangewezen nationale hoven van beroep en cassatie over het beroep tegen de weigering tot inschrijving⁷⁵. Enige uitzondering hierop is de uitlegging van deze regels, die gebeurt door een supranationale instantie, het Benelux-Gerechtshof⁷⁶, dat op zijn beurt prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, aangezien het BVIE regels bevat die de Merkenrichtlijn implementeren.

Op deze procedure, die het Benelux-niveau vermengt met het nationale niveau en tot uiteenlopende interpretaties van dezelfde regels leidt, is kritiek gerezen. We hebben reeds opgemerkt dat er plannen bestaan om de gehele procedure op Benelux-niveau te tillen⁷⁷.

36. Met de richtlijnen (EEG) op de merken en modellen heeft het BVIE gemeen dat zij uitgaan van een supranationale wetgever.

Richtlijnen zijn echter slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lidstaat waarvoor zij bestemd zijn⁷⁸. De Lidstaten kiezen de vorm en de middelen waarop zij de richtlijnen in nationaal recht implementeren.

Het BVIE bevat daarentegen bepalingen waarop burgers zich rechtstreeks kunnen beroepen in hun betrekkingen met de overheid en onder elkaar (horizontale en

⁷¹ Zie evenwel *supra*, nr. 21 in fine.

⁷² Art. 249, tweede lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap; zie ook F. GOTZEN, "Mécanismes juridiques permettant de faire valoir la norme internationale de droit d'auteur en droit interne", *A&M*, 2006, p. 139.

⁷³ Art. 25 e.v. Verordening 40/94, en art. 35 e.v. Verordening 6/2002.

⁷⁴ Art. 57 e.v. Verordening 40/94, en art. 55 e.v. Verordening 6/2002.

⁷⁵ Art. 2.12. BVIE.

⁷⁶ Art. 1.15. BVIE.

⁷⁷ Zie I. VEROUGSTRAETE en V. VANOVERMEIRE, "Het Benelux-Gerechtshof na het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 259 en 260, nrs. 23 tot 26. Zie ook, *supra*, nr. 29.

⁷⁸ Art. 249, derde lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Zie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, Commissie t/ België, 102/79, *Jur.*, 1980, 1472; K. LENAERTS en P. VANNUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Maklu, 2003, nr. 491, 728 e.v.

verticale werking van de normen). Het BVIE gaat dus veel verder dan de Europese richtlijnen⁷⁹.

37. Inhoudelijk echter zijn de bepalingen van het BVIE wel ondergeschikt aan de verordeningen (EEG) en richtlijnen (EEG) op de merken en modellen, gelet op de verplichtingen van de Benelux-landen als Lidstaten van de Europese Unie. De oplossing is volgens mij gegrond op artikel 306 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

In vergelijkend recht, ten slotte, kan de oprichting van het BBIE, de instantie die beslist over de inschrijving van de merken en de modellen, gelijkgeschakeld worden met de oprichting van een soort nationaal merken- en/of modellenbureau⁸⁰.

D. VRAGEN WAARTOE HET BVIE AANLEIDING GEEFT

38. Aangezien het BVIE, enerzijds, de bestaande praktijk inzake de Bureaus in een wetgevende tekst giet en, anderzijds, wat betreft het materiële merken- en modellenrecht, voortbouwt op de bestaande eenvormige wetten, zonder daaraan afbreuk te willen doen, brengt het BVIE, in de regel, niets nieuws⁸¹. Dat was ook zijn bedoeling.

Blijkbaar rijzen er dus weinig belangrijke problemen naar aanleiding van dit nieuwe Benelux-Verdrag.

Ik zal me beperken tot drie opmerkingen.

Het ontbreken van een rechtsmiddel tegen alle beslissingen van de organen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en modellen of tekeningen), in het bijzonder tegen alle beslissingen van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).

39. Ik heb die vraag reeds onderzocht en kom er dus niet op terug⁸².

Vaststelling dat het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) het probleem van de uiteenlopende rechtspraak van de bevoegde nationale hoven van beroep en hoven van cassatie over, met name, beslissingen van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom inzake de inschrijving van merken en merken- en modellengemachtigden niet aanpakt.

40. Ook deze vraag heb ik reeds onderzocht en ik kom er dus niet terug⁸³.

Beschermingsomvang van het Benelux-tekeningen- of modellenrecht.

⁷⁹ Zie *supra*, nrs. 21, 32 en 34.

⁸⁰ Vgl., bv., het Duitse Patentamt, dat instaat voor de inschrijving van Duitse merken en zelf kamers van beroep bevat die uitspraak doen over de weigering tot inschrijving van Duitse merken (§§ 54 e.v. Markengesetz).

⁸¹ Zie evenwel *supra*, nr. 21.

⁸² Zie *supra*, nr. 31.

⁸³ Zie *supra*, nrs. 29 en 35.

41. H. VANHEES ziet een probleem in de beschermingsomvang van het Benelux-tekeningen- of modellenrecht, dat door het BVIE niet wordt opgelost⁸⁴. Er is immers niet voldoende duidelijkheid over de draagwijdte van deze beschermingsomvang. Die vaststelling is echter geen probleem dat rechtstreeks verband houdt met de omzetting van de eenvormige Benelux-tekeningen- of modellenwet naar het BVIE.

§ 3. De institutionele bepalingen van het Verdrag: de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).

A. ENKELE RELEVANTE INSTITUTIONELE BEPALINGEN.

42. Ik wijs er nogmaals op dat naar luid van artikel 1.2.1. van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005 en waaraan de Belgische wet van 22 maart 2006 instemming heeft verleend, een Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) wordt ingesteld.

Ik herinner tevens eraan dat volgens artikel 1.2.2. van het Verdrag, de organen van de voormelde Organisatie zijn:

- a. het Comité van ministers als bedoeld in het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie;
- b. de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen);
- c. het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen).

Het Comité van ministers als bedoeld in het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie wordt dus een instantie van de nieuwe Organisatie. Dit Comité, dat in de regel is samengesteld uit de Ministers van Buitenlandse Zaken van de drie Benelux-landen, maakt deel uit van het Secretariaat-Generaal Benelux. Dit Comité was geen instantie van de Benelux-Bureaus; zijn rol beperkte zich tot de goedkeuring van de protocollen tot wijziging van de eenvormige wetten en het uitvoeringsreglement; het Comité van ministers verliest de bevoegdheid om het uitvoeringsreglement goed te keuren, wat voortaan tot de bevoegdheid van de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom behoort. Het wordt daarentegen, ik herhaal het, een orgaan van de Organisatie. Het Secretariaat-Generaal van de Benelux vervult het secretariaat van het Comité van ministers. Het Comité van ministers is bevoegd, de Raad van Bestuur gehoord hebbende, de Directeur-Generaal van het Bureau te machtigen om namens de Organisatie en met zijn toestemming, te onderhandelen, overeenkomsten te sluiten met Staten en met intergouvernementele organisaties (Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, art. 1.7.3). Deze overeenkomsten kunnen uiteraard alleen bindend zijn voor de Organisatie die immers, dienaangaande, internationale rechtspersoonlijkheid bezit; deze overeenkomsten zijn bijgevolg niet bindend voor de Hoge Verdragsluitende Partijen die bij de voormelde overeenkomsten geen partij zijn.

In deze Rede heb ik reeds een aantal institutionele bepalingen van het Verdrag onderzocht⁸⁵. Daarop kom ik niet meer terug. Op dit punt gekomen van mijn

⁸⁴ H. VANHEES, "Het modellenrecht na het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 252.

uiteenzetting zal ik mij ertoe beperken een aantal aspecten te belichten waarop ik de aandacht nog niet heb getrokken. In sommige commentaren zal ik overigens – en ik beklemtoon dit – de voortreffelijke beschouwingen overnemen van Paul Laurent, gewezen Adjunct-Directeur-Generaal (Wetstoepassing) van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom ⁸⁶.

43. Ik vang aan met de vermelding van enkele relevante bepalingen van het Verdrag. Artikel 1.3. legt de doelstellingen vast van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) en preciseert aldus dat deze Organisatie tot taak heeft:

- a. de uitvoering van dit verdrag en het uitvoeringsreglement;
- b. de bevordering van de bescherming van merken en tekeningen of modellen in de Benelux-landen;
- c. de uitvoering van aanvullende taken op andere gebieden van het recht inzake de intellectuele eigendom, welke de Raad van Bestuur aanwijst ⁸⁷;
- d. voortdurende evaluatie en, indien nodig, aanpassing van het Benelux-recht inzake merken en tekeningen of modellen, in het licht onder meer van de internationale en communautaire ontwikkelingen.

Naar luid van artikel 1.5., heeft de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom haar zetel te 's-Gravenhage, is het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom gevestigd te 's-Gravenhage en kunnen elders bijkantoren van het voormelde Bureau worden gevestigd.

Artikel 1.6. bepaalt, enerzijds, dat de voorrechten en immuniteiten welke nodig zijn voor de uitoefening van de taken en het bereiken van de doelstellingen van de Organisatie, worden vastgelegd in een tussen de Hoge Verdragsluitende Partijen te sluiten protocol (art. 1.6.1.), en, anderzijds, dat de Organisatie met een of meer der Hoge Verdragsluitende Partijen aanvullende overeenkomsten kan aangaan in

⁸⁵ Zie inz. *supra*, n^os 20, 21, 24, 27, 28, 31, 34, 35 en 37.

⁸⁶ P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 230 e.v. Zie ook Wetsontwerp houdende instemming met het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de regeringen bij het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *Gedr.st.*, Senaat, 2005-2006, nr. 3-1452/1, art. 1.6., p. 7, art. 1.7., p. 7, en art. 1.9., p. 8; Wetsontwerp houdende instemming met het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag, op 25 februari 2005, Verslag namens de Commissie voor de Buitenlandse Betrekkingen en voor de Landsverdediging, uitgebracht door de heer WILLEMS, *Gedr.st.*, Senaat, 2005-2006, nr 3-1452/2, p. 2; Wetsontwerp houdende instemming met het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, *Hand.*, Senaat, zitting 2 februari 2006 ochtendvergadering, p. 10 tot 12; Ch. HEREMANS, "Van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom. Ondertekening zetelovereenkomst voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen)", *Benelux Newsletter* 2007/4, p. 26 en 27; A. PUTTEMANS, "Chronique de législation. Droit privé belge (1^{er} juillet-31 décembre 2006) (deuxième partie)", *J.T.* 2007, p. 373 en 374; H. VANHEES, "Afscheid van de Benelux merken- en modellenwet. Het nieuwe Benelux-verdrag inzake intellectuele rechten", *R.W.* 2006-07, p. 203, 204, 207 en 208.

⁸⁷ Zie *supra*, nr. 15.

verband met de vestiging van onderdelen van de Organisatie op het grondgebied van die staat of die staten, teneinde met betrekking tot die staat of die staten uitvoering te geven aan de bepalingen van het overeenkomstig artikel 1.6.1 vastgestelde protocol, alsmede andere regelingen kan treffen ter waarborging van een goede functionering van de Organisatie en ter beveiliging van haar belangen (art. 1.6.2.). Het doel van het hogerbedoelde protocol is om de Organisatie de nodige onafhankelijkheid te waarborgen ter uitoefening van haar taak. Artikel 1.6.2. van het Verdrag creëert tevens de juridische grondslag voor het afsluiten van zetelovereenkomsten. Op 10 oktober 2007 overigens, hebben de Nederlandse Staatssecretaris van Europese Zaken, de heer F. Timmermans, en de Directeur-generaal van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom, de heer E. Simon, de zetelovereenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de voormelde in Den Haag gevestigde Organisatie ondertekend. De zetelovereenkomst werd trouwens gepubliceerd in het Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2007, nr. 202. De ondertekening van de zetelovereenkomst vond plaats tijdens een feestelijke ceremonie bij het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken, in aanwezigheid van verscheidene prominenten, waaronder de heer J. van Laarhoven, Secretaris-Generaal van de Benelux Economische Unie. De zetelovereenkomst geeft uitvoering aan het Protocol inzake Voorrechten en Immunititeiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom en heeft tot doel het goed functioneren van de voormelde Organisatie en de beveiliging van haar belangen te waarborgen. Het regelt een aantal zaken tussen de Organisatie en Nederland op het gebied van onschendbaarheid, voorrechten en immunititeiten, tewerkstelling en de verblijfsrechten voor het personeel. De zetelovereenkomst vormt het sluitstuk van de kwestie van de erkenning van de Organisatie als internationale organisatie. De zetelovereenkomst is in overeenstemming met het eenvormige Nederlandse Kabinetsstandpunt uit 2005, inzake de werving en opvang van internationale organisaties, en schakelt bepaalde personeelsleden van de Organisatie gelijk met diplomatieke ambtenaren. Deze personeelsleden genieten bepaalde voorrechten zoals die gelden voor stafleden van andere in Nederland gevestigde internationale organisaties. Daarnaast genieten alle personeelsleden functionele immunititeit.

Krachtens artikel 1.8., is de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) samengesteld uit door de Hoge Verdragsluitende Partijen aangewezen leden en wel één bestuurder en twee plaatsvervangende bestuurders per land, de voormelde Raad van Bestuur besluit met algemene stemmen en stelt zijn intern reglement vast.

Artikel 1.9. stelt de bevoegdheden vast van de Raad van Bestuur, het hoogste bestuursorgaan van het Bureau. De Raad van Bestuur is bevoegd voorstellen te doen aan het Comité van ministers inzake wijzigingen van dit verdrag die noodzakelijk zijn om de conformiteit van dit verdrag met een internationaal verdrag of met regelgeving van de Europese Gemeenschap te verzekeren en inzake andere wijzigingen van dit verdrag die hij wenselijk acht (art. 1.9.1.). De Raad van Bestuur stelt het uitvoeringsreglement vast (art. 1.9.2.). Hij stelt het huishoudelijke en het financiële reglement van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom vast (art. 1.9.3.). Hij wijst aanvullende taken, als bedoeld in het voormelde artikel 1.3.c, op andere gebieden van het recht inzake de intellectuele eigendom aan (art. 1.9.4.). Hij besluit over het vestigen van bijkantoren van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (art. 1.9.5.). Hij benoemt de Directeur-Generaal en, de

Directeur-Generaal gehoord, de Adjunct-Directeuren-Generaal en oefent te hunnen aanzien de disciplinaire bevoegdheden uit (art. 1.9.6.). De Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom stelt ook jaarlijks de begroting van inkomsten en van uitgaven vast, alsmede zonodig de wijzigingen of aanvullingen daarvan, hij regelt in het financiële reglement de wijze waarop het toezicht op de begrotingen en op de uitvoering daarvan zal worden uitgeoefend en stelt de door de Directeur-Generaal opgestelde jaarrekening vast (art. 1.9.7.).

Artikel 1.10. bevat algemene bepalingen inzake de Directeur-generaal van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom. Dit artikel bepaalt dat de leiding van het Bureau berust bij de Directeur-generaal die aan de Raad van Bestuur verantwoording is verschuldigd voor de werkzaamheden van het Bureau (art. 1.10.1.). De Directeur-Generaal is bevoegd, de Raad van Bestuur gehoord hebbende, de uitoefening van bepaalde hem toekomende bevoegdheden te delegeren aan de Adjunct-Directeuren-Generaal (art. 1.10.2.). De Directeur-Generaal en de Adjunct-Directeuren-Generaal zijn onderdaan van de lidstaten en de drie nationaliteiten van de Benelux zijn binnen de directie vertegenwoordigd (art. 1.10.3.).

Artikel 1.11. vult artikel 1.10. aan door de bevoegdheden van de Directeur-generaal nader te omschrijven. De Directeur-Generaal doet voorstellen aan de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, tot wijziging van het uitvoeringsreglement (art. 1.11.1.). Hij neemt alle maatregelen, administratieve daaronder begrepen, om te zorgen voor een juiste uitvoering van de taken van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (art. 1.11.2.). De Directeur-generaal voert het huishoudelijk en het financieel reglement van het Bureau uit en doet voorstellen aan de Raad van Bestuur tot wijziging hiervan (art. 1.11.3.). Hij benoemt de personeelsleden en oefent de hiërarchische en disciplinaire bevoegdheden over hen uit (art. 1.11.4.). Hij bereidt de begroting voor, voert deze uit en stelt de jaarrekeningen op (art. 1.11.5.). Ten slotte, neemt de Directeur-generaal alle andere maatregelen die hij wenselijk acht in het belang van het functioneren van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) (art. 1.11.6.). In de praktijk betreffen de beslissingen van de Directeur-generaal met name de wijze waarop de merken (website) en tekeningen of modellen (cd-rom) worden bekendgemaakt, de openingsuren en -dagen, het ogenblik van ontvangst van de stukken, welke zijn afgeleverd terwijl het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom gesloten is, de modellen van formulieren, de wijze waarop de formulieren ingevuld en ingediend dienen te worden, het aantal exemplaren dat vereist is bij oppositie, de ontvangstbewijzen, de indieningsmodaliteiten voor de elektronische aanvragen voor merken en opposities of verder het reglement van de mondelinge procedure inzake oppositie.

Wat de Financiën van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) betreft, bepaalt artikel 1.12.1 dat de lopende uitgaven van de Organisatie worden gedekt door haar ontvangsten. Artikel 1.12.2. voegt daaraan toe, enerzijds, dat de Raad van Bestuur bij de Hoge Verdragsluitende Partijen een bijdrage kan aanvragen, bestemd tot dekking van buitengewone uitgaven en, anderzijds, dat deze bijdrage voor de helft door het Koninkrijk der Nederlanden en voor de helft door de Belgisch-Luxemburgse Economische Unie wordt gedragen.

Laatste nuttige institutionele bepaling van het Verdrag: artikel 1.13. betreffende de, door bemiddeling van de nationale diensten, door de Benelux-Organisatie voor de

Intellectuele Eigendom verrichte handelingen (de term die in de Nederlandse versie van het opschrift van het artikel wordt gebruikt, "Bemiddeling" lijkt mij geschikter dat de term "Intervention" uit de Franse versie). Artikel 1.13.1. bepaalt, enerzijds, dat over het bedrag van de rechten, geïnd terzake van door "bemiddeling" van de nationale diensten verrichte handelingen, aan deze diensten een percentage wordt uitgekeerd, bestemd tot dekking van de kosten welke deze handelingen meebrengen, en, anderzijds, dat dit percentage wordt vastgesteld bij uitvoeringsreglement. Krachtens artikel 1.13.2., kunnen bovendien terzake van deze handelingen door de nationale regelgevingen geen nationale rechten worden vastgesteld.

B. KORTE AANVULLENDE COMMENTAREN.

44. Uit de vermelding van de voorgaande bepalingen volgt dat de bevoegdheden van de organen van de nieuwe Organisatie beter en meer systematisch zijn bepaald. Aan deze verdragsbepalingen kan men nog de volgende commentaren toevoegen.

Naar aanleiding van de bespreking van het voormelde artikel 1.5. van het Verdrag, een bepaling over, ik herhaal, de Zetel van de Organisatie, werd opgemerkt dat de Nederlandse bedrijven, vergeleken met de Belgische en Luxemburgse, veel vaker een beroep deden op de Benelux-Bureaus in Den Haag, enerzijds, wegens de geografische nabijheid, anderzijds, omdat de bescherming van de intellectuele rechten in Nederland meer tot de geplogenheden behoort. De mogelijkheid die artikel 1.5. biedt om bijkantoren in andere landen dan in Nederland te vestigen, werd als een mogelijke oplossing voor dit probleem voorgesteld. De nadruk werd gelegd op de noodzaak voor elk land om over antennes te beschikken die vlot toegankelijk zijn voor alle bedrijven, met inbegrip van de KMO's, die in België een belangrijk onderdeel van de economische structuur uitmaken.

De nationale staatsbladen spelen eveneens een rol in de nieuwe Organisatie. Zij dragen immers zorg voor de officiële publicatie, in de drie Benelux-Staten, van het Verdrag, de wijzigingen aan het Verdrag en het Uitvoeringsreglement van het Verdrag. Het uitvoeringsreglement is afgeschaft; het wordt dus niet meer gepubliceerd in de staatsbladen van de drie Staten. Sommige elementen uit het uitvoeringsreglement, zoals bijvoorbeeld de formulieren, nemen nu de vorm aan van beslissingen van de Directeur-generaal van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom en worden bijgevolg niet langer nationaal gepubliceerd. Noteer overigens dat, overeenkomstig artikel 3.2.i) van het Trademark Law Treaty van 27 oktober 1994, het gebruik van die formulieren niet verplicht is.

Zoals ik reeds heb uiteengezet⁸⁸, vervult het Secretariaat-Generaal van de Benelux het secretariaat van het Comité van Ministers, alsook dat van de suborganen van het Comité van Ministers. Zo worden wijzigingen van de reglementering inzake merken, tekeningen of modellen eerst onderzocht door de deskundigen van het IMI/PIC, thans, sinds de reorganisatie van het Secretariaat-generaal in 2006, de werkgroep IMI, waarin de Benelux-Staten vertegenwoordigd zijn en, waarin voordien, de Benelux-Bureaus, momenteel, het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, waarnemers zijn. Zodra de deskundigen het eens zijn geworden, worden de teksten voorgelegd aan het Comité van Juristen, dat is samengesteld uit juristen van de departementen van Buitenlandse Zaken, vervolgens

⁸⁸ Zie *supra*, nr. 42.

aan de Raad van de Economische Unie (Benelux), samengesteld uit hoge ambtenaren van de voormelde departementen.

De Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) oefent bevoegdheden uit die zijn voorgangers, de gezamenlijke Raden van Bestuur, controle-organen van de Benelux-Bureaus, niet uitoefenden. De nieuwe bevoegdheden zijn de volgende: wijzigingen voorstellen in het Verdrag aan het Comité van Ministers, bijkomende taken aanwijzen waarmee het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom zich zou kunnen bezighouden, op andere vlakken van de intellectuele eigendom dan de merken, tekeningen of modellen, beslissen om bijkantoren van het voormelde Bureau te vestigen en het uitvoeringsreglement ervan opmaken. Wat die laatste bevoegdheid betreft werd bepaald dat, aangezien het noodzakelijk is dat het uitvoeringsreglement op dezelfde dag in werking treedt als het Verdrag, het eerste uitvoeringsreglement zou worden goedgekeurd door de gezamenlijke raden van bestuur van de vroegere Benelux-Bureaus (Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom [merken en tekeningen of modellen], artt. 5.5. en 6.2.). Het uitvoeringsreglement van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) werd op 1 juni 2006 gezamenlijk vastgesteld door de Raad van Bestuur van het Benelux-Merkenbureau en de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen⁸⁹. Artikel IV van het voormelde Reglement bepaalt dat het in werking treedt op dezelfde datum als het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen).

De Verenigde Raden van Bestuur van de Benelux-Bureaus waren uitgerust met suborganen, waarvan de contouren min of meer waren afgelijnd, zoals het College van Commissarissen, voor de financiële kwesties, het Overlegcomité Raad van beheer – Personeelscomité, voor personeelskwesties, welke noodzakelijk advies dienden uit te brengen bij iedere statutwijziging, het Overlegcomité Nationale Deskundigen – Benelux-Bureaus, voor de juridische en strategische vraagstukken. Het intern reglement dat momenteel door de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom is aangenomen, preciseert de benaming (Raad van Beheer, College van Commissarissen, COPERA en COREMO), de werkingsmodaliteiten, de samenstelling en de bevoegdheden van die verschillende organen.

De overleginstanties met de betrokken middens zijn eveneens veranderd. De Benelux-Bureaus pleegden regelmatig overleg met de merkengemachtigden in de BENELUX OVERLEG COMMISSIE (BOC). In de praktijk gingen de discussies binnen de BOC over de wijze waarop de Benelux-Bureaus de reglementering toepasten en het onderzoek van de praktische problemen die uit de samenwerking tussen de Bureaus en de gemachtigden voortvloeien. In zoverre de nieuwe Organisatie een andere en ruimere rol heeft, wordt nu een nieuwe overleginstantie gecreëerd in de vorm van de Benelux-Raad voor de intellectuele eigendom waarvan de organieke regels en de aanstelling van de leden door de Directeur-generaal van

⁸⁹ B.S. 19 juli 2006, p. 36036. Zie ook Protocol 25 mei 2007, ditmaal aangegaan door de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) tot aanpassing van het Uitvoeringsreglement van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), B.S. 14 juni 2007, Uitg. 2, p. 32303.

het Benelux-Bureau voor de intellectuele eigendom worden beslist. Zorg wordt gedragen voor een zo ruim mogelijke vertegenwoordiging van de betrokken Benelux-kringen. De Benelux-Raad voor de Intellectuele Eigendom heeft tot doel adviezen te geven over elke vraag betreffende de intellectuele eigendom die tot de bevoegdheid van de Organisatie behoort.

45. Een van de redenen waarom voor een gemeenschappelijke dienst voor de drie Lidstaten werd geopteerd, was om te vermijden dat voorrechten en immuniteten aan de Benelux-Bureaus zouden worden toegekend. Zodra de eerste overeenkomst diende getekend te worden bleek dat dit systeem mank liep. Aangezien de Benelux-Bureaus geen rechtspersoonlijkheid hadden, konden zij geen overeenkomsten aangaan. Op 6 november 1981 werd, ter oplossing van dat probleem, een Protocol aangenomen betreffende de rechtspersoonlijkheid van de Benelux-Bureaus. Daar bovenop heeft Nederland de Benelux-Bureaus vrijstelling verleend van het betalen van BTW. De ontheemdingsvergoeding werd eveneens van belasting vrijgesteld, totdat dat voordeel werd opgeheven.

Aangezien de Benelux-Bureaus in Nederland zijn gevestigd, was de Nederlandse wet op talrijke situaties van toepassing, met inbegrip van de beroepen tegen de beslissingen van de Bureaus op andere vlakken dan de weigeringen op absolute gronden of de oppositiebeslissingen.

Aangezien de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom internationale en nationale rechtspersoonlijkheid bezit (Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, art. 1.2.1., 1.4.1. et 1.4.2.), is de toestand thans duidelijker.

De kantoorruimten van de Organisatie zijn onschendbaar (Protocol inzake voorrechten en immuniteten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom, art. 2, inzonderheid 2.1.), de Organisatie geniet, in de regel⁹⁰, immuniteit van rechtsmacht en executie (voormeld Protocol, art. 3), er wordt geen censuur uitgeoefend op de officiële berichtgeving van de Organisatie, ongeacht de middelen waarmee bedoelde berichtgeving geschiedt (voormeld Protocol, art. 4, inzonderheid 4.2.), binnen het kader van haar officiële werkzaamheden zijn de Organisatie, haar eigendommen, bezittingen en inkomsten vrijgesteld van alle directe belastingen (voormeld Protocol, art. 5, inzonderheid 5.1. en 5.4.) en een functionele onschendbaarheid wordt ingesteld voor de vertegenwoordigers van de Hoge Verdragsluitende Partijen, hun plaatsvervangers, hun raadgevers of deskundigen (voormeld Protocol, art. 6.), ter attentie van de Directeur-generaal en de personeelsleden van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (voormeld Protocol, art. 7.) en ter attentie van de deskundigen die namens de Organisatie een functie uitoefenen of voor haar een zending uitvoeren (voormeld Protocol, art. 9.). Wat de functionele immuniteit betreft, dient nog te worden opgemerkt dat deze niet erkend wordt inzake inkomstenbelastingen, vermogensbelasting of wegverkeer (voormeld Protocol, artt. 6., 7. en 9.). Tevens worden een aantal beperkingen en opheffingen van de immuniteit bepaald (voormeld Protocol, artt. 10., 11., 12. et 13.). Deze opheffing van de immuniteit kan zelfs slaan op het statuut van diplomatiek ambtenaar dat aan de Directeur-generaal van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom is toegekend (voormeld Protocol, artt. 8. et 11.2.).

⁹⁰ Zie *supra*, nr. 31.

46. Het is ook nuttig melding te maken van de Beschikking M (2007) 8 van 9 november 2007 van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie tot opstelling van een Aanvullend Protocol bij het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof inzake de rechtsbescherming van personen in dienst van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). De beschikking bepaalt dat dit Aanvullend Protocol zal worden voorgelegd aan de Verdragsluitende Partijen teneinde, na ondertekening, in werking te worden gesteld overeenkomstig de grondwettelijke bepalingen van ieder der Verdragsluitende Partijen. Het Aanvullend Protocol wordt gevolgd door een voor de drie landen gemeenschappelijke Memorie van toelichting met onder meer een Artikelsgewijs commentaar.

AFDELING 3 - DE DAGELIJKSE AANGELEGENHEDEN VAN HET BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM

47. "Het jaar 2006 was een uitzonderlijk jaar: dankzij onze aantrekkelijke, uiterst snelle en moderne registratie-procedures is het hoogste aantal depots van merken in de lange geschiedenis van ons Bureau bereikt. De daling van het aantal depots van modellen is tot staan gebracht, en de i-DEPOT enveloppen vertonen een gestage toename. Ik kan dan ook met grote tevredenheid op het afgelopen jaar terugkijken: het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom vervult nog steeds ten volle de rol waarvoor het is opgericht, ook in de huidige Europese context, die er in eerste instantie voor ons toch bepaald niet ideaal uitziet ! Het jaar 2006 was ook in een ander opzicht uitzonderlijk: op 1 september 2006 is het nieuwe Benelux-verdrag inzake de Intellectuele Eigendom in werking getreden, een bijzondere gebeurtenis die we op gepaste wijze met onze medewerkers en de ambassadeurs en officiële vertegenwoordigers van onze drie landen gevierd hebben. Verder zijn de onderhandelingen met de Nederlandse regering over een zetelovereenkomst van start gegaan⁹¹. Wat de interne organisatie betreft was 2006 niet minder dynamisch dan de voorgaande jaren. Dat kan ook moeilijk anders: we moeten onszelf voortdurend vernieuwen en verbeteren, willen we onze klanten beter van dienst kunnen zijn dan de concurrentie"⁹². Het is met deze bewoordingen dat de Heer Edmond Simon, Directeur-generaal van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, het Jaarverslag 2006 van dat Bureau heeft ingeleid. Dit Verslag bevat een schat aan informatie over de dagelijkse bezigheden van het Bureau. Informatie over de missie, visie en doelstellingen van het Bureau, over de registratie en de juridische vraagstukken, over de samenwerking, voorlichting en promotie, bedrijfsvoering, cijfers en statistieken, talrijke nuttige gegevens en een lijst van begrippen. Ik kan U dit verslag aanbevelen.

⁹¹ Over de huidige stand van het probleem, zie *supra*, nr. 43.

⁹² Jaarverslag 2006 van het BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM, p. 6 en 7.

48. Ik zal mij ertoe beperken de nadruk te leggen op de strategische visie van het Bureau en de kernwaarden ervan⁹³.

Net zoals voor andere organisaties is continuïteit een primair bedrijfsdoel van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). Om die continuïteit te waarborgen, is het van belang dat het aantal registraties stijgt. Het vergroten van de naamsbekendheid en een uitbreiding van taken kunnen hieraan een bijdrage leveren. Dit is ook de strategische visie van de algemene directie van het Bureau, die het fundament onder de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) wil verstevigen door ervoor te zorgen dat Lidstaten nieuwe taken op het gebied van de intellectuele eigendom aan het Bureau toevertrouwen. Ik voeg hier, te persoonlijke titel, aan toe dat de bevoegdheid van het Benelux Gerechtshof dan tezelfdertijd ook moet worden verruimd.

Voor een ondernemer is de meest ideale situatie uiteindelijk dat hij voor de registratie van intellectuele eigendomsrechten in de Benelux bij het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom terecht kan en dat hij hierbij ook als vanzelfsprekend denkt aan het Bureau. De ambitie van de Benelux-Organisatie voor de komende jaren is dan ook: gekend én erkend zijn in de Benelux als het gaat om de registratie van intellectuele eigendom.

Om deze ambitie te realiseren, moet de voormelde Organisatie werken aan verdere professionalisering: de kwaliteit van de dienstverlening verbeteren en de naamsbekendheid van de organisatie optimaliseren om zodoende de ondernemer tot registratie te bewegen.

Het Bureau werkt daarbij vanuit vijf kernwaarden: zelfverzekerd, eigentijds, betrouwbaar, toegankelijk en flexibel.

AFDELING 4 - BESLUIT

49. Het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) is geen breuklijn tussen verleden en toekomst. Het is overigens, lijkt mij, wat men de Benelux, algemeen genomen, het best kan toewensen.

"Zij waren met drie", is de titel van de kortfilm in kleur die de Benelux voorstelde aan de bezoekers van zijn paviljoen op de Wereldtentoonstelling te Brussel, precies vijftig jaar geleden⁹⁴, vermits de officiële Beneluxdag op 5 september 1958 viel. De acteurs en het decor bestonden uit marionetten en speelgoed. Het sympathieke verhaal was er een van drie bureaus die hun tuinhekkens neerhaalden om samen op éénzelfde lap grond te werken: de Benelux was geboren, eerste Economische gemeenschap, bestaande uit drie landen. Van die gemeenschappelijke aanzet zouden schokgolven uitdeinen, vergelijkbaar met stuifmeel, welke de kiemen van een ruimere Economische gemeenschap gingen bevruchten, op Europese schaal.

"Zij waren met drie", drie landen, één middelgroot en twee kleintjes, die het voorwoord hebben geschreven van een verzameling lessen voor de wereld.

⁹³ Zie Jaarverslag 2006 van het BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM, p. 15.

⁹⁴ Deze week op de tentoonstelling en in België, Officieel weekblad van de Algemene Wereldtentoonstelling 1958 te Brussel, nr. 21 – 5 september 1958, p. 3 en 4.

Sommigen zullen grinniken, doch onterecht. Leopold II, de koning-stichter van een rijk, zei: "*Il n'y a pas de petits États; il n'y a que de petits esprits*"⁹⁵.

⁹⁵ Zie M. DETIEGE, "Léopold II, auteur de sentences", *J.T.* 2007, p. 706.

HOOFDSTUK V - *DE LEGE FERENDA* VOORSTELLEN VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

Deze afdeling geeft aan welke juridische problemen het Hof in het licht van de vaststellingen die het heeft gedaan bij het onderzoek van de in de loop van het jaar ingestelde cassatieberoepen en gewezen arresten niet op bevredigende wijze heeft kunnen oplossen wegens een leemte die de wetgever diende te verhelpen, alsook welke problemen het gevolg zijn van divergenties in de rechtspraak die rechtsonzekerheid veroorzaken en die eveneens door de wetgever dienen te worden opgelost. Bovendien worden de juridische problemen vermeld die verband houden met de toepassing van de wetten of de werking van de rechterlijke macht in het algemeen en het Hof van Cassatie in het bijzonder en waarvoor een wetswijziging wenselijk is.

Hierbij geeft het openbaar ministerie alleen zijn eigen advies te kennen zonder het Hof te verbinden.

Het maakt van de gelegenheid gebruik om andermaal de aandacht van de uitvoerende macht te vestigen op de noodzaak om voldoende op voorhand de gerechtelijke overheid van de inwerkingtreding van nieuwe wetten in te lichten.

De hiernavolgende tekst is deze van het verslag van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie van 23 september 2008 aan het parlementair comité belast met de wetsevaluatie.

*

Artikel 11 van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie bepaalt dat de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie en het College van procureurs-generaal aan het Comité in de loop van de maand oktober een verslag toezenden, dat een overzicht bevat van de wetten die voor de hoven en rechtbanken tijdens het voorbije gerechtelijk jaar moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie ervan hebben opgeleverd.

Uit de bewoordingen van die bepaling blijkt dat het verslag van de procureurs-generaal uitsluitend tot hun verantwoordelijkheid behoort en niet tot die van de korpsvergaderingen.

Het verslag van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie is opgemaakt met de waardevolle medewerking van advocaat-generaal LOOP en met die van eerste advocaat-generaal Marc DE SWAEF, de advocaten-generaal Patrick DUINSLAEGER en Damien VANDERMEERSCH en Jean-Marie GENICOT, advocaat-generaal met opdracht Philippe de KOSTER, de referendarissen David DE ROY en Michael TRAEST en

Baudouin DOCQUIER, assistent bij de documentatiedienst van het Hof van Cassatie.

Dhr. Jo VANDEURZEN, Vice Eerste Minister en Minister van Justitie heeft in zijn rede uitgesproken op de traditionele nieuwjaarsreceptie verklaard: "*Maar we staan met Justitie wel voor een cruciale periode. Enerzijds zijn de verwachtingen van zowel de burger als van de medewerkers van Justitie strak gespannen (men verwacht dat één en ander nu daadwerkelijk in beweging komt); anderzijds, is er ook enige vermoeidheid ontstaan ten overstaan van de veranderingen, is er ook de vertwijfeling over de veelheid aan veranderingen en ook over het uitblijven van resultaten. Er zijn de jongste jaren ook veel nieuwe wetten en reglementen uitgevaardigd met de bedoeling hervormingen op gang te brengen, maar niet altijd was de nodige omkadering voorzien, niet altijd werd de impact op het terrein in kaart gebracht.*

*Gedurende de volgende drie maanden wil ik dan ook opnieuw een zekere stabiliteit brengen. Het is niet goed wetten in werking te laten treden als we geen juist zicht hebben op de impact die een nieuwe regelgeving veroorzaakt. Wat is het effect op het terrein: voor de organisatie of de instelling in kwestie op zich, voor de personele en materiële omkadering, de begrotingsmiddelen, ...? Vooraleer we daarom voortgaan met de uitvoering van deze regelgeving wil ik dat deze effecten in kaart gebracht worden"*¹.

Wij stellen vast dat aldus wordt ingegaan op het memorandum dat werd opgesteld door de Vaste Vergadering van de Korpschefs en werd gestuurd naar de regering die na de wetgevende verkiezingen van 10 juni 2007 aan de macht kwam. In dat memorandum werd het volgende vastgesteld "*Het gebeurt te dikwijls dat wetten overhaast tot stand komen zonder overleg met de actoren op het terrein. Dit heeft voor gevolg dat zij dikwijls kort na hun inwerkingtreding moeten «gerepareerd» worden, hetgeen ze niet zelden moeilijk leesbaar maakt en hun vlotte toepassing belemmert...*"².

AFDELING 1 - DE VROEGERE VOORSTELLEN

Wij herinneren eraan dat de korpsvergadering van het parket bij het Hof van Cassatie voor de inwerkingtreding van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, al bijna tien jaar in het jaarverslag van het Hof van Cassatie voorstellen *de lege ferenda* deed waarin ze aangaf welke juridische problemen, in het licht van de vaststellingen die waren gedaan naar aanleiding van het onderzoek van de ingestelde cassatieberoepen en de tijdens het jaar gewezen arresten, het Hof niet op een bevredigende manier had kunnen oplossen wegens een leemte die de wetgever diende te verhelpen, welke problemen voortvloeiden uit divergenties in de rechtspraak waardoor rechtsonzekerheid ontstond en waartegen de wetgever eveneens iets dient te

¹ e-newsletter van de minister, nr. 1, jan. 2008, <http://www.just.fgov.be>.

² Zie Verslag van de proc.-gen. bij het Hof van Cassatie voor het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, Gedr. St. Kamer, 19 febr. 2008, nr. 0844/001, p. 20.

ondernemen, en welke problemen verband houden met de toepassing van de wetten of met de werking van de rechterlijke macht in het algemeen en van het Hof van Cassatie in het bijzonder, waarvoor een wetswijziging was aangewezen.

De voorstellen *de lege ferenda* en die welke vorig jaar zijn gedaan in het verslag van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie waaraan tijdens het voorbije parlementair jaar een wetgevend gevolg is gegeven, worden hieronder opgesomd.

1) Burgerlijk Wetboek, art. 1798, eerste lid (Jaarverslag 2002, p.524)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de opdrachtgever - Ingediend door mevr. Carina Van Cauter en H.H. Herman De Croo en Guido De Padt³.

2) Gerechtelijk Wetboek, artt. 187bis, 191bis en 194bis (Jaarverslagen 2000, p. 153, 2001, p. 399, en 2003-II, p.345)

Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 187bis, 191bis en 194bis van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het statuut van de referendarissen bij het Hof van Cassatie .

Ingediend door dhr. Hugo Vandenberghe e.a. ⁴.

Advies van de Hoge Raad voor de Justitie van 10 april 2008 ⁵.

Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 187bis, 191bis en 194bis van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het statuut van de referendarissen bij het Hof van Cassatie en van de referendarissen bij het Grondwettelijk Hof. – Tekst aangenomen in plenaire zitting en overgezonden naar de Kamer van volksvertegenwoordigers⁶.

Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 187bis, 191bis en 194bis van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het statuut van de referendarissen bij het Hof van Cassatie en van de referendarissen bij het Grondwettelijk Hof. – Ontwerp overgezonden door de Senaat⁷.

Deze tekst werd besproken in de Commissie voor de Justitie van de Kamer op 9 juli 2008.

3) Gerechtelijk Wetboek, art. 259terdecies (Jaarverslag 2003, p. 339.)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de referendarissen-stagiairs bij het Hof van Cassatie tijdens hun stage te evalueren. –

³ Kamer, 6 dec. 2007, DOC 0512/001.

⁴ Senaat, zitting 2007/2008, DOC 4-606/1.

⁵ Senaat, 15 april 2008, DOC 4-606/2.

⁶ Senaat, 5 juni 2008, DOC 4-606/6.

⁷ Kamer, 6 juni 2008, DOC 1231/001.

Ingediend door H.H. Olivier Maingain en Bernard Clerfayt en mevr. Marie-Christine Marghem⁸.

4) Gerechdelijk Wetboek, artt. 410 e.v. (Verslag 2007 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair comité belast met de wetsevaluatie⁹.)

Wetsvoorstel tot wijziging van de regels in verband met het optreden van het openbaar ministerie in het kader van tuchtgeschillen met magistraten. – Ingediend door mevr. Clotilde Nyssens e.a.¹⁰.

5) Gerechdelijk Wetboek, art. 658 tweede lid. (Jaarverslag 2003, p. 264.)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechdelijk Wetboek ten einde, in geval van onttrekking van een zaak aan een rechter, het Hof van Cassatie in staat te stellen de zaak te verwijzen naar een rechtbank van een ander ressort. – Ingediend door dhr. Olivier Maingain, mevr. Marie-Christine Marghem en dhr. Bernard Clerfayt¹¹.

6) Gerechdelijk Wetboek, art. 682. (Jaarverslag 2003, p. 265.)

Wet van 1 juni 2008 tot wijziging van artikel 682 van het Gerechdelijk Wetboek en Wet van 1 juni 2008 tot invoeging van een artikel 682bis in het Gerechdelijk Wetboek.¹²

7) Gerechdelijk Wetboek, art. 838. (Verslag 2007 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair comité belast met de wetsevaluatie¹³.)

Wetsvoorstel tot wijziging van de wijze waarop de partijen die tussenkomen in een procedure van wraking worden verwittigd. Ingediend door mevr. Clotilde Nyssens e.a.¹⁴.

8) Gerechdelijk Wetboek, artt. 1051 et 1973. (Jaarverslag 2003-II, p. 291.)

Wetsvoorstellen tot wijziging van het Gerechdelijk Wetboek met betrekking tot de termijnen voor hoger beroep en voorziening in cassatie. – Ingediend door mevr. Sabien Lahaye-Battheu en mevr. Carina Van Cauter¹⁵. – Ingediend door mevr. Martine Taelman en dhr. Patrick Vankrunkelsven¹⁶.

9) Gerechdelijk Wetboek, invoeging van een art. 1067bis. (Jaarverslag 2002, p. 527.)

⁸ Kamer, 25 okt. 2007, DOC 0269/001.

⁹ Gedr. St., Kamer, 19 febr. 2008, nr. 0844/001, p. 22 en 23.

¹⁰ Kamer, 9 juni 2008, DOC 1234/001.

¹¹ Kamer, 25 okt. 2007, DOC 0277/001.

¹² B.S. 16 juni 2008.

¹³ Gedr. St., Kamer, 19 febr. 2008, nr. 0844/001, p. 24.

¹⁴ Kamer, 9 juni 2008, DOC 1325/001.

¹⁵ Kamer, 25 febr. 2008, DOC 0874/001.

¹⁶ Senaat, 28 febr. 2008, DOC 589/1.

Wetsvoorstel tot invoeging van een artikel 1067bis in het Gerechtelijk Wetboek. - Tekst aangenomen door de Commissie voor de Justitie van de Senaat.¹⁷.

Wetsontwerp tot invoeging van een artikel 1067bis in het Gerechtelijk Wetboek. - Tekst aangenomen in plenaire zitting en doorgestuurd naar de Kamer¹⁸.

Wetsontwerp tot invoeging van een artikel 1067bis in het Gerechtelijk Wetboek. - Tekst doorgestuurd door de Senaat¹⁹.

10) Gerechtelijk Wetboek, art. 1105ter. (Jaarverslagen 2001, p. 487, en 2003, p. 266)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde te voorzien in toezicht op de toegang tot cassatieberoep. – Ingediend door H.H. Olivier Maingain en Bernard Clerfayt en mevr. Marie-Christine Marghem²⁰.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van sommige cassatieberoepen. – Ingediend door mevr. Martine Taelman en dhr. Patrick Vankrunkelsven²¹.

11) Gerechtelijk Wetboek, art. 1107. (Jaarverslag 2003-II, p. 364.)

Wetsvoorstel tot aanvulling van artikel 1107 van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het verloop van de terechtzitting voor het Hof van Cassatie. – Ingediend door mevr. Marie-Christine Marghem en dhr. Olivier Maingain²².

12) Strafwetboek, art. 240. (Jaarverslag 2006, p. 179.)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft verduistering gepleegd door personen die een openbaar ambt uitoefenen.- Ingediend door mevr. Sarah Smeyers e.a. ²³.

13) Wetboek van Strafvordering, artt. 172, 203 en 373. (Jaarverslag 2003, p. 268.)

Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 172, 203 en 373 van het Wetboek van Strafvordering, ter bepaling van het ogenblik waarop de termijn ingaat waarbinnen hoger beroep wordt ingesteld tegen de beslissingen die geacht worden op tegenspraak te zijn gewezen. – Ingediend door mevr. Marie-Christine Marghem en dhr. Olivier Maingain²⁴.

¹⁷ Senaat, 24 juni 2008, DOC 4-20/4.

¹⁸ Senaat, 26 juni 2008, DOC 4-20/5.

¹⁹ Kamer, 27 juni 2008, DOC 1286/001.

²⁰ Kamer, 25 okt. 2007, DOC 0272/001.

²¹ Senaat, 13 maart 2008, DOC 639/1.

²² Kamer, 25 okt. 2007, DOC 0265/001.

²³ Kamer, 13 mei 2008, DOC 1163/001.

²⁴ Kamer, 25 okt. 2007, DOC 0264/001.

14) Wetboek van Strafvordering, art. 407. (Jaarverslag 2005, p. 154.)

Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het verzuim van niet-substantiële vormvereisten betreft. – Ingediend door mevr. Sarah Smeyers en mevr. Els De Rammelaere²⁵.

15) Wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden. (Jaarverslag 2004, p. 337.)

Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden met het oog op de vereenvoudiging van de procedure inzake de regeling van rechtsgebied. – Ingediend door dhr. Tony Van Parys e.a.²⁶.

Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden voor wat betreft de verzachtende en de verzwarende omstandigheden. – Ingediend door dhr. Raf Terwingen e.a.²⁷.

Wetsontwerp houdende diverse bepalingen²⁸.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat de regeling van rechtsgebied betreft. – Ingediend door mevr. Sabien Lahaye-Battheu en mevr. Carina Van Cauter²⁹.

Wet van 8 juni 2008 houdende verschillende bepalingen (II), Hoofdstuk II. – Wijzigingen van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden³⁰.

16) Strafvuiteringsrechtbank. (Verslag 2007 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair comité belast met de wetsevaluatie³¹.)

Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafvuitvoeringsmodaliteiten. – Ingediend door mevr. Christine Defraigne³².

Tekst aangenomen door de Commissie voor de Justitie van de Senaat op 8 juli 2008³³, en in plenaire zitting van de Senaat op 18 juli 2008.

²⁵ Kamer, 11 april 2008, DOC 1068/001.

²⁶ Senaat, 5 maart 2008, DOC 612/1.

²⁷ Kamer, 6 maart 2008, DOC 0931/001.

²⁸ Kamer, DOC 1013/001, 20 maart 2008.

²⁹ Kamer, 2 juli 2008, DOC 1305/001.

³⁰ B.S. 16 juni 2008.

³¹ Gedr. St., Kamer, 19 febr. 2008, nr 0844/001, p. 29 en 30.

³² Senaat, 21 dec. 2007, DOC 497/1.

³³ Senaat, 16 juli 2008, DOC 497/5.

Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten. - Tekst doorgestuurd door de Senaat aan de Kamer³⁴.

17) Wet van 16 maart 1803 op het notarisambt (Jaarverslag 2001, p. 405.)

Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt wat betreft het instellen van hoger beroep tegen een tuchtstraf.- Ingediend door mevr. Sarah Smeyers e.a.³⁵.

In het verslag dat ik vorig jaar heb bezorgd aan het parlementair comité belast met de wetsevaluatie, heb ik gewezen op de moeilijkheden die zijn gerezen bij de toepassing van de wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming, bij de opvang van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en bij de vergoeding van de schade die dat feit heeft veroorzaakt en van de wet van 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd³⁶.

Op 13 maart 2008 heeft het Grondwettelijk Hof twee arresten uitgesproken betreffende sommige bepalingen van die wetten³⁷. Die arresten bevestigen het bestaan van de aangewezen moeilijkheden.

AFDELING 2 - NIEUWE VOORSTELLEN

1) Harmonisatie van de mandaten van de korpschefs

De wet van 18 december 2006³⁸ heeft weliswaar voor het eerst het beginsel van de evaluatie, zoals dat reeds gold voor de andere magistraten van de rechterlijke orde, uitgebreid tot de korpschefs van de hoven en rechtbanken en van het openbaar ministerie en het stelsel van het hernieuwbaar mandaat van vijf jaar ingevoerd, maar diezelfde wet heeft, paradoxaal genoeg, in haar overgangsbepalingen verschillen in behandeling vastgelegd die moeilijk te verantwoorden vallen.

Op dit ogenblik zijn er inderdaad verschillende statuten van toepassing. Het betreft, in de regel, de volgende:

- dat van de korpschefs die op 1 april 2000 in functie waren en die, op die datum, een nieuw mandaat konden aanvatten dat op 1 april 2007 voor een termijn van zeven jaar werd hernieuwd;
- dat van de korpschefs die na 1 april 2000 zijn aangewezen voor een hernieuwbaar mandaat van zeven jaar;

³⁴ Kamer, 18 juli 2008, DOC 1408.

³⁵ Kamer, 23 juni 2008, DOC 1272/001.

³⁶ Gedr. St., Kamer, 19 feb. 2008, nr. 0844/001, p. 31.

³⁷ B.S. 14 april 2008.

³⁸ B.S., 16 jan. 2007, p. 1678.

- dat van de korpschefs die na 1 mei 2007 zijn aangewezen voor een mandaat van vijf jaar dat eenmaal hernieuwbaar is.

De wet bepaalt overigens dat de korpschefs van wie het mandaat van zeven jaar verstrijkt na 31 augustus 2008 worden geëvalueerd. Die evaluatie, die uiterlijk op het einde van achtenzeventigste maand van het mandaat moet gebeuren, volgens dezelfde modaliteiten als die welke gelden voor de korpschefs die zijn aangewezen voor een hernieuwbare termijn van vijf jaar, is volstrekt doelloos.

Daarom wil dit voorstel:

- enerzijds, de evaluatie facultatief maken, in die zin dat de korpschefs die een mandaat van zeven jaar hebben gekregen en dat niet willen hernieuwen vrijgesteld worden,
- anderzijds, de duur van de mandaten gelijkschakelen, door de korpschefs die een mandaat van zeven jaar hebben gekregen, de gelegenheid te bieden dat mandaat met drie jaar te laten verlengen als hun evaluatie gunstig is,
- als tegenprestatie behouden enkel de korpschefs met een mandaat van zeven jaar dat niet wordt verlengd, de vergoeding van twee jaar loon bij het verstrijken van het mandaat behouden.

Er wordt voorgesteld de artikelen 16 en 18 van de wet van 18 december 2006 als volgt te wijzigen:

- In artikel 16, §1, van die wet wordt tussen het eerste en het tweede lid, het volgende lid ingevoegd: *“Dat mandaat wordt evenwel met drie jaar verlengd als de evaluatie gunstig is.”*
- Artikel 16, §2, van dezelfde wet wordt vervangen door de volgende bepaling: *“§2. De korpschefs van wie het mandaat van zeven jaar verstrijkt uiterlijk op 31 augustus 2008 en degenen die geen verlenging van hun mandaat wensen worden niet geëvalueerd.”*
- Artikel 18, eerste lid, van de wet wordt aldus aangevuld: *“tenzij hun mandaat ambtshalve werd verlengd voor een duur van drie jaar onder de voorwaarden bepaald in artikel 16, §1, tweede lid, van deze wet.”*

Ik meen dat het arrest nr. 122/2008 van 1 september 2008 van het Grondwettelijk Hof hetgeen voorafgaat niet doelloos maakt.

2) Wijziging van artikel 341 van het Gerechtelijk Wetboek

De wet van 3 mei 2003 (gepubliceerd in het B.S. van 2 juni 2003) heeft de artikelen 340, §2, 3 en 4 en 341, §1, van het Gerechtelijk Wetboek inzake de algemene vergaderingen van de hoven en rechtbanken gewijzigd³⁹.

De algemene vergadering geeft met name een advies over de kandidaten voor het ambt van korpschef.

³⁹ B.S., 2 juni 2003.

Artikel 341, §2, van het Gerechtelijk Wetboek somt de gevallen op waarin de niet beroepsmagistraten (de plaatsvervangende magistraten, de rechters in handelszaken en de raadsheren en rechters in sociale zaken) geen deel uitmaken van de algemene vergadering.

De wetgever van 2003 heeft blijkbaar het geval over het hoofd gezien waarin de algemene vergadering van een arbeidshof een advies moet geven over de kandidaten voor het mandaat van eerste voorzitter van of raadsheer in dat hof. Om duidelijk te zijn, in het geval van toepassing van artikel 340, § 4, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zou de algemene vergadering naast de beroepsmagistraten ook bestaan uit de raadsheren in sociale zaken om over die kandidaturen advies uit te brengen. Dat zou betekenen dat, voor het advies over beroepsmagistraten, de beslissingen in feite genomen zouden worden door de niet beroepsmagistraten omdat zij talrijker zijn.

Dat lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest, die daarover met geen woord reept.

De wetgever van 2006 (wetten van 17 mei 2006 en 18 december 2006) lijkt deze bijzondere toestand niet in overweging te hebben genomen.

Bijgevolg moet artikel 341, §2, van het Gerechtelijk Wetboek als volgt worden gewijzigd:

“In de gevallen bedoeld in artikel 340, § 2, 3°, 4°, 5° en 7°, § 3, 1° en §4, eerste lid, maken de plaatsvervangende magistraten, de rechters in handelszaken en de raadsheren en rechters in sociale zaken geen deel uit van de algemene vergadering.”

3) Beperking van het aantal advocaten bij het Hof van Cassatie

Krachtens artikel 478 van het Gerechtelijk Wetboek brengt de Koning het aantal advocaten bij het Hof van Cassatie.

Het koninklijk besluit van 10 augustus 1998 bepaalt dat aantal op twintig.⁴⁰

Misschien is het wel nuttig te verwijzen naar een arrest dat op 27 februari 2008 door het Duitse Grondwettelijk Hof⁴¹ is gewezen en dat heeft beslist:

- dat de goede werking van een Opperste Hof advocaten vereist die de rechtspraak van hun Hof door en door kennen en die de beroepen filteren;
- dat die gespecialiseerde advocaten economisch onafhankelijk moeten zijn, dit houdt in dat hun aantal moet worden beperkt op grond van het aantal dossiers;
- dat geen andere selectiemethode hetzelfde gunstig effect kan hebben voor de goede werking van het Hof.

4) Installatievergadering na de beslissing die een deskundigenonderzoek beveelt

⁴⁰ B.S. 25 aug.1998, p. 27211.

⁴¹ http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080227_1bvr129507.html.

De beoefenaars van het sociaal recht hebben erop gewezen dat binnen het kader van sociaalrechtelijke geschillen de « installatievergadering », zoals die voortaan is omschreven in de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek inzake het deskundigenonderzoek, een onwerkbaar instrument is.

Artikel 972 van het Gerechtelijk Wetboek, na zijn wijziging bij artikel 9 van de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek⁴², voorziet – voor zover de rechter daarvan met instemming van de partijen niet afziet – in het houden van een “installatievergadering”, na de beslissing die een deskundigenonderzoek beveelt. De partijen nemen deel aan die vergadering die plaatsvindt in de raadkamer en de deskundige kan telefonisch of via enig ander telecommunicatiemiddel worden bereikt, tenzij een van de partijen of de rechter vraagt dat hij persoonlijk voor deze verschijnt. Op die vergadering kan onder meer een eventuele aanpassing van de opdracht worden overeengekomen, kunnen de uitvoeringsmodaliteiten van de opdracht eventueel worden bijgestuurd (zoals de uitvoeringstermijn) en kan de totale kostprijs ervan worden geraamd of kan althans de berekeningswijze van de kosten en het honorarium van de deskundige en zijn eventuele technische raadgevers worden bepaald. De installatievergadering wil aldus de opdracht van het deskundigenonderzoek op een meer doeltreffende wijze omschrijven.

Dat nieuwe artikel 972 van het Gerechtelijk Wetboek kende een lauw onthaal. Zowel de organisatie als het nut van die installatievergadering riepen vele vragen op. Die kritiek kan zowel van algemene aard zijn en gelden voor elk geschil waarbij een deskundigenonderzoek wordt bevolen⁴³, als gericht zijn tegen specifieke aspecten, zoals de geschillen die tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren of die inzake aannemingsovereenkomsten⁴⁴.

Een van de kritieken wijst erop dat de organisatie van een vergadering die onder meer bedoeld is om de kosten van de opdracht te ramen, weinig zin heeft op een ogenblik waarop de deskundige de plaats nog niet heeft kunnen bezoeken; ook de noodzaak om die kosten te ramen lijkt twijfelachtig in de gevallen waar, zoals voor de arbeidsgerechten, het honorarium ingeschaald is. Sommige modaliteiten van de organisatie van die installatievergadering slaan met verstomming: de mogelijkheid om de deskundige telefonisch te bereiken bijvoorbeeld.

Ik stel dus voor om het vereiste van een instemming der partijen om af te zien van die installatievergadering te schrappen, aldus kunnen de nadelen ervan worden opgevangen, vooral voor de arbeidsgerechten.

⁴² B.S., 22 aug. 2007.

⁴³ cfr. noot D. MOUGENOT, "L'expertise dans tous ses états", *Le droit judiciaire en effervescence*, Brussel, 2007, p. 225 en 226.

⁴⁴ A. DEMOULIN en F. POTTIER, "La réforme de l'expertise judiciaire. Analyse critique des incidences envisageables pour le domaine de la construction", *Entr. Dr.*, 2008, p. 27 en 28.

Die suggestie zou op zijn minst subsidiair in aanmerking kunnen worden genomen bij de materies die tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren.

In nog meer ondergeschikte orde wijs ik op de suggestie om de installatievergadering, als bepaald bij artikel 972 van het Gerechtelijk Wetboek, te vervangen door een omschrijving « in twee tijden » van de opdracht van de deskundige, naar het Franse voorbeeld van zogenaamde "de la conférence"⁴⁵, die voortbouwt op een voorstel in die zin van de Hoge Raad van de Justitie. Ik meen mij bij dat voorstel te kunnen aansluiten als er geen meer ingrijpende oplossing wordt gevonden.

Kortom, de schrapping, in artikel 972, §1, van het Gerechtelijk Wetboek, van de woorden "met instemming van de partijen", hoort te worden voorgesteld.

5) Wanneer de rechter op verwijzing zich moet voegen naar de beslissing van het Hof van Cassatie betreffende het door dat Hof beslechte rechtspunt

Het Hof van Cassatie houdt bij zijn beslissingen rekening met eerdere uitspraken van het Grondwettelijk Hof, het Benelux Gerechtshof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en past, in voorkomend geval, zijn rechtspraak aan.

Op het interne vlak daarentegen is, na de vernietiging door het Hof van Cassatie van de bestreden beslissing met verwijzing, de verwijzingsrechter niet gebonden door hetgeen het Hof van Cassatie over het betwiste rechtspunt besliste. De verwijzingsrechter moet zich enkel naar de beslissing van het Hof van Cassatie over het beslechte rechtspunt voegen wanneer, na een eerste cassatie, tegen de tweede beslissing dezelfde middelen worden aangewend als tegen de eerste beslissing en het Hof van Cassatie, in verenigde kamers, deze tweede beslissing vernietigt op dezelfde gronden als bij de eerste cassatie (Artt. 1119 en 1120 Gerechtelijk Wetboek).

De vraag rijst of deze omslachtige procedure, die de rechtspleging in zeer aanzienlijke mate verlengt, nog verzoenbaar is met de vereiste van de behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn en of er niet dient nagedacht te worden over een meer proceseconomische regeling waarbij de verwijzingsrechter, reeds na een eerste cassatie, doch enkel wat de beslissing over het beslechte rechtspunt betreft, zich naar de beslissing van het Hof van Cassatie dient te voegen.

Een mogelijke oplossing zou erin kunnen bestaan het artikel 1119 Gerechtelijke Wetboek op te heffen en artikel 1120 van datzelfde wetboek te vervangen door de tekst :

"1120. Wordt de beslissing waartegen het cassatieberoep is gericht, vernietigd, dan voegt de feitenrechter naar wie de zaak is verwezen, zich naar de beslissing van het Hof van Cassatie betreffende het door dat hof beslechte rechtspunt."

⁴⁵ A. DEMOULIN en F. POTTIER, *op. cit.*, p. 28; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 224 tot 226.

6) Als gevolg van de wijziging bij wet van 21 april 2007, ontbreekt een komma in de Nederlandse versie van artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek

Ik kan aan het in deze rubriek geformuleerde probleem niet voorbijgaan, ook al is het volgens mij niet nodig om de bestaande tekst op dat punt te wijzigen.

Het probleem van de ontbrekende komma in de Nederlandse versie van artikel 1022, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, werd aan de orde gesteld door de pers. Dat verzuim zou tot gevolg hebben dat de rechter, volgens de Nederlandse versie van de tekst, niet op eigen initiatief de vergoeding kan verminderen of verhogen waartoe de verliezende partij in een proces kan worden veroordeeld.

Dat verzuim en de eventuele gevolgen ervan werd door twee volksvertegenwoordigers aangekaart tijdens een interpellatie van de Minister van Justitie van 26 februari 2008 ⁴⁶.

Wat zegt de gewraakte tekst ?

Franse versie: "A la demande d'une des parties, et sur décision spécialement motivée, le juge peut soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi."

Nederlandse versie: "Op verzoek van een van de partijen en op een met bijzondere redenen omklede beslissing, kan de rechter ofwel de vergoeding verminderen, ofwel die verhogen, zonder de door de Koning bepaalde maximum-en minimumbedragen te overschrijden."

Uit de lezing van beide versies concludeer ik het volgende: de vermindering of verhogen moet door één van de partijen worden gevraagd en de rechter moet zijn beslissing waarbij het verzoek wordt ingewilligd of verworpen, met bijzondere redenen omkleden. Het ontbreken van een komma in de Nederlandse versie lijkt mij niet het gevolg te hebben dat men eraan wil geven.

Zowel in de Nederlandse als in de Franse versie kan de rechter niet ambtshalve de vergoeding verminderen of verhogen : het gebeurt steeds op verzoek van één van de partijen.

Wat sommige parlementsleden werkelijk willen is, dat de rechter ambtshalve de vergoeding kan toekennen of verhogen ; het verzoek uitgaande van één van de partijen is geen *conditio sine qua non* meer van de beslissing ⁴⁷. Vanuit dat oogpunt evenwel, lijkt mij de aanvulling van de ontbrekende komma geen passende verantwoording te zijn.

⁴⁶ Parl. St., Kamer., Comm. Justitie, 26 feb. 2008, CRIV 52 COM 117, p. 14.

⁴⁷ Zie voorstel R. LANDUYT, Parl. St., Kamer, nr. 1049/1, en voorstel K. SCHRUYERS en R. TERWINGEN, Parl. St., Kamer, nr. 930/1.

De goedkeuring van dergelijke voorstellen kan volgens mij daarenboven een nieuw specifiek probleem creëren : kan de rechter ambtshalve de vergoeding verminderen of verhogen waartoe de partij wordt veroordeeld die in het ongelijk wordt gesteld, zonder dat hij de partijen heeft gehoord ? Ik denk het niet, vermits de veroordeling in de kosten hoe dan ook een sanctie is die wordt uitgesproken ten voordele van de winnaar van het proces. Bijgevolg kan de beslissing tot vermindering alleen worden genomen nadat de winnaar van het proces werd gehoord en de verhoging kan alleen worden overwogen na de verliezer van het proces te hebben gehoord.

Kortom, wat het kommaprobleem betreft, lijkt het mij nodig noch opportuun, een wijziging van de bestaande tekst voor te stellen.

7) Hervorming van de cassatieprocedure in strafzaken

In 2005 bracht Prof. M. FRANCHIMONT, die werd belast met de hervorming van de strafvordering, iedereen ter kennis dat de Commissie niet de bedoeling had wijzigingen aan te brengen aan de bestaande regeling van het cassatieberoep in strafzaken. Hij vroeg evenwel of het Hof van Cassatie eventueel zelf voorstellen kon formuleren. Ingevolge deze vraag werd in 2005, in de schoot van het Hof van Cassatie, een speciale werkgroep opgericht, bestaande uit leden van de zetel en van het parket, om voorstellen uit te werken voor de hervorming van de cassatieprocedure in strafzaken.

De teksten, die in juni 2005 door deze werkgroep werden voorgesteld aan de Commissie voor de Justitie van de Senaat, werden uiteindelijk opgenomen in het Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht (artikelen 551 tot 575) en werden, met enkele kleine aanpassingen, aangenomen door de Senaat (Belgische Senaat, zitting 2005-2006, 3 – 450/21 en 3 – 450/25). In de Kamer van Volksvertegenwoordigers is het nooit tot een stemming gekomen en het wetsvoorstel is bijgevolg vervallen door de ontbinding van de wetgevende kamers in 2007.

Na overleg met de magistraten-penalisten van mijn parket, lijkt het mij aangewezen de aandacht van het Parlementair Comité te vestigen op deze voorstellen, die tot doel hebben meer coherentie te brengen in de cassatieprocedure in strafzaken, waarvan de regels vereenvoudigd, verduidelijkt, aangevuld en gemoderniseerd worden. Het feit dat deze voorstellen reeds eerder tot een consensus hebben geleid in de Senaat, sterkt mij in mijn overtuiging dat een nieuw wetgevend initiatief, dat beperkt zou blijven tot de materie van de cassatieprocedure in strafzaken, op basis van deze tekstvoorstellen, alle kansen op slagen zou hebben.

Voor de voorlichting van het Parlementair Comité stuur ik een kopie toe van de in de Senaat goedgekeurde tekst, evenals de Nederlandstalige en de Franstalige versie van de oorspronkelijke tekst van de werkgroep, met een bespreking van de verschillen tussen beide teksten. Deze laatste documenten werden overigens ook opgenomen in het Jaarverslag 2005 van het Hof van Cassatie.

8) Ruimere mogelijkheden tot verbeurdverklaring in het kader van de strijd tegen het witwassen

In een artikel gewijd aan de wijzigingen aangebracht door de Wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake de heling en inbeslagneming, aan artikel 505 van het Strafwetboek, besluit Damien Vandermeersch dat, ofschoon het de bedoeling van de wetgever was de doelmatigheid van de strijd tegen het witwassen en de samenhang van de preventieve en repressieve bepalingen te verhogen, men zich kan afvragen of de nieuwe bepalingen van deze wet niet tot gevolg zullen hebben dat de vervolging wegens witwassen nog ingewikkelder wordt⁴⁸.

Over de uitbreiding van de mogelijkheden tot verbeurdverklaring van een bedrag dat gelijk staat aan het voorwerp van de witwassing, schrijft hij met name : "*alors que l'intention du législateur était de clarifier le régime applicable en matière de confiscation, il semble que l'on soit arrivé au résultat opposé.*"

Hij stelt vervolgens verschillende problemen aan de orde, welke door de toepassing van deze nieuwe wetsbepalingen worden veroorzaakt en die volgens mij de aandacht van de wetgever verdienen.

9) Aanpassen van de bepalingen die de rechtspleging vaststellen, toepasselijk op de vervolging en het onderzoek van misdaden en wanbedrijven, gepleegd door magistraten en sommige hoge ambtenaren, aan de verschillende hervormingen van het strafprocesrecht

In de loop van het voorbije gerechtelijk jaar diende het Hof van Cassatie kennis te nemen van een zaak waarin werd aangevoerd dat het Wetboek van Strafvordering en de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, geen bepalingen bevatten welke de handhaving van de voorlopige hechtenis kunnen wettigen van degene die door de federale procureur, met toepassing van de regels van voorrecht van rechtsmacht, is gedagvaard⁴⁹.

In de conclusie die hij in deze zaak heeft neergelegd, herinnert advocaat-generaal VANDERMEERSCH eraan dat de artikelen 479 en volgende van het Wetboek van Strafvordering, de rechtspleging bepalen, toepasselijk op de vervolging en het onderzoek van misdaden en wanbedrijven, gepleegd door magistraten en sommige hoge ambtenaren.

Hij wijst erop en betreurt dat deze regels niet werden aangepast aan de verschillende hervormingen van ons strafprocesrecht, inzonderheid deze inzake de voorlopige hechtenis en de hervorming-Franchimont (Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek).

⁴⁸ "*Les nouveautés en matière de répression du blanchiment*", *J.T.*, 2008, p. 265 tot 267.

⁴⁹ Cass., 27 feb. 2008, AR P.08.0305.F, met concl. advocaat-generaal Vandermeersch.

Hij is evenwel van mening dat hier het gemeen recht inzake strafrechtspleging en voorlopige hechtenis van toepassing is, in zoverre dat verenigbaar is met het bijzonder stelsel van de artikelen 479 en volgende van het Wetboek van Strafvordering.

In het geval van misdaden, gepleegd door ambtenaren of magistraten met voorrecht van rechtsmacht, bepaalt artikel 480 van het voormelde wetboek dat, enerzijds, de eerste voorzitter, de magistraat van het hof van beroep aanwijst die het ambt van onderzoeksrechter zal waarnemen en, anderzijds, de procureur-generaal bij dat hof de magistraat aanwijst die het ambt van openbaar ministerie zal waarnemen.

Overeenkomstig artikel 482*bis* van het Wetboek van Strafvordering worden de mededaders van en de medeplichtigen aan het misdrijf waarvoor degene die voorrecht van rechtsmacht geniet wordt vervolgd, en de daders van samenhangende misdrijven, samen met hem vervolgd en berecht.

Advocaat-generaal VANDERMEERSCH stelt vast dat ofschoon geen enkele bijzondere bepaling het stelsel van de voorlopige hechtenis regelt in het geval iemand met voorrecht van rechtsmacht wordt vervolgd, algemeen wordt aangenomen dat, wanneer een bevel tot aanhouding moet worden uitgevaardigd, de rechter die het ambt van onderzoeksrechter vervult, dit kan verlenen onder de voorwaarden die bij artikel 16 van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis zijn bepaald. In dat geval is de kamer van inbeschuldigingstelling bevoegd om, naargelang van het geval, het maandelijks of driemaandelijks toezicht op de handhaving van de voorlopige hechtenis uit te oefenen en doet zij uitspraak in eerste en laatste aanleg.

Op het einde van het onderzoek in zake van iemand die voorrecht van rechtsmacht geniet en die wegens een misdaad wordt vervolgd, kan, naargelang het geval, de procureur-generaal of de federale procureur, ofwel de zaak bij de kamer van inbeschuldigingstelling aanhangig maken met een vordering tot correctionalisering van de misdaad of tot verwijzing naar het hof van assisen, ofwel, indien de misdaad kan worden gecorrectionaliseerd, zelf de misdaad met aanneming van de verzachtende omstandigheden correctionaliseren, overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van de Wet van 4 oktober 1967 op de verzachtende omstandigheden en rechtstreeks de inverdenkinggestelde en de eventuele mededaders en medeplichtigen voor het hof van beroep dagvaarden, overeenkomstig artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering⁵⁰.

In de zaak die aan het Hof was voorgelegd, rees de vraag welk stelsel van voorlopige hechtenis in deze fase van de rechtspleging toepasselijk is.

In zijn conclusie merkt advocaat-generaal VANDERMEERSCH op dat in het geval van rechtstreekse dagvaarding voor wanbedrijven of door het openbaar ministerie gecorrectionaliseerde misdaden, het onderzoeksgerecht niet optreedt bij het afsluiten van het onderzoek zodat, in dat geval, dat gerecht niet de gelegenheid heeft om een

⁵⁰ Cass., 13 juni 2001, AR P.01.0407.F, A.C., 2001, nr. 354, R.D.P.C., 2002, p. 104.

afzonderlijke en gemotiveerde beschikking te wijzen tot handhaving van de voorlopige hechtenis, overeenkomstig artikel 26, § 3, van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. Zelfs wanneer de zaak, bij het afsluiten van het onderzoek, aanhangig wordt gemaakt bij de kamer van inbeschuldigingstelling, met het oog op correctionalisering van de misdaden, is deze niet bevoegd om de telastleggingen te beoordelen en de in verdenking gestelden naar het vonnisgerecht te verwijzen. In deze gevallen wordt aangenomen dat alleen de procureur-generaal (of de federale procureur) de zaak met een rechtstreekse dagvaarding bij het vonnisgerecht aanhangig kan maken.

De vraag die hier rijst is, of op het einde van het onderzoek verplicht een einde komt aan de voorlopige hechtenis van degenen die voorrecht van rechtsmacht genieten en van hen die gelijktijdig met hen worden vervolgd.

Op eensluidende conclusie van advocaat-generaal VANDERMEERSCH, heeft het Hof beslist dat in het geval van een vervolging die door artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering wordt geregeld, de afsluiting van het onderzoek en de aanhangigmaking van de zaak bij het bodemgerecht, door rechtstreekse dagvaarding van het openbaar ministerie, geen einde maken aan de voorlopige hechtenis maar dat het stelsel van voorlopige hechtenis wordt toegepast dat geldt na het afsluiten van het onderzoek wanneer aan de voorlopige hechtenis geen einde wordt gemaakt, te weten datgene wat is vastgelegd in artikel 27 van de Wet van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. In deze fase kan de beklaagde dus vragen, met een verzoekschrift bij het vonnisgerecht waar de zaak aanhangig is, om te worden vrijgelaten.

Men kan ongetwijfeld betreuren, net als advocaat-generaal VANDERMEERSCH in zijn conclusie, dat de regels welke de rechtspleging bepalen, voor de vervolging en het onderzoek van misdaden en wanbedrijven, gepleegd door magistraten en sommige hoge magistraten, niet uitdrukkelijk werden aangepast aan de verschillende hervormingen van ons strafprocesrecht, inzonderheid deze inzake de voorlopige hechtenis en de hervorming-Franchimont.

Het is dus wenselijk dat de hierboven ontwikkelde beginselen in wetteksten worden bekrachtigd.

10) Wet van 17 mei 1996 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten

In het verslag van vorig jaar aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, heb ik reeds de gelegenheid gehad de aandacht te vestigen op verschillende zware moeilijkheden die aan het licht zijn gekomen bij de gedeeltelijke inwerkingtreding van de voormelde wet ⁵¹.

⁵¹ Parl. St., Kamer, 19 feb. 2008, 2007-2008, nr. 0844/001, p. 30.

Hoewel alternatieven werden voorgesteld, ben ik verheugd dat de wetgever daaraan gevolg heeft gegeven door een wetsvoorstel in te dienen dat mijn volle steun wegdraagt ⁵².

Niettegenstaande deze vooruitgang op wetgevend vlak, dient de huidige wet ongetwijfeld ook globaal te worden geëvalueerd.

Het ogenblik is nu aangebroken om de regels te wijzigen van het gebruik der talen, welke discriminerend overkomen.

Het probleem van het gebruik der talen voor de strafuitvoeringsrechtbanken wordt geregeld door de artikelen 23*bis* en 23*ter* van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, ingevoegd bij de artikelen 45 en 46 van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden.

De strafuitvoeringsrechtbanken gelegen in een eentalig gebied, gebruiken de taal van dat gebied. Zo wordt voor de strafuitvoeringsrechtbanken in de rechtsgebieden van de hoven van beroep te Antwerpen en te Gent, de rechtspleging in het Nederlands gevoerd, terwijl voor de strafuitvoeringsrechtbanken in de rechtsgebieden van de hoven van beroep te Bergen en te Luik, de rechtspleging in het Frans wordt gevoerd ⁵³.

Voor de strafuitvoeringsrechtbank van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Luik, wordt de rechtspleging in het Frans gevoerd, tenzij de veroordeelde alleen Duits kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt, in welk geval de rechtspleging in het Duits wordt gevoerd ⁵⁴.

Voor de bepaling van het taalgebruik voor de strafuitvoeringsrechtbanken van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Brussel, neemt de wet de taal in aanmerking waarin de zwaarste straf werd opgelegd. Voor deze rechtbanken wordt de rechtspleging bijgevolg in het Frans of in het Nederlands gevoerd naargelang de taal van het vonnis of het arrest dat de zwaarste straf oplegt ⁵⁵.

Er dient evenwel op gewezen dat sommige strafinrichtingen die onder de strafuitvoeringsrechtbanken van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Brussel vallen, in een eentalig Frans (Andenne, Ittre en Nivelles) of Nederlands (Leuven, Mechelen en Dendermonde) taalgebied zijn gelegen.

Ofschoon voor de strafinrichtingen gelegen in het Brussels Gewest de rechtspleging verplicht bepaald lijkt door de taal waarin het vonnis of arrest is uitgesproken dat de

⁵² Zie Paragraaf I, punt 16), hoger.

⁵³ Art. 23*bis*, tweede lid, *in fine* en 23*ter*, tweede lid, Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

⁵⁴ Artt. 23*bis*, tweede lid, *in fine* en 23*ter*, tweede lid, Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

⁵⁵ Art. 23*bis*, tweede lid, Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

zwaarste straf oplegt ⁵⁶, ook als de veroordeelde gedetineerde die taal niet kent of zich gemakkelijker in een andere landstaal uitdrukt, zou voor de inrichtingen welke onder de rechtbanken van hetzelfde rechtsgebied vallen maar die in een eentalige regio zijn gelegen, de taal van de rechtspleging bepaald kunnen worden door de keuze door de veroordeelde gedetineerde van de strafuitvoeringsrechtbank, indien de inrichting waar hij is opgesloten in een eentalige regio ligt waarvan de taal verschilt van deze waarin het vonnis of arrest is uitgesproken dat hem de zwaarste straf oplegt en die hij daar uitzit ⁵⁷.

Volgens het ontwerp van wet houdende oprichting van strafuitvoeringsrechtbanken, beogen de bepalingen die het gebruik der talen voor de strafuitvoeringsrechtbanken regelen de "*omzetting van de regels vermeld in de Wet van 18 maart 1998 tot instelling van de commissies voor de voorwaardelijke invrijheidstelling. Ingeval de veroordeelde gedetineerd is in een ander taalgebied dan dat waarin de rechtbank is gelegen die hem veroordeeld heeft, kan hij de strafuitvoeringsrechtbank aanwijzen die zijn dossier zal behandelen*" ⁵⁸.

De memorie van toelichting maakte geen onderscheid naargelang het andere taalgebied eentalig of tweetalig is en wilde de vroegere toestand, toepasselijk op de commissies voor de voorwaardelijke invrijheidstelling, handhaven.

De Wet van 18 maart 1998 tot instelling van de commissies voor de voorwaardelijke invrijheidstelling, bepaalde dat voor de strafinrichtingen gelegen in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad, de rechtspleging in het Frans of in het Nederlands wordt gevoerd naargelang van de taal van het vonnis of het arrest waarbij de zwaarste straf is opgelegd⁵⁹, maar dat een veroordeelde die onder de bevoegdheid ressorteert van een commissie waarvan hij de taal niet kent of die zich gemakkelijker uitdrukt in de taal van een andere commissie, kan vragen om de behandeling van zijn dossier over te dragen aan een commissie waarvan hij de taal kent of van de taal waarin hij zich gemakkelijker uitdrukt ⁶⁰.

Het lijkt de wil van de wetgever te zijn geweest de veroordeelde toe te staan een strafuitvoeringsrechtbank te kiezen van een ander taalstelsel, wanneer hij een andere landstaal dan deze van de rechtbank spreekt.

Het is jammer dat de wetgever voor de verzoeken tot taalwijziging de taal als maatstaf heeft genomen waarin de zwaarste veroordeling werd uitgesproken, wat, wanneer er meerdere beklaagden zijn, niet noodzakelijk de taal is waarvan de veroordeelde zich bedient of waarin hij zich gemakkelijker uitdrukt, in plaats van de

⁵⁶ Art. 23bis, tweede lid, Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

⁵⁷ Art. 23ter, eerste lid, Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

⁵⁸ Parl. St., Senaat, 2004-2005, 3-1127/1, p. 13.

⁵⁹ Art. 2, § 3, vierde lid, W. 18 maart 1998 tot instelling van de commissies voor de voorwaardelijke invrijheidstelling.

⁶⁰ Art. 2, § 4, W. 18 maart 1998 tot instelling van de commissies voor de voorwaardelijke invrijheidstelling.

klassieke maatstaf van kennis van de taal of het zich gemakkelijker in die taal uitdrukken.

Wat dat betreft, zijn de bepalingen van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken overigens in strijd met deze van het Koninklijk Besluit van 29 januari 2007 tot vaststelling van de territoriale bevoegdheid van de strafuitvoeringsrechtbanken, krachtens welke de maatstaf van de taal waarin de zwaarste straf werd opgelegd alleen geldt voor de veroordeelden die gedetineerd zijn in de strafinrichtingen gelegen in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad ⁶¹.

11) Gebruik der talen in gerechtszaken en verwijzing van het Hof van Assisen te Luik naar een ander hof van assisen waar de rechtspleging in het Nederlands wordt gevoerd

In de loop van het voorbije gerechtelijk jaar, heeft het Hof kennis moeten nemen van een zaak waarin zich, door een lacune in de wetgeving, het probleem stelde van de verwijzing door de kamer van inbeschuldigingstelling te Luik van een beschuldigde die zich in het Nederlands uitdrukt, naar een hof van assisen waar de rechtspleging in het Nederlands wordt gevoerd ⁶².

Het Hof heeft beslist dat noch uit de artikelen 1 en 2 van de Wet van 24 maart 1980, noch uit artikel 1 van de Wet van 23 december 1985, noch uit de artikelen 366 en 367 van de Gewone wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, blijkt dat de wetgever met deze bepalingen tot wijziging van de artikelen 1, 19 en 20 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, het recht heeft willen afschaffen dat de voormelde artikelen 19 en 20 toekennen aan de beschuldigde die alleen Nederlands kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt en die voor het Hof van Assisen van de provincie Luik moet worden gebracht om, zo hij daarom verzoekt, naar een hof van assisen te worden verwezen waar de rechtspleging in het Nederlands wordt gevoerd.

Wij zijn verheugd over het wetsvoorstel dat op 9 mei 2008 door Mevr. Sarah SMEYERS e.a. is neergelegd, tot wijziging van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, wat de verwijzing van de beschuldigten naar het hof van assisen betreft. Dat voorstel geeft een wetgevend antwoord op een probleem waarvoor het Hof een oplossing heeft moeten vinden ⁶³.

12) Toepassing van de wet van 3 juli 1974 op de werknemers uit de openbare sector

De praktijk toont aan dat de toepassing van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, moeilijkheden kan opleveren wanneer zij de betrekkingen

⁶¹ Art. 2 tot 4, K.B. van 29 jan. 2007 tot vaststelling van de territoriale bevoegdheid van de strafuitvoeringsrechtbanken,.

⁶² Cass., 27 feb. 2008, AR P.08.0101.F, met concl. advocaat-generaal Vandermeersch.

⁶³ Parl. St., Kamer., 2007-2008, nr. 1158/001.

tussen een werknemer en een werkgever uit de openbare sector regelt. Deze moeilijkheden zijn tweërlei.

In sommige gevallen ligt het probleem bij de toepassing van de wet in de openbare sector, ofwel omdat zij moeilijk toepasselijk is, ofwel omdat men zich vragen stelt over de relevantie van haar toepasselijkheid : dit is het geval voor de opname in de arbeidsovereenkomst van een scholingsbeding. In andere gevallen gaat de discussie over het verschil in behandeling tussen statutaire en contractuele ambtenaren.

Tijdens een recente wetenschappelijke bijeenkomst heeft professor Jean JACQMAIN een aantal van die moeilijkheden geschetst, die aan de recente wijzigingen van de wet van 3 juli 1978, te wijten zijn⁶⁴.

Het is de moeite waard om de aandacht van de wetgever te vestigen op de volgende aspecten die door deze auteur worden uiteenzet.

a. Het scholingsbeding, dat de werkgever verzekert van de terugbetaling van de uitgaven die hij aan de opleiding van de werknemer heeft besteed, indien deze vóór een bepaalde, door de partijen overeengekomen datum, ontslag neemt.

Volgens artikel 22bis, § 4, derde streepje, van de wet van 3 juli 1978, zoals gewijzigd bij wet van 27 december 2006, « wordt het scholingsbeding geacht onbestaande te zijn ‘wanneer de aan de werkgevers gegeven vorming voortvloeit uit een wettelijke of reglementaire bepaling om het beroep waarvoor de werknemer werd aangeworven uit te oefenen’...deze zin moet in één ruk worden doorgelezen : daarin worden alleen de gevallen bedoeld waarin men, naar luid van een wetgeving of reglementen, een bijzondere kwalificatie moet hebben verworven om een bepaald beroep uit te oefenen. Met andere woorden, dit heeft normaliter geen betrekking op de openbare diensten waar, om voor een betrekking, zelfs contractueel, in aanmerking te komen, men het diploma moet hebben dat daartoe toegang verleent ». (vrije vertaling)

Artikel 22bis, § 1^{er}, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 biedt « de mogelijkheid het scholingsbeding uit te sluiten voor ‘bepaalde categorieën van werknemers en/of vormingen’(buiten de gevallen van niet-toepasselijkheid, bedoeld in § 4), maar... veronderstelt een ‘collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in het bevoegde paritair comité en algemeen verbindend verklaard door de Koning’. Dat maakt de mogelijkheid onbruikbaar in de meeste openbare diensten ; slechter nog, de formulering laat geen plaats voor een andere juridische techniek zoals een reglementair koninklijk besluit, ofschoon er sectoren zijn (bijvoorbeeld de gezondheidszorg) waar privé- en openbare instellingen naast elkaar bestaan of met elkaar concurreren. »⁶⁵ (vrije vertaling)

⁶⁴ « Attention, il mord : le contrat de travail dans les services publics », in *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 25 e.v.

⁶⁵ Op. cit. p. 28.

« Ook de vergelijking tussen statutairen en contractuelen levert verrassingen op. Buiten de militairen waarvoor uiteindelijk een wetgevende oplossing is gevonden, bestaat er geen equivalente juridische techniek voor een scholingsbeding voor personeelsleden die met een eenzijdige beslissing van de overheid zijn aangeworven. Die kan nog net het ontslag weigeren indien haar statuut dit toestaat ; dan nog moet een dergelijke beslissing in overeenstemming zijn met de vereisten van de wet van 29 juli 1991 wat de vorm van de motivering betreft. Dit contrast zou sommige ‘managers’ van instellingen ... welke aanzienlijke budgetten aan verplichte beroepsopleidingen besteden, misschien wel op onzalige ideeën kunnen brengen : de mogelijkheid om een scholingsbeding op te leggen mag geen argument zijn om de voorrang, verleend aan de statutaire rekrutering, in het gedrang te brengen.» ⁶⁶ (vrije vertaling)

b. Vaderschapsverlof.

« ... Het contractueel personeel heeft de verlenging ervan verkregen tot 10 dagen (artikel 30, § 2, van de Wet van 3 juli 1978, ingevoegd bij de Wet van 10 augustus 2002), doch het verlof geldt uitsluitend voor de vader, terwijl de verordenende bepaling (waarvan de contractuelen voortaan zijn uitgesloten), geldt voor ‘de ambtenaar’ (dus ook een vrouw) die met de moeder van de nieuwgeborene samenwoont.» ⁶⁷ (vrije vertaling)

c. Adoptieverlof.

« Artikel 30, § 3, van de Wet van 3 juli 1978 (Wet van 10 augustus 2002, vervolgens de Programmawet van 3 juli 2004) voegt niets toe, zowel voor de statutairen als de contractuelen, aan de reeds bestaande reglementen. Het Koninklijk Besluit van 12 oktober 2005 preciseert dus in artikel 1, § 3, van het Koninklijk Besluit van 19 november 1998, dat laatstgenoemden niet tegelijkertijd de wet van 3 juli 1978 kunnen aanvoeren en de verordenende bepaling ; de (minimum) bescherming tegen ontslag die bij artikel 30, § 3, is geregeld, is in alle gevallen van toepassing, vermits zij beantwoordt aan een vereiste van Europees gemeenschapsrecht.» ⁶⁸ (vrije vertaling)

d. Onthaalverlof.

« ...in artikel 1, § 3, van het Koninklijk Besluit van 19 november 1998, moet worden opgenomen dat het zeer gunstige stelsel (gelijk aan dat van het adoptieverlof) dat zowel aan statutairen als contractuelen is toegekend, niet kan worden gecumuleerd met de bescheiden bepalingen (maximum 10 dagen per jaar) die de Programmawet van 27 april 2007, in de Wet van 3 juli 1978 (art. 30quater) invoegt.» ⁶⁹ (vrije vertaling)

⁶⁶ Op. cit. p.28-29.

⁶⁷ Op. cit. p.30.

⁶⁸ Op. cit. p. 30.

⁶⁹ Op. cit. p. 30.

e. Controle van de afwezigheden wegens medische redenen ⁷⁰.

Ter herinnering, het Koninklijk Besluit van 17 januari 2007 voert in het Koninklijk besluit van 19 november 1998, de controlenormen in voor afwezigheden wegens ziekte in de overheidsdiensten.

- « Aldus legt het nieuwe artikel 61 van het Koninklijk Besluit van 19 november 1998, aan de betrokken personeelsleden op om een medisch getuigschrift toe te zenden aan MEDEX (de nieuwe benaming van de A.G.D. na Copernicus) en niet aan de werkgever, zoals vereist bij artikel 31, §1, tweede lid, van de Wet van 3 juli 1978. Doch de tegenstelling valt weg zodra men paragraaf 8 inroept, een passe-partout op de bijzondere reglementen van de openbare diensten. » (vrije vertaling)

- « Het Koninklijk Besluit van 17 januari 2007 gaat samen met de uitleggende omzendbrief nr. 568 van 13 februari 2007...Op zichzelf brengt onregelmatige afwezigheid (behalve bij overmacht) weliswaar specifieke negatieve gevolgen met zich mee, doch daar blijft het bij: voor statutairen wordt een ongewettigde dag aangerekend als een dag non-actief, zonder wedde noch recht op promotie en met verlies van een maand financiële anciënniteit (alsook van de voor het pensioen in aanmerking komende anciënniteit); voor de contractuelen, een overeenkomstig gegarandeerd weddeverlies en een identiek gevolg voor de financiële anciënniteit.” (vrije vertaling)

- Ziekte die in de loop van de dag is ontstaan.

”Statutairen bevinden zich in dit geval in dienstactiviteit met behoud van wedde ; contractuelen moeten volgens artikel 27, eerste lid, 2°, van de wet van 3 juli 1978 doorbetaald worden. Indien de onderbroken dag echter de eerste dag vormt in een periode van afwezigheid wegens ziekte, heeft artikel 52, §1, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 de auteurs van de omzendbrief ertoe gedwongen een harmonisatie te improviseren... die bepaling transformeert de dag die krachtens artikel 27, eerste lid, 2°, is uitbetaald, in een eerste dag van gewaarborgd loon. De omzendbrief breidt die oplossing uit tot alle contractuelen, wat strijdig is met artikel 70 ; voor statutairen wordt de eerste dag met terugwerkende kracht in rekening gebracht van het ziektekapitaal, wat absurd is, aangezien die dag telde als dienstactiviteit... het koninklijk besluit van 19 november 1998 zal zelf in een logischere regel moeten voorzien”. (vrije vertaling)

- Carensdag.

”De vakbonden van de openbare diensten hebben lang de afschaffing van de carensdag geëist... In de federale administratie wordt krachtens het koninklijk besluit van 11 februari 1991 betreffende de geldelijke rechten van contractuelen, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 10 juni 2006, dus de normale bezoldiging toegekend die met de carensdag overeenstemt, maar niet alle andere overheden hebben reeds soortgelijke maatregelen genomen”. (vrije vertaling)

⁷⁰ Op. cit., p. 32-33.

f. De deontologische regels ⁷¹.

“ ... Het koninklijk besluit van 14 juni 2007 heeft deel II van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 geherstructureerd en aangevuld, waarbij artikel 14ter eindelijk het geheim achter de ‘deontologie’ ontsluit : het betreft de ‘meest geëigende gedragsregels om de bepalingen van de artikelen 7 tot 13 toe te lichten, evenzeer als deze die gegrond zijn op andere wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de rechten en de plichten van de ambtenaren’.... Maar indien dit ‘kader’ zijn reglementaire basis vindt in het statuut van de ambtenaren, kan het uiteraard niet van toepassing zijn op de contractuelen ; hoe kan de logica achter artikel 14ter van toepassing zijn op laatstgenoemden ? Van meet af aan kan worden vastgesteld dat de wet van 3 juli 1978 weinig oplossingen biedt, de artikelen 16, 17 en 20 van die wet komen niet goed overeen met de kwesties die behandeld worden in deel II van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937. De federale overheid moet dus langs reglementaire weg de rechten en plichten van de contractuelen omschrijven die niet toegelicht worden in de wet van 3 juli 1978 (waarbij zij uiteraard de dwingende bepalingen van die wet eerbiedigt : art. 6) ; de eigen bevoegdheid van de uitvoerende macht (art. 107 van de Grondwet voor de federale overheid), zou hiertoe moeten volstaan, maar in dit geval machtigt artikel 4, § 2, 1^o, van de wet van 22 juli 1993 de Koning om de ‘arbeidsvoorwaarden’ van de contractuelen vast te stellen... Eens die grondslag vastgelegd is, kan men overwegen het ‘deontologische kader’ ook tot de contractuelen uit te breiden ; toch zal men nog (zoals dit overigens ook voor statutairen gebruikelijk is) de arbeidsreglementen moeten aanpassen”. (vrije vertaling)

Uit die vaststellingen, die de gerechten problemen kunnen bezorgen wanneer ze hiermee geconfronteerd worden in het kader van geschillen met betrekking tot het sociaal recht van het openbaar ambt, valt de algemene conclusie te trekken dat de wetgever aanbevolen moet worden de grootste voorzichtigheid aan de dag te leggen wanneer hij wijzigingen aanbrengt aan de wetgeving inzake arbeidsovereenkomsten. Elke wijziging, hoe beperkt ook, kan gevolgen teweegbrengen voor de respectieve situaties van de werknemers in de openbare sector, ongeacht de regeling waaronder ze vallen. De gevolgen van die wijzigingen moeten voorzien worden door met name te voorzien in de overeenstemming van de nieuwe bepalingen van de wet van 3 juli 1978 met de statutaire bepalingen die van toepassing zijn op elke categorie ambtenaren van het openbaar ambt.

13) Oprichting van een Fonds, zonder rechtspersoonlijkheid, voor de vergoeding van ongevallen bij gezondheidszorg

Art. 12, § 1, van de wet van 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (*B.S.*, 6 juli 2007), richt een “Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij gezondheidszorg” op, waaraan het verschillende opdrachten toevertrouwt die alle, op uiteenlopende wijze, bijdragen tot de vergoeding van

⁷¹ Op. cit. p. 34.

dergelijke schade⁷². Dat fonds neemt de vorm aan van een « Staatsdienst met afzonderlijk beheer » in de zin van artikel 140 van de gecoördineerde wetten van 17 juli 1991 op de Rijkscomptabiliteit⁷³. Ter herinnering, de « Staatsdienst met afzonderlijk beheer » is een dienst van het centraal bestuur waarvan de werking zodanige kenmerken en eisen vertoont, dat hij een budgettair en een boekhoudkundig stelsel krijgt dat afwijkt van de normale regels die op een dergelijk bestuur van toepassing zijn en die hem een bepaalde autonomie ten aanzien van dat bestuur geven⁷⁴; aangezien een dergelijke dienst zich van het centraal bestuur alleen onderscheidt door zijn boekhoudkundige en budgettaire organisatie en overigens geen rechtspersoonlijkheid bezit, kan op die organisatievorm geen beroep gedaan worden wanneer de wetgever de dienst, waaraan hij een dergelijk statuut toekent, opdrachten en bevoegdheden wenst toe te vertrouwen die eerder de oprichting van een organisme op grond van functionele decentralisatie vereist.

Wie de keuze van dat statuut aftoetst tegen de opdrachten van het Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij de gezondheidszorg, zal beslist verontrust raken door de opmerkingen die de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft gemaakt in de loop van de ontwerpfase van die wet: in substantie werd eraan herinnerd dat het aannemen van de vorm van een « Staatsdienst met afzonderlijk beheer » een budgettaire techniek vormt die niet strookt met de kenmerken die een instantie, waaraan de wetgever opdrachten en bevoegdheden toekent zoals die welke opgesomd worden in artikel 14 van de wet van 15 mei 2007, hoort te hebben: de hoedanigheid van Staatsdienst met afzonderlijk beheer voorziet enkel in een budgettair stelsel dat verschilt van dat van de andere diensten van het algemeen bestuur, maar verleent geen rechtspersoonlijkheid aan de diensten met dit statuut; zonder die rechtspersoonlijkheid kan een dergelijke dienst met name niet in rechte optreden⁷⁵; hoewel de wetgever een beroep doet op dit statuut “zonder rechtspersoonlijkheid”, belast hij het aldus omschreven Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij gezondheidszorg met de opdracht om in rechte op te treden teneinde rechten te doen gelden en te vrijwaren waarvan men zich moet afvragen of het deze wel heeft...

Op basis van die opmerking kan men zich meer bepaald de verwarring voorstellen van de persoon die vergoeding wil verkrijgen en daartoe op grond van artikel 3, § 1, van de wet van 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (*B.S.*, 6 juli 2007), beroep wil instellen tegen beslissingen van het Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij de gezondheidszorg: moet hij zijn rechtsvordering nu richten tegen het Fonds of tegen de Belgische Staat? Het debat over de ontvankelijkheid van de rechtsvordering en de niet-ontvankelijkheid van een verkeerd ingestelde vordering wegens de door de wet gecreëerde vaagheid moet

⁷² Die opdrachten worden opgesomd in artikel 14 van de wet van 15 mei 2007.

⁷³ Art. 12, § 1, eerste lid, “Vergoedingswet” van 15 mei 2007.

⁷⁴ H. MATTHIJS, *op.cit.*, p. 460-465; J. BECKERS, *op.cit.*, p.567-570.

⁷⁵ Advies nr. 41.527/3 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 20 oktober 2006, over een voorontwerp van wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (Kamer, Ontwerp van wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, Gedr. St. 51 3012//001, p. 60).

uitmonden in een strenge beoordeling van de wijze waarop het systeem uit de wetten van 15 mei 2007 het beoogde doel van vereenvoudiging bereikt, door ongevallen bij de gezondheidszorg op die wijze te vergoeden⁷⁶. Het belang van het slachtoffer zou hier op zijn minst niet gediend zijn.

Die overwegingen moeten ertoe leiden aan het Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij de gezondheidszorg rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Indien de wetgever het niet opportuun acht om aan deze suggestie gevolg te geven, zou een herschikking van de bevoegdheden van dit Fonds overwogen kunnen worden, door die bevoegdheden te schrappen die niet zonder rechtspersoonlijkheid uitgeoefend kunnen worden en de instantie aan te wijzen die deze wel kan uitoefenen.

14) Berekeningswijze van de kinderbijslag en bepaling van de rang van de kinderen die geboren zijn uit verschillende gezinnen

De kinderbijslag wordt overeenkomstig de samengeordende wetten van 19 december 1939 betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, zodanig berekend dat er bij het bepalen van de rang van het kind dat geboren is uit het tweede huwelijk van een ouder die rechthebbend is, maar niet bijslagtrekkend ten aanzien van de kinderen uit een vorig huwelijk die hij op gelijkmatig verdeelde wijze met de andere ouder huisvest, met die kinderen geen rekening wordt gehouden, zodat de kinderbijslag die toegekend wordt voor het kind geboren uit het tweede huwelijk, gelijk is aan het bedrag voor een kind van eerste rang. De Arbeidsrechtbank te Brussel heeft het Grondwettelijk Hof een vraag gesteld met betrekking tot de overeenstemming van deze regeling met de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet. Het Hof heeft hierop geantwoord door het arrest nr. 23/2008 van 21 februari 2008.

In zijn arrest van 21 februari 2008 beslist het Grondwettelijk Hof dat de bestreden bepalingen van de wetgeving betreffende de kinderbijslag niet aan de oorsprong liggen van het onderscheid in behandeling tussen ouders die een kind op gelijkmatig verdeelde wijze huisvesten, in zoverre één van beiden als bijslagtrekkend beschouwd wordt maar de andere die hoedanigheid ontzegd wordt. Het Hof oordeelt echter wel dat er een discriminatie ontstaat door het ontbreken van een wetgevende bepaling die toelaat de last in aanmerking te nemen die door elke ouder daadwerkelijk wordt gedragen voor de huisvesting en de opvoeding van hun kinderen uit een vorig huwelijk, wanneer die kinderen op een gelijkmatig verdeelde wijze door de ouders worden gehuisvest.

Ik sluit me dus aan bij het Grondwettelijk Hof wanneer ik meen dat de wetgever die leemte in de wetgeving moet opvullen op de wijze die hij gepast acht. Een dergelijke actie moet dus sterk aangemoedigd worden.

⁷⁶ Terwijl een specifieke wijze van vergoeding net de nadelen moet ondervangen die, bij op het gemeen recht gegronde vorderingen tot schadevergoeding, veroorzaakt worden door lange en kostelijke rechtsplegingen (D. DE CALLATAY, *op.cit.*, p.249).

15) Artikel 20, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector

a. In zijn arrest van 4 juni 2007 beslist het Hof van Cassatie dat de administratieve rechtshandeling waarvan de kennisgeving de verjaring doet ingaan die bepaald is in artikel 20, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen in de overheidssector, niet uitsluitend de beslissing van de overheid is die bedoeld wordt in artikel 10 van het koninklijk besluit van 13 juli 1970 betreffende de schadevergoeding ten gunste van sommige personeelsleden van provincies, gemeenten, agglomeraties en federaties van gemeenten, verenigingen van gemeenten, voor arbeidsongevallen, maar, indien de vordering tot betaling van de vergoedingen vóór het nemen van die beslissing ingesteld wordt, ook het in de artikelen 8 en 9 van datzelfde besluit bedoelde voorstel van de geneeskundige dienst kan zijn⁷⁷.

b. Het arrest van het Hof werd bekritiseerd door de rechtsleer, volgens welke het Hof van Cassatie onvoldoende rekening had gehouden met het voorwerp van de rechtsvordering om de bestreden administratieve rechtshandeling te bepalen⁷⁸. De commentator van het arrest van het Hof meende zelfs dat, in zijn uitlegging van voormeld artikel 20, eerste lid, de verjaring ten aanzien van het slachtoffer nog niet was ingegaan.

c. Voor alle duidelijkheid wordt bijgevolg voorgesteld om de tekst van artikel 20, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen in de overheidssector als volgt te omschrijven : " Vorderingen tot betaling van de bijslagen verjaren na drie jaar te rekenen van de kennisgeving van de administratieve rechtshandeling, zoals deze wordt vermeld in het voorwerp van de rechtsvordering".

16) Uitbreiding van de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof inzake intellectuele eigendom

a. In beide verdragen die bestonden vóór het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), gedaan te Den Haag op 25 februari 2005, namelijk het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962 en het Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen van 25 oktober 1966, werd het Benelux-Gerechtshof aangewezen als de rechterlijke instantie die kennisneemt van de vragen om uitlegging van de betrokken eenvormige wet⁷⁹.

Die bevoegdheid blijft behouden.

⁷⁷ Cass. 4 juni 2007, A.R. S.06.0082.F, te verschijnen in A.C., 2007, op die datum, en in Pas., 2007, op die datum, met concl. O.M.

⁷⁸ Zie J. JACQMAIN, "La flèche courbe du Parthe", Opmerkingen onder Cass. 4 juni 2007, Soc. Kron. 2007, 09, p. 533 e.v., inzonderheid p. 535.

⁷⁹ Art. 10 Benelux-Verdrag inzake de warenmerken; art. 10 Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen.

Overeenkomstig art. 1.15 BVIE is het Benelux-Gerechtshof bevoegd voor de uniforme interpretatie van de bepalingen van het BVIE en het uitvoeringsreglement, met uitzondering van de vragen om uitlegging betreffende het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten⁸⁰.

Op te merken valt dat er, in het vooruitzicht en nadien in het raam van de onderhandelingen over de verlenging van het Verdrag inzake de Benelux-Unie (het thans bestaande Verdrag tot herziening van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, ondertekend te 's-Gravenhage op 17 juni 2008), plannen bestaan om de bevoegdheid inzake de geschillen over intellectuele eigendom aan te passen⁸¹, onder impuls meer bepaald van Ivan Verougstraete, voormalig voorzitter en thans eerste ondervoorzitter van het Benelux-Gerechtshof.

Onder meer over de volgende vragen moet dieper worden nagedacht, met dien verstande dat ik mijn wensen louter in mijn persoonlijke naam formuleer.

b. Er zou kunnen worden overwogen het Benelux-Gerechtshof bevoegd te maken voor de toetsing van de beslissingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), inzonderheid die van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (inschrijving van merken, weigering ervan, beslissingen in het raam van de oppositieprocedure en beslissingen inzake de inschrijving van merken- en modellengemachtigden) zodat het Benelux-Gerechtshof m.b.t. die beslissingen kan optreden als appel- en cassatierechter. (We wijzen er echter op dat de raad van bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom tijdens zijn zitting in 's-Gravenhage van 19-20 december 2007 beslist heeft het gemachtigdenregister niet in werking te doen treden; een arbitrageprocedure ligt ter studie).

Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (afgekort BBIE) is onder meer bevoegd voor de inschrijving van de merken. Door de inschrijving van het merk ontstaat het exclusieve recht op het merk, dat in beginsel geldt voor het hele Benelux-gebied.

Tijdens de inschrijvingsprocedure kan er een geschil ontstaan aangezien, enerzijds, het Bureau, onder bepaalde voorwaarden, de inschrijving geheel of gedeeltelijk kan weigeren (artt. 2.11. tot 2.13. BVIE) en, anderzijds de houder van een vroeger merk, onder bepaalde voorwaarden, oppositie kan instellen tegen de inschrijving (artt.

⁸⁰ Art. 14 van het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), B.S., 26 april 2006, bepaalt dat geschillen tussen twee of meer Verdragsluitende Partijen over, onder meer, de uitlegging van dit protocol door overleg, onderhandeling of elk ander overeengekomen middel zullen worden beslecht. Indien dit niet leidt tot een regeling binnen de drie maanden volgend op het schriftelijk verzoek daartoe door één der partijen, zal een scheidsgerecht uitspraak doen over het geschil. De procedure wordt bepaald in de artikelen 14.3 e.v. van dit Protocol.

⁸¹ Zie I. VEROUGSTRAETE en V. VANOVERMEIRE, "Het Benelux-Gerechtshof na het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom", I.R.D.I. 2006-3, p. 259 en 260, nrs. 22 tot 29.

2.14. tot 2.18. BVIE), hetgeen tevens kan leiden tot de weigering van de inschrijving.

De deposant kan hoger beroep instellen tegen de beslissing van het BBIE tot weigering van de inschrijving van een merk, door een verzoekschrift in te dienen bij Hof van Beroep te Brussel, het Gerechtshof te 's-Gravenhage of het cour d'appel te Luxemburg (art. 2.12.1. BVIE). Tegen die beslissing van de appelrechter staat voorziening in cassatie open volgens de desbetreffende nationale regels van de rechtspleging in burgerlijke zaken (art. 2.12.4. BVIE).

Dezelfde rechtsmiddelen bestaan ten aanzien van een beslissing van het BBIE inzake oppositie (artt. 2.17.1. en 2.17.3. BVIE).

Tot slot zal het BBIE, na de inwerkingtreding van die regel (art. 6.2.2. BVIE), ook bevoegd zijn om de merken- en modellengemachtigden in te schrijven, de inschrijving te weigeren of de doorhaling ervan te bevelen (artt. 4.1. en 4.2. BVIE). Tegen die beslissingen staat tevens hoger beroep en voorziening in cassatie open bij de voornoemde gerechten (artt. 4.2.1. en 4.2.3. BVIE).

Die beperkte concentratie betreffende inschrijvingsgeschillen bij één enkel hof van beroep per Staat heeft echter niet de verwachte resultaten opgeleverd op het vlak van de uniformisering, aangezien tussen rechtspraak van de nationale gerechten verschillen ontstaan zijn die moeilijk aanvaardbaar zijn binnen een uniforme regeling. Bovendien kunnen die verschillen tussen de landen nog meer tot uiting komen tijdens de cassatieprocedure die nog steeds onder het nationale recht valt.

Teneinde eenheid te brengen inzake de inschrijvingsgeschillen zou een zuivere Benelux-regeling kunnen worden ingesteld:

- 1) inschrijving door het BBIE;
- 2) een kamer van het Benelux-Gerechtshof wordt bevoegd voor het hoger beroep;
- 3) een andere kamer van het Benelux-Gerechtshof krijgt cassatiebevoegdheid.

Anders gezegd, het huidige hoger beroep voor de drie nationale appelgerechten zou worden vervangen door een hoger beroep voor een kamer van het Benelux-Gerechtshof en het cassatieberoep, dat thans door het nationale recht wordt geregeld, zou worden vervangen door een cassatieberoep tegen de appelbeslissing van de voornoemde kamer van het Benelux-Gerechtshof, dat zou worden ingesteld voor een andere kamer van hetzelfde Benelux-Gerechtshof.

Het is wenselijk de appel- en cassatiebevoegdheid te groeperen binnen het ene en hetzelfde Benelux-Gerechtshof om te beletten dat louter “nationale” appellmiddelen, en vooral cassatiemiddelen, die dus geen verband houden met het Benelux-recht, het geschil ingewikkelder maken. We zijn dus tegen een gemengde regeling waarin de drie thans bevoegde nationale appelgerechten zouden blijven uitspraak doen over de beroepen en waarin het Benelux-Gerechtshof slechts als een soort supranationale cassatierechter zou optreden.

Om de procedure te versnellen, zou de nieuwe kamer van beroep van het Benelux-Gerechtshof bestaan uit drie rechters, een van elk land, die makkelijker beschikbaar

zijn dan negen rechters. Met hetzelfde doel voor ogen, en hoewel de huidige lange duur van de rechtspleging voor het Benelux-Gerechtshof geenszins te wijten is aan de gebruikelijke termijn binnen welke de advocaat-generaal zijn conclusie neerlegt, zou men ook kunnen bedenken dat de advocaat-generaal slechts kennis krijgt van het hoger beroep voor de kamer van beroep wanneer hij dat passend acht of wanneer de kamer van beroep die mededeling ambtshalve beveelt.

Bovendien valt het zeker aan te bevelen dat de rechters in de kamer van beroep van het Benelux-Gerechtshof magistraten zijn van de hoven van beroep van de drie landen, die ervaring hebben inzake intellectuele en industriële eigendom.

Met betrekking tot de nieuwe kamer van cassatie van het Benelux-Gerechtshof zou men kunnen uitgaan van een kamer met vijf rechters en een advocaat-generaal, waarbij de eerste vijf gekozen worden uit de leden van de opperste Hoven van elk van de drie landen, en de zesde, uit de magistraten van het parket bij de opperste Hoven van elk van die drie landen. Hier zou de advocaat-generaal altijd verplicht zijn een conclusie neer te leggen. Wanneer een zaak zo complex of belangrijk is, of wanneer andere bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, zou zitting worden gehouden met een negenkoppige kamer van cassatie, met drie rechters per land.

Er valt beslist nog een kiese vraag te beantwoorden, namelijk, of in geval van vernietiging, de nieuwe kamer van cassatie kennisneemt van de zaak zelf, dan wel of zij de zaak verwijst naar de, anders samengestelde, nieuwe kamer van beroep. Het bestaan van een kamer van beroep die geacht wordt op korte tijd uitspraak te doen, lijkt te pleiten voor cassatie met verwijzing. Men zou evenwel ook kunnen bepalen dat, bij de eerste cassatie, de, anders samengestelde kamer van beroep, zich moet schikken naar de beslissing van de kamer van cassatie over het rechtspunt dat laatstgenoemde kamer heeft beslecht (vgl. art. 1120 Belgisch Ger.W.).

Hoe dan ook, de voorgestelde hervorming zal niet doorgevoerd kunnen worden zonder een grondige studie van de procedures die gevolgd worden, enerzijds, voor het Bureau voor de Harmonisatie binnen de Interne Markt (BHIM) te Alicante en, anderzijds, voor het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

c. Nu al is het Benelux-Gerechtshof, op verzoek van één van de drie regeringen, bevoegd om, bij wege van advies, zijn oordeel te geven over de uitlegging van een gemeenschappelijke rechtsregel (artikel 10 Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, ondertekend te Brussel en goedgekeurd bij de Belgische wet van 18 juli 1969). Het betreft dus een advies dat gegeven wordt buiten elk voor de rechtbanken gebrachte geschil. In het kielzog van de voorgestelde hervorming zou men zich kunnen voorstellen dat het BBIE – voor wie het bijzonder nuttig zou kunnen zijn – het Benelux-Gerechtshof om advies zou kunnen vragen met betrekking tot het BVIE en het afgeleide recht. De adviesgevende bevoegdheid van het Hof zou ook uitgebreid kunnen worden op het ogenblik waarop het Comité van ministers wijzigingen in het BVIE aanbrengt (artt. 1.7.1. en 1.7.2. BVIE) en op het ogenblik waarop de Raad van Bestuur van het

Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom wijzigingen in het uitvoeringsreglement van het BVIE aanbrengt (art. 1.9.2. BVIE).

d. Tevens rijst de vraag of de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof niet kan worden uitgebreid tot alle foutieve beslissingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (zie art. 1.2. BVIE), inzonderheid tot alle beslissingen van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, afgekort BBIE⁸². Dit voorstel, dat weerklink vindt in de aanbeveling van 13 oktober 2006 van de Raad van Bestuur van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom aan het Comité van Ministers, wil de regeringen bewust maken van hun mogelijkheid om een beroep te doen op de juridische deskundigheid van dat Hof en, bijgevolg, op de “best practices” uit de drie nationale tradities. Die bevoegdheidsuitbreiding zou met name betrekking hebben op de beslissingen die niets te maken hebben met de weigering om een merk in te schrijven maar, bijvoorbeeld, op de beslissingen die genomen moeten worden wanneer het BBIE een fout maakt, zoals het verzuim een merk te verlenen. Gelet op de immuniteit die, in de regel (zie art. 3, Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom), toegekend wordt aan de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (zie artt. 1.6.1. en 6.4. BVIE), kan er, behoudens uitzondering, evenwel ernstige twijfel bestaan over de mogelijke rechtsmiddelen die de benadeelde momenteel kan aanwenden⁸³. Men zou weliswaar staande kunnen houden dat, enerzijds, krachtens artikel 6.1. van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, eenieder recht heeft op de behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, en dat, anderzijds, krachtens artikel 13 van datzelfde Verdrag, eenieder wiens rechten, welke in dat Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, recht heeft op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie. Bijgevolg kan men, nog steeds volgens diezelfde gedachtegang, hieruit weliswaar trachten af te leiden dat de immuniteit geen voorrang kan krijgen op het recht op een rechterlijke instantie en het recht van de rechtzoekende op daadwerkelijke rechtshulp. Deze zienswijze lijkt momenteel echter nog maar een aanzet. Bovendien zou het praktisch gezien een betere oplossing zijn en méér rechtszekerheid bieden om uitdrukkelijk in een rechtsmiddel te voorzien dat voor het Benelux-Gerechtshof aangewend kan worden tegen alle foutieve beslissingen van de organen van de Organisatie en, meer bepaald, tegen die van het Bureau. Hierin zou zelfs nog verder kunnen worden gegaan door voor het Benelux-Gerechtshof in een rechtsmiddel te voorzien tegen alle, al dan niet foutieve beslissingen. In dit geval zou zelfs niet meer moeten worden voldaan aan de voorwaarden voor burgerlijke aansprakelijkheid. Zo zou er dan gestreefd worden naar een nog eenvoudiger en eenduidiger oplossing.

⁸² Zie P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 233 en 234.

⁸³ Zie evenwel P. LAURENT, "Des Bureaux Benelux vers l'Organisation Benelux en matière de Propriété intellectuelle", *Intellectuele rechten – Droits intellectuels* (afgekort I.R.D.I.) 2006-3, p. 234.

Indien de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof uitgebreid wordt in de zin die ik net heb aangehaald, zou men, ten behoeve van de organisatie van dit gerecht, een kamer kunnen oprichten die voor deze bijzondere aangelegenheden bevoegd zou zijn.

De lege lata zijn de volgende vier bepalingen, in afwachting van een evolutie, m.i. de belangrijkste.

De eerste van die vier bepalingen, het reeds vermelde artikel 1.15. van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) bepaalt, ik herhaal, dat het Benelux-Gerechtshof als bedoeld in artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, kennisneemt van de vragen van uitlegging van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) en het uitvoeringsreglement, met uitzondering van vragen van uitlegging betreffende het in artikel 1.6.1 bedoelde protocol inzake voorrechten en immuniteiten (dat andere artikel van het Verdrag bepaalt dat de voorrechten en immuniteiten welke nodig zijn voor de uitoefening van de taken en het bereiken van de doelstellingen van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom worden vastgelegd in een tussen de Hoge Verdragsluitende Partijen te sluiten protocol).

De tweede van die vier belangrijke bepalingen is artikel 3.1. van het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen). Dit artikel 3.1. bepaalt dat de Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), in het kader van haar officiële werkzaamheden, immuniteit geniet van rechtsmacht en van executie, behoudens:

- a) voor zover die Organisatie in een bijzonder geval uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van deze immuniteit;
- b) met betrekking tot een door derden ingediende rechtsvordering betreffende personen of goederen, voor zover die rechtsvordering niet rechtstreeks samenhangt met het officiële functioneren van de Organisatie;
- c) met betrekking tot een door derden ingediende rechtsvordering betreffende schade veroorzaakt door een motorvoertuig dat toebehoort aan de Organisatie of namens deze wordt gebruikt, of in geval van een met voormeld voertuig begane verkeersovertreding.

Luidens artikel 14.1. van het voormelde Protocol inzake voorrechten en immuniteiten – de derde van de vier belangrijke bepalingen - wordt elk geschil tussen twee of meer Verdragsluitende Partijen of tussen de Organisatie en een of meer Hoge Verdragsluitende Partijen over de uitlegging of de toepassing van dit Protocol geregeld door overleg, onderhandeling of elk ander overeengekomen middel.

Ten slotte bepaalt de vierde en laatste belangrijke bepaling in deze aangelegenheid, artikel 14.2. van datzelfde Protocol, dat indien het voormelde geschil niet overeenkomstig artikel 14.1 geregeld is binnen de drie maanden die volgen op het

schriftelijke verzoek dienaangaande vanwege één van de partijen in het geschil, het, op verzoek van één der beide partijen in het geschil, voorgelegd wordt aan een scheidsgerecht overeenkomstig de procedure uiteengezet in de artikelen 14.3 tot 14.6 van het Protocol. Het is eigenaardig en naar mijn mening betreuenswaardig dat artikel 14.3 voorziet in het mogelijke optreden van de President van het Internationaal Gerechtshof maar in geen enkel geval in dat van de President van het Benelux-Gerechtshof.

HOOFDSTUK VI - INVULLING DAN WEL BIJSTURING VAN DE
MOTIVERINGSVERPLICHTING TENEINDE DE GERECHTELIJKE
ACHTERSTAND TE VERHELPEN¹

AFDELING 1 - PROBLEEMSTELLING

§ 1. Gerechtelijke achterstand

1. Twee recente wetten bevatten ingrijpende wijzigingen in het Gerechtelijk Wetboek: eensdeels de Wet van 26 april 2007 “tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand” en anderdeels de Wet van 15 mei 2007 “tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509^{quater} Sw.”².

2. Zoals haar titel aangeeft, beoogt de Wet van 26 april 2007, evenals de inmiddels vijftien jaar oudere Wet van 3 augustus 1992, het burgerlijke procesverloop bij te stellen, in een (nieuwe) poging de gerechtelijke achterstand in te dijken. Hoewel de kiem van deze hervorming ligt in de reeds op 30 en 31 maart 2004 door de federale regering goedgekeurde “Kadernota betreffende de versoepeling van het in gereedheid brengen van burgerlijke zaken en de regeling van een procedurekalender” en de van september 2004 daterende “Justitiedialogen” (onder impuls van F. Erdman en G. de Leval), werd het wetsontwerp pas op 14 december 2006 in de Kamer van Volkvertegenwoordigers ingediend om vervolgens in ijltempo door het Parlement te worden behandeld³.

¹ Dit hoofdstuk is opgesteld door de heer Sven Mosselmans, gewezen referendaris bij het Hof van Cassatie, onder leiding van afdelingsvoorzitter J. de Codt en advocaat-generaal met opdracht Ph. de Koster. De tekst verbindt slechts de auteur.

² Zie voor een eerste, artikelsgewijze commentaar bij deze wetten: D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 222 p.

Zie ook: E. BREWAEYS, B. MAES, N. CLIJMANS en R. VERBEKE, “Nieuwe regels inzake behandeling en berechting van de vordering”, *P & B* 2007, 225-238; M. CASTERMANS, *Het nieuwe procesrecht*, Gent, Story Publishers, 2007, 111 p.; P. DAUW en S. VOET, “Gewijzigd gerechtelijk recht – Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand”, *NjW* 2007, 578-593; D. SCHEERS, “Is er leven na de rol? Instaatstelling na de Wet van 26 april 2007”, *R.W.* 2007-08, 386-402; B. VANLERBERGHE, “De Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509^{quater} van het Strafwetboek”, *R.W.* 2007-08, 594-608.

Voor een meer diepgaande bespreking kan nuttig worden verder verwezen naar onder meer de verslagboeken van de via de Universiteiten respectievelijk te Gent/Leuven en te Luik georganiseerde studiedagen: P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Wet van 26 april 2007 (tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand) doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, 189 p. en G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation*, Luik, Anthemis, 2007, 357 p.

³ Niet alleen voormelde rechtsleer, maar ook de praktijk reageert vrij afkerig, aldus bv.: J. DE WIT, “Interview met G. DELVOIE, Eerste Voorzitter van het Hof van Beroep: Gerechtelijke achterstand in Brussel zal toenemen”, *Juristenkrant* 2007, nr. 154, p. 1 en 12-13.

3. De wetgever gaat hierbij uit van een ruime definitie van gerechtelijke achterstand, waarvan sprake is telkens wanneer het doorlopen van een geding *in globo* langer duurt dan de rechtzoekende redelijkerwijze mag verwachten⁴. Hierbij zijn, wat het civiele geding betreft, drie fasen te onderscheiden: de (eerste) fase van de ingereedheidbrenging, na de inleiding van het geding, waarbij de partijen en hun advocaten stukken en conclusies uitwisselen; de (tweede) fase van de vaststelling van de voor behandeling ter zitting in staat zijnde zaak; de (derde) fase van het beraad na het sluiten van het debat tot de rechterlijke uitspraak. Met een resem maatregelen beoogt de wetgever van 26 april 2007 in elk van de drie fasen te zorgen voor een snellere rechtspleging, zij het, spijtig genoeg, zonder zelf structureel in te grijpen in de gerechtelijke organisatie. Het is dan ook zeer de vraag of de wet niet tekortschiet⁵.

4. In zijn advies van 27 december 2006 op het voorontwerp dat tot voormelde Wet van 26 april 2007 leidde, refereerde de Hoge Raad voor de Justitie aan een *colloquium* dat hij in 2004 hield over de gerechtelijke achterstand⁶. Naar aanleiding hiervan, werd, als aanvullende maatregel tot bestrijding van de gerechtelijke achterstand, gepleit voor een zogeheten ‘positieve motiveringsverplichting’⁷. Een positieve motivering van rechterlijke beslissingen zou impliceren dat het vonnis of het arrest de redenen aanduidt waarop de rechter zijn beslissing zowel in feite als in rechte steunt, zonder verplicht in te gaan en te antwoorden op alle (andere) door de partijen aangevoerde middelen. Het zou de rechter enkel toekomen het coherente karakter van zijn beslissing aan te tonen. Hij moet niet noodzakelijk aangeven waarom hij andere beslissingsmogelijkheden verwerpt. Uitgangspunt is immers dat, aldus de Hoge Raad, de rechtzoekende enkel interesse heeft voor een dergelijke positieve, coherente motivering. Een meer uitgebreide motivering waarbij de rechter, in een poging om alle (ook niet relevante) middelen te beantwoorden, andere beslissingsmogelijkheden uitpluist, is geen zorg van de rechtzoekende. Voor hem is belangrijk dat hij de redenering kent die schuilgaat achter de (uiteindelijk) door de rechter genomen beslissing.

5. In die optiek riep de Hoge Raad voor de Justitie de wetgever op om, in het raam van de parlementaire voorbereiding van voormelde Wet van 26 april 2007⁸, een

⁴ B. ALLEMEERSCH en P. VAN ORSHOVEN, “Een wet... om wat te doen? En (vanaf wanneer?)”, in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Wet van 26 april 2007 (tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand) doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 4-5, nr. 4.

⁵ B. ALLEMEERSCH en P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*, p. 4-6, nrs. 4-5.

⁶ F. RINGELHEIM (ed.), *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 437 p.

⁷ Zie inz. de als bijlage bij het advies van 27 september 2006 gevoegde tekst van G. LONDERS, “Motiveren van beslissingen”, in F. RINGELHEIM (ed.), *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 317-330.

⁸ Zie hierover: P. TAELEMAN en S. VOET, “Terechtzitting, beraad en vonnis”, in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Wet van 26 april 2007 (tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand) doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 115-117, nr. 21.

debat te voeren over de positieve motiveringsverplichting en om een eventuele wijziging van artikel 780, *sub* 3° Ger.W. te overwegen.

6. Die oproep leidde tot voorstellen, zowel in de Kamer⁹ als in de Senaat¹⁰, tot aanpassing van artikel 780, *sub* 3° Ger.W. in die zin dat de rechterlijke beslissing, veeleer dan een antwoord op alle middelen van de partijen, kan volstaan met de opgave van het voorwerp van de vorderingen en de redenen in feite en in rechte waarop zij steunt. Deze wetswijziging zou voornamelijk twee voordelen hebben: enerzijds een inperking van de gerechtelijke achterstand omdat de rechter enkel die middelen moet verwerken waarop hij zijn beslissing steunt en zodoende kortere beslissingen kan maken; anderzijds een verbetering van de leesbaarheid van rechterlijke beslissingen omdat enkel aandacht uitgaat naar middelen in feite en in rechte die aan de beslissing ten grondslag liggen, zodat partijen minder geneigd zijn rechtsmiddelen aan te wenden¹¹.

7. De voorstellen werden evenwel verworpen, en dit zonder uitvoerig debat¹². Zij zouden ingaan tegen artikel 149 GW, tegen de rol van de advocaten, tegen de dienovereenkomstig aangepaste werkmethodes van de meerderheid van de magistraten en tegen wat zowel de wetgevende en de uitvoerende macht als de bevolking vragen. Bovenal zouden de voorstellen niet te rijmen vallen met de waarborgen van artikel 6, eerste lid E.V.R.M., evenmin als met het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging. Tot slot zouden zij de oplossing van het geschil doorschuiven naar het Hof van Cassatie.

§ 2. Link met motiveringsverplichting

8. Ook al heeft de wetgever voormelde voorstellen verworpen, de link tussen de gerechtelijke achterstand in de (derde) fase van het beraad na het sluiten van het debat tot de rechterlijke uitspraak en de motiveringsverplichting is duidelijk: een al te zware motiveringsverplichting, doet de gerechtelijke achterstand toenemen. De motiveringsverplichting verlichten, zonder aan kwaliteit in te binden, is mede boodschap tot het verhelpen van de gerechtelijke achterstand¹³. Kwaliteitsbewaking mag dus niet in verdrukking komen¹⁴. Rechtspraak die niet voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen is immers op zichzelf oorzaak van gerechtelijke achterstand, al was het omdat zij eerder aanleiding zal geven tot rechtsmiddelen en gebeurlijk nieuwe betwistingen. Vandaar ontstaat de zoektocht naar een verantwoord evenwicht tussen kwantiteit en kwaliteit (waar leesbaarheid in begrepen zit) en rijst de vraag in welke mate een verlichte motiveringsverplichting die zoektocht kan sturen.

⁹ *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2811/2, p. 29, nr. 34.

¹⁰ *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 2095/2, p. 17, nr. 16.

¹¹ *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2811/5, 63.

¹² *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2811/5, 63-66; *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 2095/3, 28.

¹³ G. LONDERS, *l.c.*, 320-323.

¹⁴ J. DU JARDIN, "Bewaken van kwaliteit", in F. RINGELHEIM (ed.), *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 349-354.

9. In voorliggende bijdrage zal worden nagegaan in welke mate de thans, in het licht van artikel 6, eerste lid E.V.R.M., artikel 149 GW, artikel 780, *sub* 3° Ger.W., geldende motiveringsverplichting moet worden ingevuld dan wel bijgestuurd en voorts in welke mate die invulling dan wel bijsturing mede de gerechtelijke achterstand kan verhelpen. Kunnen, gelet op de thans geldende motiveringsverplichting, zogeheten ‘motiveringsbesparende technieken’ volstaan¹⁵? Of is veeleer een bijsturing van de thans geldende motiveringsverplichting aangewezen, hetzij in de richting van voormelde positieve motiveringsverplichting hetzij in alternatieve richtingen?

AFDELING 2 - MOTIVERINGSVERPLICHTING

§ 1. Situering en grondslag

10. De motiveringsverplichting, die geldt voor alle (geschillenbeslechtende) rechtscolleges¹⁶, en vanzelfsprekend ook voor de hoge rechtscolleges¹⁷, is van essentieel belang in een democratische rechtsstaat¹⁸. Zij is onafscheidbaar van de

¹⁵ M. REGOUT, “Motivation des décisions”, in F. RINGELHEIM (ed.), *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 331-348.

¹⁶ Cass. 12 mei 1932, *Pas.* 1932, I, 166; Cass. 9 oktober 1959, *Arr. Verbr.* 1959-60, 115 en *Pas.* 1959-60, I, 170.

¹⁷ Ook voor het Hof van Cassatie, zij het dat bepaalde kritieken heersen (B. BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur*, Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 23 januari 1997, Kluwer Rechtswetenschappen België, Antwerpen, 1997, 60 p., die op p. 54-57 samenvat dat de cassatierechtspraak (1) op taalkundig vlak dikwijls uiterst cryptisch is, (2) *qua* logische structuur apodictische vormen aanneemt, (3) procedureel dikwijls gericht is op het ontwijken van een antwoord op inhoudelijke rechtsvragen en (4) inhoudelijk gezien geenszins beantwoordt aan de vooropgestelde criteria van de zogeheten Esseriaanse rechtsvindingstheorie inzake *Regelungsbedürftigkeit* en *Regelungsziele*).

De motiveringsverplichting geldt vanzelfsprekend ook voor de internationale rechtscolleges, zoals het Hof van Justitie (art. 33 Statuut Hof van Justitie) en het Benelux-Gerechtshof (art. 12.6 Statuut Benelux-Gerechtshof).

Het hierna vermelde artikel 149 GW geldt in beginsel ook voor de administratieve rechtscolleges (Cass. 9 oktober 1959, *Arr. Verbr.* 1959-60, 115 en *Pas.* 1959-60, I, 170). Art. 149 GW speelt daarentegen niet bij de administratieve rechtshandelingen.

In zijn arrest van 10 juni 2005 stelt het Hof van Cassatie voorop dat art. 149 GW als dusdanig niet van toepassing is op de arresten van de Raad van State (Cass. 10 juni 2005, *Pas.* 2005, 1262 en *R.W.* 2005-06, 825). De Raad van State vult overigens de motiveringsverplichting anders in dan het Hof van Cassatie, hoewel er toenadering is (S. ADAM, “Motiver un jugement: le point de vue du Conseil d'Etat”, *Journ. jur.* 2005, nr. 45, p. 6-7).

¹⁸ Zie over het ontstaan van de motiveringsverplichting, o.m.: W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'obligation de motiver les actes de juridiction en droit belge, Rapport belge au Xe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruylant, 1978, p. 458-460, nrs. 63-68; J. HERBOTS, “Cassatie wegens motiveringsgebreken”, *T.P.R.* 1971, p. 1-3, nr. 1.

rechtsprekende functie (tot beslechting van geschillen) en raakt de (internationale) openbare orde¹⁹.

11. Voor België schrijft artikel 149 GW voor dat rechterlijke uitspraken met redenen moeten zijn omkleed. Artikel 780, *sub* 3° Ger.W. vult aan waar het vereist dat de rechterlijke uitspraak, benevens het beschikkende gedeelte, het voorwerp van de vordering en het ‘antwoord op de conclusies of middelen van de partijen’ moet bevatten. Deze laatste bepaling doelt op burgerlijke zaken²⁰. Voor strafzaken preciseren de artikelen 163, 195 en 371 de bedoelde motiveringsverplichting, die mede onderstelt dat de rechter melding maakt van de wetsbepalingen waarvan hij toepassing maakt. Voor strafzaken spelen verder ook meerdere specifieke bepalingen, zo onder meer (het oude) artikel 4, § 4, vierde lid van de Wet 5 maart 1998 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling en tot wijziging van de Wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten (thans opgeheven bij art. 106 van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten²¹), artikel 16, § 5 van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, de artikelen 3 en 8 van de Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie of nog de artikelen 1, 2 en 4 van de Wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden²².

12. De motiveringsverplichting beoogt klassiek meervoudige doelstellingen, die als volgt kunnen worden onderscheiden.

A. WAARBORG TEGEN RECHTERLIJKE WILLEKEUR

13. De motiveringsverplichting strekt bovenal tot waarborg tegen rechterlijke willekeur²³, nu de rechter, door zijn motiveringsverplichting te vervullen, het bewijs moet leveren van het onderzoek van de hem voorgelegde zaak en van de beredenering van zijn uitspraak. De rechter wordt immers gedwongen zijn beslissing te zoeken²⁴ en te vinden met eerbiediging van het recht van verdediging²⁵. De

¹⁹ R. HAYOIT DE TERMICOURT, conclusie voor Cass. 9 oktober 1959, Pas. 1959-60, I, 170; D. HOLSTERS, “Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?”, in Y. POULLET en H. VUYE (eds.), Antwerpen, Kluwer, p. 32, nr. 4.

²⁰ R. DECLERCQ, “Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht-strafrecht”, *T.P.R.* 1980, p. 49, nr. 21.

Vgl.: Cass. 10 april 2008, inzake met A.R. nr. D.07.0006.N.

²¹ Zie aangaande de motiveringsverplichting voor de ingevolge de Wet van 17 mei 2006 nieuw opgerichte strafuitvoeringsrechtbanken (mede in het licht van art. 47, § 1, *sub* 2° van voormelde Wet): M. DE SWAEF en M. TRAEEST, “Één jaar strafuitvoeringsrechtbanken: overzicht van cassatierechtspraak”, *R.W.* 2007-08, p. 1578-1579, nrs. 28-32.

²² A. SMETRYNS, “De motiveringsverplichting van de strafrechter – Een algemene inleiding”, *C.A.B.G.* 2005, 1.

²³ Willekeurige rechtspraak uitsluiten was de grootste betrachting bij de invoering van de motiveringsverplichting op het einde van de 18^{de} eeuw (M. REGOUT, *l.c.*, 333).

²⁴ Ook waar de rechtsbronnen duister zijn of leemten vertonen.

motiveringsverplichting strekt inderdaad mede tot eerbiediging van het recht van verdediging²⁶. De rechter geeft inzage in zijn gedachtegang. De geboden motivering moet de partijen inlichten en toelaten de rechterlijke beslissing beter te begrijpen, gebeurlijk te aanvaarden²⁷ (ook wanneer zij hun gelijk niet of niet volledig halen), om op die manier de aanwending van rechtsmiddelen in te tomen.

B. RECHTERLIJKE (ZELF)CONTROLE

14. Zijn motivering laat de rechter toe enige vorm van zelfcontrole uit te voeren²⁸. Door te motiveren zal hij immers zijn eigen subjectieve benadering intomen en zoeken naar een aanvaardbare, begrijpelijke en rationele uiteenzetting²⁹. Naar aanleiding van de redactie van de rechterlijke uitspraak groeit de overtuiging van de ene of de andere oplossing. De rechter moet als het ware eerst zichzelf overtuigen en pas vervolgens de anderen. Een behoorlijke motivering met rationele verwijzing naar de opgelegde rechtsorde stelt de rechter buiten verdenking van willekeur³⁰.

15. In collegiale kamers bevordert de geboden motivering van de ontwerp tekst (de diepgang van) het beraad.

16. De motivering maakt het verder mogelijk dat hogere rechtscolleges controle kunnen bieden ten aanzien van lagere rechtscolleges. Zo moeten de appelrechters de beroepen beslissingen kunnen toetsen. Zo moet ook het Hof van Cassatie, gelet op

²⁵ Zoals verder nog besproken, bevestigt het Hof van Cassatie herhaaldelijk dat een motiveringsgebrek op zich geen miskennis van het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging uitmaakt: Cass. 13 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 43 en *Pas.* 1999, I, 45; Cass. 11 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1245, *J.T.T.* 2000, 181 en *Pas.* 1999, 1297; Cass. 9 oktober 2003, *Arr. Cass.* 1999, 1835 en *Pas.* 2003, 1567; Cass. 8 september 2006, *T.B.P.* 2007, 429 en *T. Gez.* 2006-07, 182, noot F. BLOCKX.

Zie over het recht van verdediging, uitgebreid: J. DU JARDIN, "Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003) – Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2003", *R.W.* 2003-04, 761-790.

²⁶ B. MAES, "Het beantwoorden van conclusies door de rechter", in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 368-369, nr. 2, die preciseert dat het recht van verdediging en meer bepaald de vraag of dit recht door de rechter, rekening houdend enerzijds met de door hem uitgewerkte motivering en anderzijds met de door de partijen (bij conclusie) aangevoerde middelen, al dan niet werd miskend, mede een geschikte maatstaf uitmaakt bij de beoordeling van de schending van de motiveringsverplichting (zie ook: F. DUMON, noot onder Cass. 5 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 332 in fine; F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten - Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1978", *R.W.* 1978-1979, kol. 260, nr. 3).

²⁷ J. HERBOTS, *l.c.*, p. 18-19, nr. 12.

²⁸ Jaarverslag Hof van Cassatie 1998, *Belgisch Staatsblad* 1998, 81.

²⁹ I. VEROUGSTRAETE, "Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht", in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESLAGHE*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 1064-1065, nr. 5.

³⁰ A. TOUFFAIT en A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1974, 487-508.

de motivering, het hem opgedragen wettigheidstoezicht kunnen uitoefenen³¹. Het is dan ook gevestigde³² rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de motieven van de bestreden beslissing het wettigheidstoezicht moeten toelaten³³. Het Hof acht een motiveringsgebrek voorhanden wanneer de rechter in het ongewisse laat om welke reden een of ander middel wordt verworpen³⁴. In diezelfde optiek stelde het Hof het

³¹ Cass. 21 oktober 1929, *Pas.* 1930, I, 1; Cass. 22 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1274, *Pas.* 1979, I, 1232 en R.W. 1979-80, 1942; Cass. 20 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 905, *De Verz.* 1981, 415, noot V.H. en *Pas.* 1980, I, 894; Cass. 22 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 304, *Pas.* 1993, I, 296, R.W. 1993-94, 306 en *Soc. Kron.* 1993, 313, noot J. JACQMAIN; Cass. 20 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 193 en *Pas.* 1995, I, 193; .J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, p. 465, nr. 77; P. LECLERCQ, noot 8 onder Cass. 11 december 1930, *Pas.* 1931, I, 11.

³² Zie wel: Cass. 16 mei 1997, *Arr. Cass.* 1997, 551 en *Pas.* 1997, I, 571, waar het Hof beslist dat het enkele feit dat de redengeving van een bestreden beslissing de wettigheidscontrole van het Hof onmogelijk zouden maken, geen schending oplevert van artikel 149 GW.

Maar vgl. meteen nadien: Cass. 23 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 694, *J.T.T.* 1997, 335, noot en *Pas.* 1997, I, 731; Cass. 17 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 828 en *Pas.* 1997, I, 870.

Zie voorts: Cass. 4 oktober 1999, *Act. jur. baux* 2000, 72, *Arr. Cass.* 1999, 1199, *J.L.M.B.* 2000, 972, *J.T.* 2000, 229 en *Pas.* 1999, 1249; Cass. 15 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 506, *Div. Act.* 2000, 23, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Pas.* 1999, I, 521, *Rev. not. b.* 1999, 574, noot, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 705, noot P. DE PAGE, *R.W.* 1999-00, 848 en *T.B.B.R.* 2000, 514, noot J. GERLO en *T. Not.* 2000, 306.

³³ Cass. 19 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1616, *Div. Act.* 2002, 10, noot A. VAN GYSEL, *R.C.J.B.* 2001, 5, noot A. MEEÛS, *R.W.* 2001-02, 451 en *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 658; Cass. 7 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2105, *J.T.* 2002, 516, *Pas.* 2001, 2033 en *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 463, noot; A. MEEÛS, "Le moyen de cassation suivant lequel les motifs de la décision attaquée mettent la Cour dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité est-il recevable s'il est fondé sur la violation de l'article 149 de la Constitution", noot onder Cass. 19 oktober 2000, *R.C.J.B.* 2001, 12-20.

Zie bv. ook: Cass. 13 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 135, *J.T.T.* 2003, 267 en *Pas.* 2003, 109, waar het Hof een motiveringsgebrek ziet waar het bestreden arrest het Hof niet in staat stelt uit te maken of de appelrechters de in art. 1138, sub 2° Ger.W. bedoelde partijautonomie hebben nageleefd.

Zie voorts: Cass. 28 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 147, *J.T.* 2005, 500, noot A. MASSET, *Pas.* 2004, I, 184, *Rev. dr. pén.* 2004, 842, waarbij het Hof de appelrechters een motiveringsgebrek verwijt nu zij de beklaagde veroordelen tot een straf wegens de jegens hem bewezen verklaarde telastlegging, zonder dat het Hof kan nagaan of de appelrechters, die de overschrijding van de redelijke termijn vaststellen, de straf die zij hadden uitgesproken als de zaak zonder vertraging was berecht, op reële en meetbare wijze hebben verminderd; Cass. 15 februari 2007, inzake met A.R. nr. C.06.0020.F, *Juristenkrant* 2007, nr. 146, 1, waar het Hof een motiveringsgebrek ziet waar het bestreden arrest niet toelaat na te gaan of de zetel die over de zaak heeft beraadslaagd regelmatig was samengesteld. Het ging meer precies om artikel 383, §§ 1 en 2 Ger.W. waaruit volgt dat een raadsheer of een kamervoorzitter van het hof van beroep die, na de inruststelling wegens zijn leeftijd, werd aangewezen als plaatsvervangende magistraat bij dat hof, ophoudt tot dat hof te behoren en zijn functie uit te oefenen wanneer hij de leeftijd van 70 jaar bereikt. Welnu, het bestreden stelt niet vast, en uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt, dat het beraad zou zijn beëindigd alvorens een mede-beraadslagende plaatsvervangende magistraat de leeftijd van 70 jaar had bereikt.

³⁴ Cass. 8 februari 1973, *Arr. Cass.* 1972-73, 572 en *Pas.* 1973, I, 544; Cass. 14 februari 2000, *Arr. Cass.* 406 en *Pas.* 2000, I, 402.

hem opgedragen wettigheidstoezicht niet te kunnen uitoefenen wanneer de redactie van de beslissing zo slordig is dat de motivering erdoor onbegrijpelijk wordt³⁵.

17. In strafzaken³⁶ geldt, in de lijn van voormelde artikelen 163 en 195 Sv.³⁷, de vaste cassatierechtspraak dat de strafrechter, op straffe van miskenning van zijn motiveringsverplichting, opgave moet doen van de wettelijke bepalingen die de bestanddelen van het ten laste gelegde misdrijf vaststellen en van de wettelijke bepalingen die de straf bepalen³⁸. De minimale motivering van een strafrechtelijke beslissing bevat zodoende, benevens de vaststelling van het door de beklagde gepleegde strafbare feit, de opzoeking van alle strafbepalingen die dit feit strafbaar stellen en het daaruit volgende besluit aangaande de toe te passen straf³⁹. De strafrechter is daarentegen niet verplicht opgave te doen van deze wettelijke bepalingen voor zover ze een ten laste gelegd misdrijf betreffen waarvoor hij de

Zie ook: Cass. 14 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 53, *Pas.* 1988, I, 49 en *T.S.R.* 1988, 99, waar het Hof preciseert dat het gebruik van de woorden 'blijken' en 'schijnen' in de redenen van een rechterlijke beslissing, naargelang van de context, een onzekere of een zekere mening aanduidt.

³⁵ Cass. 30 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 257 en *Pas.* 1990, I, 229; Cass. 26 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1791 en *Pas.* 2001, I, 1726.

³⁶ In burgerlijke zaken moet de rechter geen opgave doen van de materiële wetsbepalingen die hij toepast, tenzij de partijen hierom bij conclusie verzoeken en voor zover de Hof van Cassatie zijn wettigheidstoezicht kan uitoefenen (B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Kluwer, 1990, p. 22, nr. 14).

³⁷ F. CLOSE, "La loi belge du 27 avril 1987, sur la motivation des peines", *J.L.M.B.* 1987, 1405-1417; B. MAES, "De verantwoording van de keuze van de straf en de strafmaat", noot onder Cass. 26 maart 1997, *Rec. Cass.* 1998, 208-210.

³⁸ Cass. 5 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1078 en *Pas.* 1997, I, 1128; Cass. 27 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1440, *Pas.* 2000, I, 1410 en *Verkeersrecht* 2001, 61; Cass. 10 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1542 en *Pas.* 2000, I, 1509; Cass. 20 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 2057, *Pas.* 2000, I, 2010 en *Rev. dr. pén.* 2001, 584; Cass. 17 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 101, *Pas.* 2001, I, 104, *R.W.* 2003-04, 261, noot C. DE ROY en *T. Strafr.* 2001, 199, noot A. DIERCKX en noot E. CLAES; Cass. 14 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 280, *F.J.F.* 2004, 316, *J.T.* 2001, 593, *Pas.* 2001, 279, *R.W.* 2002-03, 1624, noot J. VAN DONINCK, *Rev. dr. pén.* 2001, 875, *T.F.R.* 2001, 614, noot J. SPEECKE; Cass. 5 maart 2002, *Arr. Cass.* 2002, 692, *Pas.* 2002, I, 642, *R.W.* 2003-04, 536, noot P. CABOOR en P. WAETERINCKX; Cass. 4 juni 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1428 en *Pas.* 2002, 1281; Cass. 17 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2780 en *Pas.* 2002, I, 2430; Cass. 4 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 322, *M.E.R.* 2003, 133, *Pas.* 2003, I, 268, *R.W.* 2005-06, 857 en *T.M.R.* 2003, 494; Cass. 18 juni 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1415 en *Pas.* 2003, I, 1197; Cass. 21 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 107 en *Pas.* 2004, I, 126; Cass. 23 mei 2007, inzake met A.R. P.07.0405.F.

Zie ook: Cass. 25 mei 2004, *Pas.* 2004, I, 906 en *T. Strafr.* 2005, 440: een vergissing bij de opgave van de wettelijke bepaling leidt niet tot cassatie indien de uitgesproken veroordeling wettelijk is.

³⁹ B. MAES, *o.c.*, p. 12-21, nr. 11; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 7, nr. 6; A. SMETRYNS, *l.c.*, 14-17.

beklaagde niet veroordeelt⁴⁰. De strafrechter is evenmin verplicht de wettelijke bepalingen aangaande de procedure te vermelden⁴¹.

C. RECHTSVORMING

18. Een behoorlijk gemotiveerde rechterlijke beslissing draagt tot slot bij tot de rechtsvorming. Ook andere dan de betrokken partijen kunnen gebeurlijk dienstig gebruik maken van een rechterlijke beslissing, bijvoorbeeld als precedent of voor academische doeleinden. Het spreekt vanzelf dat duidelijke motievenodeloze speculatie in de rechtsleer verhinderen.

19. De rechtsvormende taak van de (feiten)rechter mag echter niet worden overroepen⁴². Zij mag niet ten koste zijn van de efficiëntie. Bovendien blijft een geding partijgebonden en moet de rechterlijke uitspraak in de eerste plaats de partijen dienen. Rechtspraak die als een doctrinale bijdrage wil overkomen, is uit den boze.

§ 2. Motivering als vormvereiste

20. Het Hof van Cassatie toetst bestreden beslissingen op motiveringsgebreken, althans wanneer het cassatiemiddel daartoe op passende wijze⁴³ uitnodigt (mits enige nuance in strafzaken), en geeft op die manier invulling aan de motiveringsverplichting. De (grond)wetgever heeft nagelaten de motiveringsverplichting inhoudelijk te omschrijven, zodat het Hof van Cassatie enige beleidsmarge geniet⁴⁴.

21. Het dossier van de rechtspleging moet deze controle toelaten⁴⁵. In zijn arrest van 16 oktober 2002 oordeelde het Hof, in een strafzaak⁴⁶, dat, wanneer een middel een motiveringsgebrek aanvoert en de bestreden beslissing vaststelt dat de beklaagde een conclusie heeft neergelegd, die echter niet in het dossier aanwezig is en waarvan de bewoordingen niet in de bestreden beslissing zijn opgenomen noch in andere stukken van de rechtspleging waarop het Hof vermag acht te slaan, het Hof onmogelijk kan nagaan of de rechters die conclusie hebben beantwoord⁴⁷. Het Hof besluit om die reden tot een schending van artikel 149 GW.

⁴⁰ Cass. 28 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 890 en *Pas.* 1979, I, 893; Cass. 23 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1751 en *Pas.* 2001, I, 1689.

⁴¹ Cass. 13 juni 1972, *Arr. Cass.* 1971-72, 959 en *Pas.* 1972, I, 942; Cass. 24 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 415 en *Pas.* 1981-82, I, 412; Cass. 25 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 225 en *Pas.* 1988-89, I, 203; Cass. 16 juni 2004, *Pas.* 2004, I, 1051.

⁴² I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1066-1067, nr. 7.

⁴³ Het cassatiemiddel moet het motiveringsgebrek duidelijk situeren (Cass. 8 april 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1043; Cass. 14 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 52).

⁴⁴ I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1078-1079, nr. 18.

⁴⁵ Cass. 5 november 1976, *Arr. Cass.* 1976-77, 273 en *Pas.* 1976-77, I, 271; B. MAES, *o.c.*, p. 54, nr. 43.

⁴⁶ Cass. 16 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2195 en *Pas.* 2002, 1962.

⁴⁷ Zie ook, in een burgerlijke zaak: Cass. 19 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1211 en *Pas.* 1992, 1169. Zie nochtans Cass. 19 september 2007, P.07.0357.F, niet gepubliceerd, waar het

22. Traditioneel heet het dat de motiveringsverplichting (louter) als een vormvereiste wordt aangezien⁴⁸. Mede onder impuls van toenmalig procureur-generaal DUMON is het Hof van Cassatie de motiveringsverplichting inderdaad in de eerste plaats als een vormvereiste blijven aanzien⁴⁹. Die vaste rechtspraak brengt mee dat een rechterlijke uitspraak aan de motiveringsverplichting in de zin van artikel 149 GW beantwoordt zelfs wanneer zij steunt op onjuiste vaststellingen in feite dan wel op een onjuiste beoordeling van deze vaststellingen in feite⁵⁰ of op een onjuiste beoordeling in rechte. Onjuiste motieven leveren met andere woorden geen motiveringsgebrek op⁵¹. De motiveringsverplichting staat in die optiek los van de inhoudelijke waarde ervan en met name van de verantwoording naar recht. Onjuiste vaststellingen in feite of een onjuiste beoordeling van deze vaststellingen in feite moeten worden aangevochten via een gebeurlijke miskennis van de bewijsregels of voor zover bij de vaststellingen of beoordeling van een of ander stuk een uitlegging is gegeven die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is (wat gelijkstaat met de miskennis van de bewijskracht ervan). Een onjuiste beoordeling in rechte moet worden aangevochten via andere geschonden wetsbepalingen dan artikel 149 GW en desnoods een algemeen rechtsbeginsel. Maar dergelijke in feite of in rechte bekritiseerbare beslissingen sluiten niet uit dat zij formeel een redengeving bevatten, die beantwoordt aan artikel 149 GW. Omgekeerd kan een in feite of in rechte sluitende beslissing wel een formeel motiveringsgebrek bevatten, nu een of ander middel onbeantwoord is gebleven⁵².

Hof heeft beslist dat het acht mocht slaan op de conclusies die, hoewel ze niet werden toegevoegd aan het dossier van de procedure in hoger beroep, wel degelijk werden onderzocht in het bestreden arrest, zodanig dat het Hof acht mocht slaan op de kopie van de conclusies die het door de procureur-generaal bij het Hof werd toegezonden en werd gevoegd bij het dossier van de cassatieprocedure.

⁴⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o.c.*, p. 464, nr. 76.

⁴⁹ Cass. 23 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, 777 en *Pas.* 1994, I, 759; Cass. 16 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, 845, *Pas.* 1999, I, 873 en *Rev. dr. pén.* 2000, 81; Cass. 4 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1201 en *Pas.* 1999, I, 1251; Cass. 6 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1580 en *Pas.* 1999, I, 1648; Cass. 14 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1095 en *Pas.* 2000, I, 1077; Cass. 16 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 914 en *Pas.* 2001, 881; Cass. 17 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1700, *J.L.M.B.* 2002, 899, noot G. RANERI en *Pas.* 2001, 1639; F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", *l.c.*, kol. 262-263, nr. 5.

⁵⁰ Cass. 25 juli 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1413, *J.T.* 1990, 674, *Pas.* 1990, I, 1253 en *Rev. dr. pén.* 1991, 66, noot J.S.

⁵¹ Cass. 14 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1260 en *Pas.* 1985, I, 1145; Cass. 24 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 101, *Pas.* 1996, I, 113 en *R.W.* 1996-97, 683, noot, *err. R.W.* 1996-97, 728; Cass. 2 mei 2001, *A.M.* 2002, 162, *Arr. Cass.* 2001, 786 en *Pas.* 2001, 755.

⁵² Cass. 8 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 680 en *Pas.* 1980, I, 670.

A. BURGERLIJKE ZAKEN

23. De motiveringsverplichting als vormvereiste blijft het uitgangspunt in burgerlijke zaken. Het cassatiemiddel dat een motiveringsgebrek aanvoert maar eigenlijk een kritiek in rechte bevat, is bijgevolg niet ontvankelijk⁵³.

24. Dit uit zich bijvoorbeeld in de rechtspraak aangaande een (beweerde) tegenstrijdige motivering.

Van een tegenstrijdige motivering is vooreerst sprake wanneer de motieven in het overwegende gedeelte van de beslissing elkaar tegenspreken en zodoende moeten worden geacht elkaar op te heffen, wat neerkomt op het ontbreken van (deze) redenen⁵⁴. Een tegenstrijdige motivering is evenzeer aan de orde wanneer de motieven in het overwegende gedeelte van de beslissing worden tegengesproken en zodoende opgeheven door het beschikkende gedeelte⁵⁵. Daarentegen ligt geen tegenstrijdigheid voor wanneer in de uitspraak geen enkele verantwoording te vinden is voor de uiteindelijke beslissing. In dit laatste geval laat de rechter zijn beslissing immers niet steunen op tegenstrijdige redenen maar zal zijn uitspraak gebeurlijk niet naar recht verantwoord zijn en een andere wetsbepaling dan artikel 149 GW (desnoods een algemeen rechtsbeginsel) schenden. Een tegenstrijdigheid die afhangt van de interpretatie van een rechtsregel, levert evenmin een motiveringsgebrek op⁵⁶. De grief van tegenstrijdigheid mag inderdaad geen kritiek in rechte zijn gelet op de formele aard van artikel 149 GW⁵⁷. Aangezien het beschikkende gedeelte van een rechterlijke uitspraak moet worden gelezen in het licht van zijn motieven, zal, zodra kan worden uitgemaakt op welk van de motieven

⁵³ Cass. 5 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 585 en *Pas.* 1990, I, 526; B. MAES, *o.c.*, p. 6-7, nr. 6.

⁵⁴ P. LECLERCQ, conclusie voor Cass. 11 december 1930, *Pas.* 1931, I, 11.

Zie bv.: Cass. 22 januari 2007 inzake met A.R. S.05.0095.N.

Vgl.: J. HERBOTS, *l.c.*, p. 19-20, nr. 13.

⁵⁵ Cass. 23 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 324, *Pas.* 1993, I, 323 en *Verkeersrecht* 1993, 218; Cass. 9 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 372 en *Pas.* 2000, I, 369; Cass. 14 maart 2003, inzake met A.R. nr. C.02.0142.N.

Tegenstrijdigheden binnen het beschikkende gedeelte komen veeleer neer op een gebrek aan beslissing, wat aanleunt bij een miskenning van art. 1138, *sub* 3° Ger.W.

⁵⁶ Cass. 11 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1038, *J.T.* 1981, 356, *J.T.T.* 1981, 356 en *Pas.* 1981, I, 1040; Cass. 14 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 88, *Pas.* 1985, I, 71 en *R.W.* 1985-86, 1027; Cass. 29 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 267, *Pas.* 1988, I, 254, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.544, noot, *R.W.* 1988-89, 1365 en *Verkeersrecht* 1988, 74; Cass. 22 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 933 en *Pas.* 1991, I, 819; Cass. 19 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 523, *J.T.T.* 1999, 354 en *Soc. Kron.* 1999, 381; Cass. 20 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 152, *Pas.* 2000, I, 148 en *F.J.F.* 2000, 178; Cass. 28 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1562, *Pas.* 2001, I, 1505, *R.G.F.* 2002, 85 en *T.B.B.R.* 2005, 58, noot P. VAN ORSHOVEN; Cass. 25 januari 2008, inzake met A.R. nr. C.06.0595.F; Cass. 18 februari 2008, inzake met A.R. nr. C.05.0391.F.

⁵⁷ G. DE MAESENEIRE, "Motivering rechterlijke beslissingen", *NjW* 2007, p. 195-196, nrs. 6-7; B. MAES, *o.c.*, p. 6, nr. 5 en 26-36, nrs. 18-25.

Zie ook: Cass. 24 januari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 592, *Pas.* 1980, I, 581 en *R.W.* 1980-81, 1196; Cass. 19 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1454, *Pas.* 1987, I, 1306 en *R.W.* 1987-88, 709; Cass. 16 april 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1710 en *Pas.* 2004, I, 641.

de beslissing steunt, de grief van tegenstrijdigheid worden verworpen en zullen de gebeurlijk tegenstrijdige motieven als overtollig worden beschouwd. Van belang is dat de gedachtegang van de rechter te onderkennen is en voldoende duidelijk is⁵⁸. Een tegenstrijdigheid kan overigens maar bestaan binnen eenzelfde uitspraak⁵⁹. Wanneer twee afzonderlijke maar in dezelfde zaak gewezen beslissingen tegenstrijdig zijn, levert dat geen schending van de grondwettelijke motiveringsverplichting op⁶⁰. Zo kan geen motiveringsgebrek wegens tegenstrijdigheid van motieven bestaan tussen een beslissing alvorens recht te doen en een eindbeslissing⁶¹.

Een grief van tegenstrijdigheid in de motieven zal maar worden aanvaard voor zover zij een invloed heeft op de wettigheid van de bestreden beslissing. Is dat niet het geval, dan is het daarop steunende cassatiemiddel, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk⁶². Wanneer het Hof van Cassatie, anders dan het cassatiemiddel aanvoert, oordeelt dat de motieven van de beslissing niet tegenstrijdig zijn, beslist het dat het cassatiemiddel feitelijke grondslag mist⁶³. Motieven zijn niet tegenstrijdig wanneer het gaat om een verschrijving of om een verkeerd woordgebruik of nog wanneer de context duidelijkheid biedt.

25. De motiveringsverplichting als louter vormvereiste is evenwel vatbaar voor nuance. Ook al neemt het Hof van Cassatie aan dat onjuiste motieven, en gebeurlijk onlogische motieven⁶⁴, geen motiveringsgebrek kunnen opleveren, toch wordt ook aangenomen dat niet-pertinente of irrelevante motieven geen motiveringsgebrek kunnen verhelpen⁶⁵. Waar het Hof de motiveringsverplichting controleert, moet het

⁵⁸ Cass. 28 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 815 en *Pas.* 1983, I, 723.

⁵⁹ Cass. 9 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 156, *Pas.* 1978-79, I, 174, *R.W.* 1978-79, 2162 en *T.S.R.* 1979, 61; Cass. 22 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 261, *J.L.* 1986, 2, noot P. DEFOURNY, *J.T.* 1987, 51, *Jura Falc.* 1987, 104, *Pas.* 1987, I, 240 en *R.W.* 1987-88, 535, noot.

⁶⁰ Cass. 30 maart 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 998 en *Pas.* 1987, I, 906; Cass. 21 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 613 en *Pas.* 1993, I, 602; Cass. 1 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 380 en *Pas.* 2001, I, 376; Cass. 16 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1137, *Pas.* 2004, I, 1053, *Rev. dr. pén.* 2005, 106 en *T. Strafr.* 2005, 277, noot S. VANDROMME.

⁶¹ Cass. 24 januari 2006, inzake met A.R. nr. P.05.1125.N.

⁶² Cass. 19 april 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 951 en *Pas.* 1978, I, 933; Cass. 21 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, *J.T.T.* 2003, 37, noot, *Pas.* 2002, I, 1996, *R.W.* 2003-04, 1344, noot en *Soc. Kron.* 2003, 165.

⁶³ Cass. 11 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 413, *Pas.* 1981, I, 419 en *T.B.P.* 1981, 469, noot.

⁶⁴ Cass. 17 februari 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 722, *J.T.* 1979, 38, *Pas.* 1978, I, 703 en *R.W.* 1978-79, 1485; Cass. 21 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 85 en *Pas.* 1978-79, I, 98; Cass. 11 oktober 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 186 en *Pas.* 1980-81, I, 200; Cass. 4 januari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 514 en *Pas.* 1980, I, 511; Cass. 27 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 943 en *Pas.* 1980, I, 928; Cass. 18 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1077, *Pas.* 1981, I, 1076 en *R.W.* 1981-82, 2471; Cass. 24 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 415 en *Pas.* 1981-82, 412; Cass. 17 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 555 en *Pas.* 1984, I, 521; Cass. 7 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 479, *Pas.* 1993, I, 469 en *R.W.* 1993-94, 412; B. MAES, *o.c.*, p. 7-8, nr. 7.

Zie wel: Cass. 8 februari 1973, *Arr. Cass.* 1972-73, 573 en *Pas.* 1973, I, 545.

noodzakelijkerwijze nagaan of de motieven betrekking hebben op het middel waaromtrent een motiveringsgebrek wordt aangevoerd. Wanneer de motieven geen betrekking hebben op het bedoelde middel, bijgevolg niet als antwoord kunnen dienen en zodoende irrelevant zijn, ligt een motiveringsgebrek voor. Het nazicht of een bepaalde redengeving bij een beweerdelijk niet beantwoord middel past, is een concreet, enigszins inhoudelijk nazicht. De toets van het al dan niet ontbreken van motieven in de rechterlijke beslissing vergt met andere woorden meer dan een louter vormelijke toets.

Om aan de motiveringsverplichting te voldoen, volstaat het derhalve niet eender welke motivering te bieden. De motivering mag niet (volstrekt) irrelevant zijn. Omgekeerd gaat het niet op de rechter, (specifiek) met betrekking tot een punt dat in zijn redenering geen relevantie vertoont, een motiveringsgebrek te verwijten⁶⁶.

26. Zoals voormeld, moet zij bovenal het Hof van Cassatie toelaten zijn wettigheidstoezicht uit te oefenen⁶⁷. Dat de motieven die mogelijkheid moeten bieden, nuanceert het (louter) formele karakter van de motiveringsverplichting⁶⁸. In die context kan onduidelijke, onnauwkeurige, ja zelfs onvolledige motivering, stuiten op cassatie omwille van een motiveringsgebrek⁶⁹.

Principesarresten in dit verband zijn de arresten van 19 oktober 2000 en 7 december 2001⁷⁰. Beide arresten betreffen een onderhoudsgeschil tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Krachtens het toepasselijke artikel 301, § 4 B.W. mag het bedrag van de onderhoudsuitkering waartoe de onderhoudsrechter de in het raam van de echtscheiding exclusief schuldig bevonden echtgenoot veroordeelt, een derde van zijn inkomsten niet overschrijden. Het Hof van Cassatie beslist dat de onderhoudsrechter die een onderhoudsuitkering oplegt doch hierbij nalaat het bedrag van de inkomsten van de onderhoudsplichtige te bepalen, niet toelaat te controleren of het toegekende bedrag niet het derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige overtreft en zodoende zijn beslissing niet op regelmatige wijze motiveert. Het Hof besluit dus niet tot een miskenning van artikel 301 B.W. doch wel tot een motiveringsgebrek⁷¹. In diezelfde optiek stelt het Hof van

⁶⁵ Cass. 17 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 378, *Bull. Bel.* 1991, 1748, *F.J.F.* 1990, 150, *Pas.* 1990, I, 336 en *R.W.* 1989-90, 1221; B. MAES, *l.c.*, p. 373, nr. 6; I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1069, nr. 10.

Vgl.: F. DUMON, *l.c.*, kol. 270-271, nr. 11.

⁶⁶ Cass. 6 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2676, *Pas.* 2002, I, 2352 en *P & B* 2003, 59.

⁶⁷ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o.c.*, p. 465, nrs. 77-79.

⁶⁸ B. MAES, *o.c.*, p. 9, nr. 9.

⁶⁹ Cass. 12 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 428, *J.D.S.C.* 1999, 70, noot, *J.T.* 1981, 721 en *Pas.* 1981, I, 432; Cass. 16 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 752, *Pas.* 1984, I, 692 en *T. Aann.* 1992, 55, noot I. EKIERMAN.

⁷⁰ Cass. 19 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1616, *Div. Act.* 2002, 10, noot A. VAN GYSEL, *R.C.J.B.* 2001, 5, noot A. MEEÛS, *R.W.* 2001-02, 451 en *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 658; Cass. 7 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2105, *J.T.* 2002, 516, *Pas.* 2001, 2033 en *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 463, noot.

⁷¹ Zie voorts: Jaarverslag Hof van Cassatie 2002, *Belgisch Staatsblad* 2002, 121-123 en 411-412; A. MEEÛS, *l.c.*, (12), 19 *in fine*, die deze rechtspraak volkomen onderschrijft en benadrukt dat het anders (d.w.z. indien het Hof van Cassatie zulks niet als een motiveringsgebrek zou behandelen) voor de advocaten bij het Hof van Cassatie onmogelijk

Cassatie in een later arrest van 25 juni 2004 dat de verwijzing door de rechter, zonder weergave ervan, naar de redenen van een ander vonnis dat niets met de zaak te maken heeft, het Hof niet in staat stelt controle uit te oefenen en dus niet voldoet niet aan artikel 149 GW⁷².

Het louter onduidelijke, onnauwkeurige of onvolledige karakter van de geboden motivering volstaat op zich niet om te kunnen gewagen van een motiveringsgebrek. De onduidelijke, onnauwkeurige of onvolledige motivering moet derwijze zijn dat zij het Hof in de onmogelijkheid stelt om de wettigheidstoets door te voeren⁷³. Is deze wettigheidstoets mogelijk, niettegenstaande de onduidelijke, onnauwkeurige of onvolledige motivering, dan ligt geen motiveringsgebrek voor⁷⁴. Het beoogde motiveringsgebrek is derhalve onlosmakelijk verbonden met de mate waarin de wettigheidstoets onmogelijk wordt gemaakt⁷⁵.

27. Nuancering van de motiveringsverplichting als louter vormvereiste blijkt verder uit de cassatierechtspraak aangaande dubbelzinnig gemotiveerde beslissingen⁷⁶. Een dubbelzinnig gemotiveerde beslissing ligt voor wanneer zij voor verscheidene uitleggingen vatbaar is, waarbij zij volgens (minstens) één van die uitleggingen naar recht verantwoord is en volgens (minstens één van) de andere niet⁷⁷. Opnieuw duikt het vereiste op dat het Hof van Cassatie in de mogelijkheid moet verkeren om de

zou zijn in dergelijke gevallen cassatieberoep in te stellen, wat zou uitmonden in rechtsweigering: “La Cour ne pourrait ni déclarer le recours fondé, car elle ne peut affirmer que la décision est illégale, ni rejeter le recours, car elle ne peut décider que la décision est légale.”.

⁷² Cass. 25 juni 2004, *Pas.* 2004, I, 1173.

Zie ook: Cass. 16 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1339, *Res Jur. Imm.* 2006, 64 en *Rev. not. b.* 2005, 608, noot.

⁷³ Cass. 3 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 680, *Pas.* 1984, I, 628 en *R.W.* 1985-86, 309; Cass. 30 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 525, *Pas.* 1989, I, 471, *R.G.A.R.* 1990, nr. 11.783 en *R.W.* 1989-90, 468, noot.

⁷⁴ Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1973-74, 624 en *Pas.* 1974, I, 597; Cass. 4 januari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 514 en *Pas.* 1980, I, 511.

⁷⁵ B. MAES, *o.c.*, p. 24-25, nr. 17.

⁷⁶ G. DE MAESENEIRE, *l.c.*, p. p. 196, nrs. 8-9; B. MAES, *o.c.*, p. 36-39, nrs. 26-30.

⁷⁷ Cass. 8 mei 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1046 en *Pas.* 1978, I, 1020; Cass. 25 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 419, *Pas.* 1981-82, I, 419 en *R.G.A.R.* 1983, nr. 10.564; Cass. 22 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1022, *Pas.* 1983, I, 944, *R.C.J.B.* 1984, 359, noot Y. MERCHIEERS, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10.888 en *R.W.* 1983-84, 427, noot E. DIRIX; Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 577, *J.T.* 1984, 637, *Pas.* 1984, I, 540 en *R.W.* 1984-85, 1363; Cass. 20 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 933 en *Pas.* 1984, I, 850; Cass. 6 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 33, *Pas.* 1985, I, 27 en *R.W.* 1984-85, 2579; Cass. 17 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 645, *Pas.* 1985, I, 568 en *R.W.* 1985-86, 1100; Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 749 en *Pas.* 1985, I, 670; Cass. 25 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 120, *F.J.F.* 1988, 173, *Pas.* 1987-88, I, 116, *R.W.* 1987-88, 826 en *T.R.V.* 1988, 51, noot M. WYCKAERT; Cass. 23 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1400, *Pas.* 1988, I, 1292, *R.W.* 1988-89, 1228 en *Verkeersrecht* 1988, 288; Cass. 30 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 525, *Pas.* 1989, I, 471, *R.G.A.R.* 1990, nr. 11.783 en *R.W.* 1989-90, 468, noot; Cass. 24 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1345 en *Pas.* 1992, I, 1301; Cass. 15 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 469 en *Pas.* 2002, I, 439.

beslissing op haar wettigheid te toetsen⁷⁸. Een dubbelzinnig gemotiveerde beslissing maakt deze toets onmogelijk aangezien het Hof niet kan nagaan of de uitlegging die tot de wettigheid van de beslissing doet besluiten de werkelijke gedachtegang van de rechter uitmaakt, terwijl het Hof evenmin kan nagaan of de uitlegging die tot de onwettigheid van de beslissing doet besluiten de werkelijke gedachtegang van de rechter uitmaakt. De motivering laat met andere woorden de grondslag van de beslissing in het onzekere, zodat zij een motiveringsgebrek in zich draagt⁷⁹.

Een grief van dubbelzinnigheid vereist meer dan de vaststelling dat een rechterlijke beslissing voor verscheidene uitleggingen vatbaar is⁸⁰. In minstens één van de uitleggingen moet de beslissing naar recht verantwoord zijn én in minstens één van de andere uitleggingen moet zij niet naar recht verantwoord zijn. Wanneer de beslissing volgens alle uitleggingen niet naar recht verantwoord is, ligt geen motiveringsgebrek wegens dubbelzinnige motivering voor⁸¹. Wanneer de beslissing volgens alle uitleggingen naar recht verantwoord is, ontbreekt het logischerwijze aan een grond tot cassatie⁸². Het cassatiemiddel dat ingaat tegen een beweerdelijk dubbelzinnig gemotiveerde beslissing moet duidelijk aangeven volgens welke uitlegging de beslissing wel naar recht verantwoord is en volgens welke uitlegging dat niet het geval is⁸³. Om tot vernietiging te kunnen leiden, is uiteraard vereist dat de aangevoerde dubbelzinnigheid de wettigheid van de beslissing beïnvloedt. Is dat niet het geval, dan is het middel niet ontvankelijk bij gebrek aan belang⁸⁴.

Het spreekt vanzelf dat de cassatierechtspraak aangaande dubbelzinnig gemotiveerde beslissingen eens te meer de louter vormelijke toets overstijgt⁸⁵. Hoewel het Hof de motiveringsverplichting nagaat, is, in het licht van het cassatiemiddel, een inhoudelijke analyse van de bestreden beslissing noodzakelijk. Om die reden kan deze cassatierechtspraak, hoewel zij artikel 149 GW behelst⁸⁶,

⁷⁸ Cass. 12 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1074 en *Pas.* 1984, I, 1014; Cass. 16 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 174 en *Pas.* 1994, I, 178; Cass. 29 juli 2003, inzake met A.R. nr. P.03.0863.F.

⁷⁹ Cass. 26 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 624 en *Pas.* 1984, I, 582.

⁸⁰ E. KRINGS, conclusie voor Cass. 22 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1022.

⁸¹ Cass. 21 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1270 en *Pas.* 1979, I, 1229; Cass. 22 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1022, *Pas.* 1983, I, 944, *R.C.J.B.* 1984, 359, noot Y. MERCHERS, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10.888 en *R.W.* 1983-84, 427, noot E. DIRIX; Cass. 24 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 202 en *Pas.* 1983-84, I, 189; Cass. 2 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 675 en *Pas.* 1984, I, 624; Cass. 15 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 919, *Journ. proc.* 1984, 29 en *Pas.* 1984, I, 836; Cass. 24 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 682 en *Pas.* 1985, I, 603; Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 749 en *Pas.* 1985, I, 670; Cass. 6 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1200, *J.T.T.* 1985, 335, *Pas.* 1985, I, 1087, *R.W.* 1985-86, 1734 en *Soc. Kron.* 1985, 219; Cass. 27 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 724 en *Pas.* 1997, I, 763.

⁸² Cass. 6 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 33, *Pas.* 1985, I, 27 en *R.W.* 1984-85, 2579.

⁸³ Cass. 20 november 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 368 en *Pas.* 1975, I, 364.

⁸⁴ Cass. 18 november 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 351 en *Pas.* 1975-76, I, 339; Cass. 13 december 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 466 en *Pas.* 1979-80, I, 466.

⁸⁵ Dit is bv. ook het geval wanneer het Hof van Cassatie stelt dat de bestreden beslissing vaag en onduidelijk is en zodoende niet regelmatig met redenen is omkleed (Cass. 26 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 937 en *Pas.* 1982, I, 883).

⁸⁶ Wat maakt dat uit deze rechtspraak in de regel geen oplossing in rechte kan worden afgeleid (F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de

enigszins leerrijk⁸⁷ zijn, althans wanneer tot een dubbelzinnig gemotiveerde bestreden beslissing wordt besloten en het Hof hierbij, in de lijn van het middel, aangeeft volgens welke uitlegging de bestreden beslissing wel naar recht verantwoord is en volgens welke uitlegging dat niet het geval is.

B. STRAFZAKEN

28. Ook in strafzaken blijft de motiveringsverplichting als vormvereiste het uitgangspunt⁸⁸. Ook hier kan het cassatiemiddel bezwaarlijk, onder het mom van een beweerd motiveringsgebrek, kritiek in rechte bieden⁸⁹. Cassatierechtspraak leert dat het Hof tot op heden, strenger nog dan in burgerlijke zaken, vasthoudt aan dit uitgangspunt.

Meer dan eens benadrukt het Hof dat artikel 149 GW enkel een vormvereiste oplegt en zodoende geen verband houdt met de juridische waarde⁹⁰ van het antwoord op de conclusies⁹¹, ja zelfs met de volledigheid⁹², het passende karakter⁹³ of de

akten”, *l.c.*, kol. 269, nr. 10 *in fine*; E. LIEKENDAEL, noot onder Cass. 27 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 948).

⁸⁷ B. MAES, *o.c.*, p. 39, nr. 30.

⁸⁸ Zie voor een algemene studie aangaande de motiveringsverplichting van de strafrechter: J. CONSTANT, “Propos sur la motivation des jugements et des arrêts en matière répressive”, *J.T.* 1970, 661-672; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 682-752, nrs. 1457-1604; J. DU JARDIN, “Motivering van vonnissen en arresten in strafzaken”, *Comm. Straf.* 2002, 63 p.; A. SMETRYNS, *l.c.*, 65 p.

Zie aangaande specifieke deelproblemen, bv.: M. DE SWAEF, “De motivering van de straftoemeting”, noot onder Cass. 6 november 1990, *R.W.* 1990-91, 1200-1201; M. DE SWAEF, “Vervangende gevangenisstraf en motiveringsverplichting”, noot onder Cass. 31 maart 1992, *R.W.* 1991-92, 1365-1366; P. TRAEEST, “De innerlijke overtuiging van de rechter en de motiveringsverplichting”, in VERBRUGGEN, F., VERSTRAETEN, R., VAN DAELE, D., SPRIET, B. (eds.), *Strafrecht als roeping – Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, Leuven, 2005, 553-567; A. VANDEPLAS, “Over de motiveringsplicht”, *R.W.* 1998-99, 306.

Zie ook: F. ERDMAN, “Par ces motifs... le pourquoi des choses (La motivation en matière pénale)”, in *Liber Amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits – Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 897-910; D. HOLSTERS, *l.c.*, 31-48; J.-P. SPREUTELS, “Le contrôle de la motivation de la sanction pénale”, in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, 901-927; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 1090-1093; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Maklu, 2005, p. 734-735, nrs. 1564-1566.

⁸⁹ Cass. 6 oktober 2004, *J.T.* 2005, 100, *N.C.* 2006, 124 en *Pas.* 2004, 1479; A. SMETRYNS, *l.c.*, 2 en 7.

⁹⁰ Cass. 23 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2251 en *Pas.* 2002, I, 2011.

⁹¹ De rechter moet niet antwoorden op ter zitting neergelegde stukken, waarvan de inhoud niet is opgenomen in een regelmatig neergelegde conclusie (Cass. 16 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 443, *J.L.M.B.* 2001, 707, *Pas.* 2000, I, 437 en *Rev. dr. pén.* 2000, 840; Cass. 29 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 674 en *Pas.* 2000, I, 666; Cass. 15 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1804 en *Pas.* 2000, I, 1766). De antwoordverplichting onderstelt bovendien een hetzelfde geding neergelegde conclusie (Cass. 24 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 164 en *Pas.* 2001, I, 165).

⁹² Cass. 16 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 914 en *Pas.* 2001, 881.

pertinentie⁹⁴ van dat antwoord. Zo stelt het Hof, in zijn arrest van 2 mei 2001, dat, aangezien de motiveringsverplichting een vormvereiste is, de rechter hieraan voldoet wanneer hij duidelijk en ondubbelzinnig de redenen opgeeft op grond waarvan hij uitspraak doet, ook al zijn die onjuist of onwettig: het middel dat eigenlijk kritiek oefent op ofwel de wettigheid van de bestreden beslissing ofwel de ontoereikendheid of pertinentie van een reden maar niet op het gebrek aan motivering, houdt geen verband met artikel 149 G.W. en faalt bijgevolg naar recht⁹⁵. Zo ook beslist het Hof, in een arrest van 23 november 2005, dat het enkele gegeven dat de appelrechters een onvolledige motivering zouden bieden geen miskenning van hun motiveringsverplichting meebrengt, nu die verplichting in beginsel los staat van de waarde van het antwoord op de conclusie⁹⁶.

29. Zoals in burgerlijke zaken, illustreert het Hof zijn zienswijze verder in de rechtspraak aangaande een (beweerde) tegenstrijdige motivering⁹⁷. In het cassatiemiddel dienaangaande mag geen kritiek in rechte schuilgaan⁹⁸. Is dit niet het geval, dan kan het bedoelde middel slagen. Zo beslist het Hof dat het bestreden arrest tegenstrijdig is wanneer de appelrechters beslissen, enerzijds, dat de burgerlijke partijen, op grond van de telastleggingen valsheid en gebruik van valse stukken, zoals zij zijn gepleegd in de jaarrekening van een verzekeringsonderneming, geen vergoeding kunnen vorderen voor de schade die zij beweren geleden te hebben wegens de steun die voornoemde onderneming aan een verwante onderneming heeft verleend en, anderzijds, dat de schade die zij door die telastleggingen hebben geleden, met name hierin bestaat dat de dividenden van de aandeelhouders werden ondergewaardeerd en de participatie in de winst van de levensverzekerden kunstmatig werd verminderd, terwijl uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat die onderwaardering van de dividenden en die kunstmatige vermindering van de winstparticipatie alleen kan volgen uit de vermindering van de resultaten ten gevolge van die steun⁹⁹. Zo ook beslist het Hof dat het bestreden arrest tegenstrijdig is wanneer de appelrechters, enerzijds, op de strafvordering, de beklagde veroordelen wegens gewone opzettelijke slagen en verwondingen, en, anderzijds, op de burgerlijke rechtsvordering, een deskundige aanstellen wiens opdracht erin bestaat de aanhoudende psychotrauma's te beschrijven waaronder het slachtoffer nog steeds te lijden heeft en die een in het Strafwetboek bepaald gevolg opleveren, terwijl het bewezen verklaarde misdrijf een dergelijk gevolg uitsluit¹⁰⁰. Anderzijds beslist het Hof dat, zo de veroordeling voor een bepaald feit omschreven

⁹³ Cass. 10 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 178 en *Pas.* 1999, I, 183; Cass. 17 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1700, *J.L.M.B.* 2002, 899, noot G. RANERI en *Pas.* 2001, I, 1639.

⁹⁴ Cass. 7 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 239, *Pas.* 2001, I, 238, *Rev. dr. pén.* 2001, 747, noot, *T.A.V.W.* 2001, 237 en *Verkeersrecht* 2001, 237; Cass. 7 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 6, *Pas.* 2004, I, 6 en *Rev. dr. pén.* 2004, 629.

⁹⁵ Cass. 2 mei 2001, *AM* 2002, 162, *Arr. Cass.* 2001, 786 en *Pas.* 2001, I, 755.

⁹⁶ Cass. 23 november 2005, *Pas.* 2005, I, 2330 en *Rev. dr. pén.* 2006, 582.

⁹⁷ A. SMETRYNS, *l.c.*, 5-6.

⁹⁸ Cass. 14 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 425, *J.T.* 1992, 112, *Pas.* 1991, I, 375 en *R.W.* 1991-92, 787.

⁹⁹ Cass. 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829, *J.D.S.C.* 2001, 259 en 269, noot M. DELVAUX en *Pas.* 2001, I, 820.

¹⁰⁰ Cass. 28 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1215, *J.T.* 2001, 381 en *Pas.* 2000, I, 1194.

onder een bepaalde telastlegging en de vrijspraak voor dat feit onder een andere telastlegging zonder motivering tegenstrijdig is, dit niet het geval is wanneer de rechter oordeelt dat het feit slechts onder de telastlegging valt waaraan hij de beklagde schuldig verklaart¹⁰¹.

30. Dezelfde formele motiveringsverplichting geldt waar bijzondere strafwetgeving deze verplichting preciseert, zo bijvoorbeeld in (het oude) artikel 4, § 4, vierde lid van de Wet 5 maart 1998 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling en tot wijziging van de Wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten (thans opgeheven bij art. 106 van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten)¹⁰².

31. In diezelfde optiek, oordeelt het Hof, in een tuchtzaak, dat het middel dat de rechter verwijt te hebben nagelaten om de verenigbaarheid van een interne norm met een verdragsrechtelijke norm te verifiëren, geen verband houdt met de motiveringsverplichting¹⁰³.

32. Toch is ook in strafzaken nuancering van de motiveringsverplichting als louter vormvereiste op zijn plaats, zoals mede blijkt uit de cassatierechtspraak aangaande dubbelzinnig gemotiveerde beslissingen¹⁰⁴. Zoals voormeld, ligt een dubbelzinnig gemotiveerde beslissing voor wanneer zij voor verscheidene uitleggingen vatbaar is, waarbij zij volgens (minstens) één van die uitleggingen naar recht verantwoord is en volgens (minstens één van) de andere niet.

Zo is dubbelzinnig en derhalve in strijd met artikel 149 GW de strafrechterlijke beslissing die het herstel van het recht tot sturen afhankelijk stelt van het slagen voor de in het vonnis bedoelde onderzoeken, maar niet duidelijk maakt of de rechters hebben willen beslissen dat het jegens de beklagde uitgesproken verval van het recht tot sturen een krachtens artikel 38 Wegverkeerswet uitgesproken straf is, in welk geval het herstel in het recht tot sturen afhankelijk kan worden gesteld van het slagen voor de in het vonnis bedoelde onderzoeken, dan wel of dat verval een veiligheidsmaatregel is in de zin van artikel 42 van die wet, in welk geval de rechter het herstel in het recht tot sturen niet afhankelijk mag stellen van diezelfde voorwaarde¹⁰⁵. Zo ook is dubbelzinnig het arrest, waarbij de dader van een poging

¹⁰¹ Cass. 3 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 301 en *Pas.* 1992, I, 255; Cass. 17 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1314 en *Pas.* 1992, I, 1267; Cass. 25 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1197, *Pas.* 1997, I, 1254 en *Verkeersrecht* 1998, 134; Cass. 15 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 419 en *Pas.* 2000, I, 414; Cass. 22 juni 2004, *Pas.* 2004, I, 1107, waar het Hof preciseert dat geen tegenstrijdige motivering voorligt wanneer de redengeving niet toelaat te twijfelen dat de beklagde, ondanks de overbodige vrijspraak voor het feit zoals omschreven onder één kwalificatie, schuldig wordt geacht aan de feiten zoals omschreven onder een andere kwalificatie.

¹⁰² Cass. 14 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1095 en *Pas.* 2000, I, 1077.

¹⁰³ Cass. 20 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2257, *Pas.* 2001, I, 2188 en *R.W.* 2002-03, 1075.

¹⁰⁴ A. SMETRYNS, *l.c.*, 6-7.

¹⁰⁵ Cass. 31 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1821 en *Pas.* 2001, I, 1756.

tot moord wordt veroordeeld doch in het midden wordt gelaten of deze alles heeft gedaan wat hij kon om het kwaad dat hij wilde toebrengen te verwezenlijken of zo hij, door zijn wil, ertoe heeft bijgedragen de tenuitvoerlegging van de moord te verijdelen¹⁰⁶. Hetzelfde geldt voor het arrest dat in het midden laat of de rechter beslist dat het dossier een advies van een gespecialiseerde dienst over de vordering tot herstel in eer en rechten bevat, zodat de voorschriften van artikel 629, laatste lid Sv. zijn nageleefd, dan wel dat de aanwezigheid van een dergelijk advies geen voorwaarde is waaraan de wet het herstel in eer en rechten van de veroordeelde onderwerpt¹⁰⁷. In diezelfde zin vernietigt het Hof de bestreden beslissing omdat de appelrechters in het ongewisse laten of zij beslissen dat het uittreksel uit het strafregister de daarin vermelde veroordelingen, waarvan de eerste rechter melding maakte, niet bewijst, dan wel of zij beslissen dat de veroordelingen zoals vermeld in het uittreksel uit het strafregister en de beslissing van de eerste rechter wel bestaan maar daarmee geen rekening moet worden gehouden omwille van de door de appelrechters aangewezen persoonlijke en sociale redenen. In de eerste uitlegging staan de appelrechters wettig een uitstel van tenuitvoerlegging van de straf toe, in de tweede uitlegging niet (want met schending van art. 8, § 1, eerste lid van de Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie)¹⁰⁸.

In dezelfde optiek beslist het Hof, in een arrest van 14 maart 2001, dat het bestreden arrest van het Hof van Assisen niet regelmatig met redenen is omkleed, omdat het geen duidelijkheid verschaft over de vraag of het Hof van Assisen heeft willen beslissen dat het bestaan van verzachtende omstandigheden ten voordele van de dader van een misdaad geen invloed kan hebben op de straf die de wet op die misdaad stelt, dan wel of het in feite heeft geoordeeld dat de in het arrest in aanmerking genomen omstandigheden geen verzachtende omstandigheden zijn: die dubbelzinnigheid maakt immers het toezicht van het Hof van Cassatie onmogelijk¹⁰⁹.

§ 3. Link met eerlijk proces en recht van verdediging¹¹⁰

33. Artikel 6, eerste lid E.V.R.M., dat een eerlijk proces¹¹¹ waarborgt, schrijft niet nadrukkelijk voor dat een rechterlijke beslissing met redenen moet worden omkleed, zoals onze Grondwet dat doet in artikel 149. Toch is dit een vanzelfsprekendheid. Zoals voormeld, is de motiveringsverplichting immers onlosmakelijk verbonden met de taak van het rechtspreken (tot beslechting van geschillen)¹¹². Zij is een waarborg

¹⁰⁶ Cass. 29 juli 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1555, *J.L.M.B.* 2004, 1357 en *Pas.* 2003, I, 1321.

¹⁰⁷ Cass. 25 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 332, *Pas.* 2004, I, 334, *Rev. dr. pén.* 2004, 1068 en *R.W.* 2004-05, 1383.

¹⁰⁸ Cass. 24 mei 2006, *NjW* 2007, 223 en *Rev. Dr. pén.* 2006, 1188.

¹⁰⁹ Cass. 14 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 408 en *Pas.* 2001, I, 404.

¹¹⁰ F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", *l.c.*, kol. 260, nr. 3.

¹¹¹ Art. 6 E.V.R.M. speelt slechts voor gedingen tot vaststelling van vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en voor strafrechtelijke gedingen waarbij wordt geoordeeld over de gegrondheid van een strafvervolgning.

¹¹² E.H.R.M. zaak Garcia Ruiz t./ Spanje van 21 januari 1999, § 26, *NJB* 1999, 256 en *R.U.D.H.* 1999, 15; L. BORÉ, "La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme", *J.C.P.* 2000, I, 140.

tegen willekeur en geldt als bron van rechterlijke (zelf)controle¹¹³. De rechter bewijst in zijn motivering de middelen van het dossier zorgvuldig te hebben onderzocht en zijn uitspraak te hebben beredeneerd.

34. Terwijl het Hof van Cassatie, zoals voormeld, slechts beperkte kwalitatieve vereisten aan de motivering stelt, leert vaststaande rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangaande artikel 6, eerste lid E.V.R.M. dat rechterlijke beslissingen op afdoende wijze moeten aanduiden op welke redenen zij steunen¹¹⁴. Voert een rechtzoekende schriftelijk voldoende duidelijke middelen aan, zeker wanneer hij ze staft door middel van stukken en wanneer ze de oplossing van het geschil kunnen beïnvloeden, dan heeft hij recht op een afdoende repliek¹¹⁵. De precieze draagwijdte van de motiveringsverplichting kan verschillen van geval tot geval en hangt af van het geheel van de omstandigheden van het geschil¹¹⁶. Zo stelt het Europese Hof dat de motiveringsverplichting scherper wordt naarmate de rechter toepassing maakt van wetbepalingen die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn of van meer ambigue normgeving¹¹⁷. Hoe dan ook vergt zij geen gedetailleerde repliek op elk middel, laat staan argument, dat de partijen aanvoeren¹¹⁸. De motiveringsverplichting is, naar Europese normen, zeker niet absoluut. De nationale lidstaten genieten enige beleidsruimte¹¹⁹. Zo mag een appelrechter die het hoger beroep verwerpt, er zich toe beperken de redengeving van het beroepen vonnis tot de zijne te maken¹²⁰, op voorwaarde dat dit laatste vonnis een afdoende redengeving bevat¹²¹. De motivering mag dus kort zijn, maar niet tegenstrijdig of dubbelzinnig¹²². De motivering mag ook impliciet zijn, voor zover het maar duidelijk is dat zij strekt tot repliek op een of ander middel¹²³.

¹¹³ E.H.R.M. zaak Suominen t./ Finland van 1 juli 2003.

¹¹⁴ M. REGOUT, *l.c.*, 335-337; K. RIMANQUE, "Art. 6 E.V.R.M.", *Comm. Ger.* 2002, p. 66-68, nrs. 74-76.

¹¹⁵ E.H.R.M. zaak Ruiz Torija en Hiro Balani t./ Spanje van 9 december 1994, §§ 28 en 30, *Liga* 1995, nr. 3-4, p. 14, *P & B* 1995, 105 en *Publ. Eur. Court H.R.* 1995, Serie A, nr. 303-A; F. KUTY, "L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. h.* 1998, 850.

¹¹⁶ E.H.R.M. zaak Higgins e.a. t./ Frankrijk van 19 februari 1998, *Rev. trim. dr. h.* 1998, 837 en *Recueil* 1998-I, 44; E.H.R.M. zaak Garcia Ruiz t./ Spanje van 21 januari 1999, *NJB* 1999, 256 en *R.U.D.H.* 1999, 15; E.H.R.M. zaak Karakasis t./ Griekenland van 17 oktober 2000, § 27; E.H.R.M. zaak Lindmer & Hammermayer t./ Roemenië van 3 december 2002, § 32.

¹¹⁷ E.H.R.M. zaak H. t./ België van 30 november 1987, § 53, *J.T.* 1988, 422, noot P. LAMBERT, *Journ. proc.* 1987, 28, noot P. LEGROS, *NJB* 1988, 127 en *Publ. Eur. Court H.R.* 1988, Serie A, nr. 127-B.

¹¹⁸ E.H.R.M. zaak Van de Hurk t./ Nederland van 19 april 1994, § 61, *J.L.M.B.* 1995, 359, noot A. KOHL, *NJB (bijlage)* 1995, 669, *Publ. Eur. Court H.R.* 1994, Serie A, nr. 288 en *R.U.D.H.* 1994, 272.

¹¹⁹ E.H.R.M. zaak Jokela t./ Finland van 21 mei 2002, § 72, *F.J.F.* 2006, 118, noot.

¹²⁰ E.H.R.M. zaak Garcia Ruiz t./ Spanje van 21 januari 1999, *NJB* 1999, 256 en *R.U.D.H.* 1999, 15.

¹²¹ E.H.R.M. zaak Jokela t./ Finland van 21 mei 2002, § 73, *F.J.F.* 2006, 118, noot.

¹²² E.H.R.M. zaak Hirvisaari t./ Finland van 27 september 2001, *NJB* 2001, 2094 en *P.&B.* 2001, 235.

¹²³ E.H.R.M. zaak Ruiz Torija en Hiro Balani t./ Spanje van 9 december 1994, §§ 30, *Liga* 1995, nr. 3-4, p. 14, *P & B* 1995, 105 en *Publ. Eur. Court H.R.* 1995, Serie A, nr. 303-A.

35. Toch ziet het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de motiveringsverplichting meer dan een louter vormvereiste. Is de inhoud van de redengeving niet afdoende, dan wordt het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. geschonden. Zo oordeelt het Europese Hof dat, wanneer de Raad van de Orde bij de balie te Hasselt de toegang weigert tot de stage aan een 53-jarige gewezen officier, omdat hij reeds een volledige loopbaan achter de rug heeft, dit onwettige motief om hem te weigeren, zijn recht op een eerlijk proces aantast¹²⁴. Het Europese Hof oordeelde ook dat, wanneer aan een gehuwde vrouw met een zoontje van drie jaar een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid wordt geweigerd op de enkele grond dat moeders van kleine kinderen toch geen werk meer aanvaarden, dit ongecontroleerde en discriminerende motief haar recht op een eerlijk proces schendt¹²⁵. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt evenmin een impliciete of stilzwijgende motivering die erin zou bestaan dat uit de verwerping van de vordering of het middel van de ene partij af te leiden valt dat de vordering of het middel van de andere partij wel gegrond of afdoende waren. Uit het stilzwijgen van de rechter kan immers niet zonder meer worden afgeleid dat een voor de zaak belangrijk middel over het hoofd werd gezien, dan wel impliciet verworpen¹²⁶. Het Europese Hof oordeelde nog dat een arrest van een Hof van Cassatie, dat de voorziening verwerpt doch kennelijk steunt op een vergissing, ondeugdelijk is gemotiveerd en artikel 6, eerste lid E.V.R.M. schendt¹²⁷.

36. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangaande artikel 6, eerste lid E.V.R.M. is zodoende minder streng en tegelijk strenger bij de invulling van de motiveringsverplichting in vergelijking met het Hof van Cassatie. Een redengeving die, aldus het Hof van Cassatie formeel strookt met artikel 149 GW kan immers stuiten op de kwalitatieve vereisten, zoals het Europese Hof die vooropstelt. Omgekeerd moet duidelijk zijn dat een motiveringsgebrek in de zin van artikel 149 GW als dusdanig geen schending van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. of van het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging impliceert¹²⁸. Het eerlijke proces in de zin van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. is

¹²⁴ E.H.R.M. zaak De Moor t./ België van 23 juni 1994, Serie A, nr. 292-A, § 55 en *Mensenrechten* 1994, 198, noot P. LEFRANC.

Zie in diezelfde optiek: E.H.R.M. H. t./ België van 30 november 1987, *J.T.* 1988, 422, noot P. LAMBERT, *Journ. proc.* 1987, 28, noot P. LEGROS, *NJB (Ned.)* 1988, 127 en *Publ. Eur. Court H.R.* 1988, Serie A, nr. 127-B.

¹²⁵ E.H.R.M. zaak Schuler-Zraggen t./ Zwitserland van 24 juni 1993, § 67, *Jaarboek Menschenrechten* 1993, 274, *Liga* 1994, 19, *NJB (bijlage)* 1995, 425, *Publ. Eur. Court H.R.* 1993, Serie A, nr. 263, *R.U.D.H.* 1993, 331, *R.W.* 1993-94, 878, noot C. BERX en *Soc. Kron.* 1998, 515, noot J. JACQMAIN; C. BERX, "Behoorlijke rechtsbedeling en non-discriminatie", noot onder E.H.R.M. 24 juni 1993, *R.W.* 1993-94, 878-880.

¹²⁶ E.H.R.M. zaak Ruiz Torija en Hiro Balani t./ Spanje van 9 december 1994, *Liga* 1995, nr. 3-4, p. 14, *P.&B.* 1995, 105 en *Publ. Eur. Court H.R.* 1995, Serie A, nr. 303-A; E.H.R.M. zaak Higgins e.a. t./ Frankrijk van 19 februari 1998, *Rev. trim. dr. h.* 1998, 837 en *Recueil* 1998-I, 44; F. KUTY, *l.c.*, 835

¹²⁷ E.H.R.M. zaak Dulaurans t./Frankrijk van 21 maart 2000.

¹²⁸ Cass. 9 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003 en *Pas.* 2003, I, 1567; Cass. 8 september 2006, *T.B.P.* 2007, 429 en *T. Gez.* 2006-07, 182, noot F. BLOCKX.

bovendien te onderscheiden van het vermelde algemene rechtsbeginsel. In die optiek verwerpt het Hof van Cassatie systematisch middelen die door elkaar schending aanvoeren van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. of van het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging¹²⁹.

§ 4. Technieken om de motivering te beperken: ‘motiveringsbesparende technieken’

37. De invulling van de motiveringsverplichting als een vormvereiste brengt, zoals voormeld, mee dat een rechterlijke uitspraak aan de motiveringsverplichting in de zin van artikel 149 GW beantwoordt zelfs wanneer zij steunt op onjuiste vaststellingen in feite dan wel op een onjuiste beoordeling van deze vaststellingen in feite of op een onjuiste beoordeling in rechte: onjuiste motieven leveren met andere woorden geen motiveringsgebrek op. Maar dit betekent evengoed dat onjuiste middelen een antwoord verdienen. Alle middelen van de partijen verdienen immers een antwoord. Dit is althans het uitgangspunt, dat weliswaar voor ernstige nuance vatbaar is. Dit is ook het aanknopingspunt om, in de lijn van de hoger aangehaalde voorstellen tot aanpassing artikel 780, *sub* 3° Ger.W. in het raam van de parlementaire voorbereiding van de Wet van 26 april 2007, voorop te stellen dat een rechterlijke beslissing, veeleer dan een antwoord op alle middelen van de partijen, kan volstaan met de opgave van het voorwerp van de vorderingen en de redenen in feite en in rechte waarop de beslissing steunt. Die bijgestuurde invulling van de motiveringsverplichting zou leiden tot een inperking van de gerechtelijke achterstand en bovendien de leesbaarheid, ja zelfs de kwaliteit, van de rechterlijke beslissingen verbeteren.

38. Evenwel rijst de vraag of een bijgestuurde invulling van de motiveringsverplichting nodig is en of de zogeheten ‘motiveringsbesparende technieken’ niet kunnen volstaan. Dergelijke technieken zijn immers onderschat¹³⁰. Beheersing ervan kan nochtans een noemenswaardige verlichting van de motiveringsverplichting meebrengen, en dit zonder dat de rechterlijke beslissingen daarom aan kwaliteit moeten inboeten. Ter illustratie volgen hierna vooreerst enkele krijtlijnen tot afbakening van de thans geldende motiveringsverplichting en nadien, mede in het licht van (recente) cassatierechtspraak, enkele van de bedoelde motiveringsbesparende technieken, de ene al meer efficiënt dan de andere.

39. Al bij al komt een zeer soepele cassatierechtspraak naar voren. Het Hof van Cassatie zoekt in de praktijk de minimale grenzen op van de in beginsel louter formele motiveringsverplichting¹³¹. Wanneer het ook maar enigszins mogelijk is, zal het Hof het cassatiemiddel geput uit een schending van artikel 149 GW verwerpen. Eigenlijk voert het Hof niet veel meer dan een marginale toets door, waarbij enkel onoverkomelijke motiveringsgebreken tot cassatie leiden¹³².

¹²⁹ Cass. 23 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1954 en *Pas.* 2003, 1681.

¹³⁰ M. REGOUT, *l.c.*, 342-343.

¹³¹ G. LONDERS, *l.c.*, 326-327.

¹³² Zie bv.: Cass. 25 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1139, *Pas.* 1985, I, 1044, *R.W.* 1985-86, 380, *Rev. not. b.* 1985, 441, noot A. LIMPENS en *T.B.H.* 1985, 628; Cass. 26 april 1985, *Arr.*

A. AFBAKENING

40. De rechter die in het raam van het hem voorliggende geschil de vorderingen van de partijen beslecht, is in de regel, op grond van de motiveringsverplichting, gehouden tot antwoord op de door de partijen regelmatig (bij conclusie) aangevoerde middelen¹³³. De motivering moet duidelijk maken of deze middelen in de rechterlijke uitspraak zijn verwerkt. Wat de feiten en de procedurevoorgaanden betreft, kan de rechter voldoen met de opgave van de voor zijn verdere beoordeling en beslissing van belang zijnde elementen. En dan nog zou hij zich, strikt gezien, enkel kunnen concentreren op de betwiste feitelijke elementen. De rechter is verder geenszins gehouden om de middelen van de partijen samen te vatten. Hij kan volstaan met het beantwoorden ervan.

Meteen blijkt dat de motiveringsverplichting niet geldt wanneer de rechter geen geschil beslecht, nu alsdan geen vordering in de zin van artikel 1138, *sub* 3° Ger.W. voorligt¹³⁴. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor ordemaatregelen, dit zijn maatregelen van organisatorische aard in de zin van artikel 1046 Ger.W.¹³⁵. Zo moet de rechter geen specifieke redenen opgeven waarom hij afwijzend beslist op een verzoek tot persoonlijke verschijning met het oog op een eventuele verzoening¹³⁶.

De motiveringsverplichting moet ook steeds worden gezien binnen de passende wettelijke context. Zo bepaalt artikel 773 Ger.W. dat het verzoek tot heropening van het debat omwille van een tijdens het beraad ontdekt nieuw stuk of feit (van overwegend belang in de zin van art. 772 Ger.W.) dit stuk of feit nauwkeurig moet aangeven ‘zonder nadere toelichting’¹³⁷. Welnu, de rechter, die dit verzoek

Cass. 1984-85, 1155 en *Pas.* 1985, I, 1059; *Cass.* 11 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1085 en *Pas.* 1986, I, 980; *Cass.* 15 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 510 en *Pas.* 1999, 524.

¹³³ In zijn arrest van 9 februari 2007 preciseert het Hof van Cassatie dat, wanneer een partij op de inleiding is verschenen of een schriftelijke verklaring van verschijning heeft gedaan en vervolgens conclusie heeft genomen, de rechtspleging op tegenspraak verloopt, ook wanneer zij niet verschijnt op een latere zitting waarop de zaak is bepaald of waartoe zij is verdaagd, en dat de rechter op die conclusie dient te antwoorden; dit is ook het geval wanneer die latere zitting is bepaald in een tussenvonnis waarbij de heropening van het debat wordt bevolen, zelfs teneinde het in zijn geheel te hernemen voor een anders samengestelde zetel (*Cass.* 9 februari 2007, inzake met A.R. D.06.0002.N; vgl.: *Cass.* 4 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 502 en *Pas.* 1984, I, 476).

¹³⁴ *Cass.* 21 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 519, *J.T.* 1994, 19, *Pas.* 1993, I, 505 en *R.W.* 1993-94, 412, waar het Hof beslist dat het door een partij in de loop van het geding gedane verzoek om het debat te heropenen ingeval de rechter zou menen dat het tot dan toe geleverde bewijs ontoereikend is, geen punt van de vordering is, zodat de rechter dat verzoek kan afwijzen door het geding voort te zetten en uitspraak te doen over de vordering, zonder die afwijzing met redenen te omkleeden; *Cass.* 30 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 133 en *Pas.* 1998, I, 141, waar het Hof beslist dat de wilsuïting van een partij om in geval van niet-bevestiging van het bestreden vonnis een nieuwe conclusie neer te leggen, geen punt van de vordering is, zodat de appelrechter daarmee geen rekening dient te houden en zijn beslissing dienaangaande niet met redenen dient te omkleeden.

¹³⁵ De beslecht hierbij geen geschil van feitelijke of juridische aard en loopt er evenmin op vooruit, zodat zijn beslissing aan de partijen geen onmiddellijk nadeel kan berokkenen (*Cass.* 15 mei 2006, inzake met A.R. C.04.0482.N).

¹³⁶ *Cass.* 1 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1163 en *Pas.* 1989, I, 1048.

¹³⁷ Zie hieromtrent: *Cass.* 10 september 2004, *P & B* 2005, 74 en *Pas.* 2004, I, 1296; L. VERHAEGEN, “Art. 773 Ger.W.”, *Comm. Ger.* 1988, p. 2, nr. 2.

beoordeelt, hoeft dan ook niet in te gaan op de tot staving ervan aangevoerde middelen. Hij motiveert zijn beslissing regelmatig door te oordelen 'dat de aangevoerde elementen niet kunnen leiden tot een andere beslissing'¹³⁸.

Verder moeten de middelen natuurlijk regelmatig zijn aangebracht, gebeurlijk vervat in een regelmatig genomen conclusie¹³⁹. Bij gebrek aan conclusie is de motiveringsverplichting sowieso beperkt¹⁴⁰.

Dit is *a fortiori* het geval waar de rechter over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt, zo bijvoorbeeld inzake samenhang in de zin van artikel 30 Ger.W.¹⁴¹. Zo ook, oordeelt de (feiten)rechter, blijkens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, onaantastbaar in feite of het oppoortuun is om, zoals gevraagd (bij toepassing van de artt. 772-773 Ger.W.), het debat te heropenen¹⁴². In diezelfde zin oordeelt de feitenrechter, buiten de gevallen waarin de

¹³⁸ Cass. 12 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1267 en *Pas.* 1980, I, 1252.

Zie ook: Cass. 1 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1163 en *Pas.* 1989, I, 1048; Cass. 22 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 316, *Jaarboek Mensenrechten* 1993, 376, noot en *Pas.* 1993, I, 308.

¹³⁹ Zie omtrent de regelmatig genomen (schriftelijke) conclusie: B. MAES, *o.c.*, p. 45-55, nrs. 35-44.

¹⁴⁰ Zie omtrent die beperkte motiveringsverplichting: B. MAES, *o.c.*, p. 41-45, nrs. 31-34.

Zo luidt een vaststaande cassatierechtspraak dat de burgerlijke rechter, die een wetsbepaling toepast, bij ontstentenis van een daartoe strekkende conclusie, niet verplicht is vast te stellen dat alle voorwaarden voor de toepassing ervan zijn vervuld (Cass. 14 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 497 en *Pas.* 1988, I, 463; Cass. 17 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 517, *Pas.* 1988, I, 483, *Rec. gén. enr. not.* 1988, 163 en *Rev. not. b.* 1988, 482; Cass. 17 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 53, *J.T.T.* 1991, 177, *Pas.* 1991, I, 50, *R.W.* 1990-91, 847, *Soc. Kron.* 1991, 137, *T.B.H.* 1990, 965, noot; Cass. 15 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1201 en *Pas.* 1992, I, 1159; Cass. 29 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 107, *Journ. proc.* 1999, 30, noot J. KIRKPATRICK). Wanneer bv. de verwerping van een vordering tot schadeloosstelling hierop steunt dat niet is bewezen dat de fout van de verweerder nadeel heeft berokkend aan de eiser, behoeft de rechter, bij ontstentenis van een conclusie dienaangaande, niet uitdrukkelijk vast te stellen dat alle voorwaarden zijn vervuld om te besluiten dat er geen oorzakelijk verband was (Cass. 28 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 244).

Het Hof van Cassatie moet natuurlijk wel in staat blijven het hem opgedragen wettigheidstoezicht uit te oefenen (Cass. 20 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 905, *De Verz.* 1981, 415, noot V.H. en *Pas.* 1980, I, 894; Cass. 22 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 304, *Pas.* 1993, I, 296, *R.W.* 1993-94, 306 en *Soc. Kron.* 1993, 313, noot J. JACQMAIN).

¹⁴¹ Cass. 25 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 568, *Bull. Bel.* 1992, 1194, *F.J.F.* 1991, 170, *Pas.* 1991, I, 505 en *R.W.* 1990-91, 1436; Cass. 29 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 773 en *Pas.* 1998, I, 832.

¹⁴² Cass. 1 februari 1971, *Arr. Cass.* 1970-71, 529 en *Pas.* 1971, I, 503; Cass. 8 januari 1974, *Arr. Cass.* 1973-74, 511 en *Pas.* 1974, I, 479; Cass. 2 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1215, *Pas.* 1982, I, 1140, *Rev. dr. pén.* 1982, 908 en *R.W.* 1983-84, 934, noot A. VANDEPLAS; Cass. 19 december 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 559 en *Pas.* 1985, I, 492; Cass. 8 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 27 en *Pas.* 1988, I, 25; Cass. 30 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 386 en *Pas.* 1989, I, 351; Cass. 6 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 408 en *Pas.* 1989, I, 372; Cass. 13 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 236 en *Pas.* 1992, I, 200; Cass. 9 januari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 65, *F.J.F.* 2003, 102, noot en *Pas.* 2002, 62; Cass. 24 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1940, *Pas.* 2002 en *R.W.* 2003-04, 61, noot S. VANDROMME; Cass. 9 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2105 en *Pas.* 2002, 1878; L. VERHAEGEN, *l.c.*, p. 5, nr. 7.

wet hem daartoe verplicht (art. 774, tweede lid Ger.W.¹⁴³), onaantastbaar in feite of het opportuun is om ambtshalve het debat te heropenen¹⁴⁴. De feitenrechter is niet verplicht zijn beslissing dienaangaande met redenen te omkleden¹⁴⁵.

41. In die gevallen waar de partijen een bijkomende of aanvullende mogelijkheid krijgen om debat te voeren, moeten zij de daartoe aangegeven grenzen eerbiedigen. Zo dient de rechter niet te antwoorden op een conclusie die geen verband houdt met het voorwerp van het heropende debat¹⁴⁶. Aldus beslist het Hof van Cassatie ook dat de rechter een bijkomende of aanvullende conclusie inhoudende 'repliek op het advies van het openbaar ministerie' (bij toepassing van art. 767 Ger.W.) alleen in aanmerking moet nemen voor zover zij antwoordt op het advies van het openbaar ministerie¹⁴⁷. Het Hof preciseert dat het aanbieden in een conclusie 'inhoudende

¹⁴³ Cass. 3 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 415 en *Pas.* 1998, I, 438; Cass. 22 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 986 en *Pas.* 1998, I, 1053; Cass. 23 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 552 en *Pas.* 1999, I, 568; Cass. 29 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 591 en *Pas.* 1999, I, 608; Cass. 17 mei 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1310 en *Pas.* 2002, 1172.

¹⁴⁴ Cass. 28 januari 1969, *Pas.* 1969, I, 489; Cass. 9 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 179, *J.T.* 1975, 695, *Pas.* 1975-76, I, 169 en *R.W.* 1975-76, 1808; Cass. 6 september 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1034 en *Pas.* 1999, I, 1074.

¹⁴⁵ Cass. 9 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 493, *J.T.* 1983, 272, *Pas.* 1983, I, 446 en *R.W.* 1984-85, 687; Cass. 6 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 408 en *Pas.* 1989, I, 372; Cass. 9 januari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 65, *F.J.F.* 2003, 102, noot en *Pas.* 2002, 62; zie ook: Cass. 8 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 434, *J.T.* 1989, 275, *Pas.* 1989, I, 395 en *T.B.H.* 1989, 935, noot H. VAN HOUTTE, omtrent de beslissing van een buitenlands rechtscollege als 'nieuw stuk of feit' in de zin van art. 772 Ger.W.; Cass. 22 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 316, *Jaarboek Mensenrechten* 1993, 376, noot en *Pas.* 1993, I, 308, omtrent het advies van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken als 'nieuw stuk of feit' in de zin van art. 772 Ger.W. Uiteraard kan de feitenrechter het verzoek tot heropening van het debat niet zonder meer naast zich neerleggen: de rechter die geen uitspraak doet over het verzoek tot heropening van het debat, schendt artikel 773 Ger.W. (Cass. 5 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1643 en *Pas.* 2001, 1584; vgl.: Cass. 13 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 917 en *Pas.* 1989, I, 823).

Bij voormelde verwijzingen, zij wel opgemerkt dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek aangaande de heropening van het debat 'als dusdanig' niet van toepassing zijn in strafzaken, zelfs niet wanneer de strafrechter uitspraak doet op burgerlijk gebied (Cass. 20 juli 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1397 en *Pas.* 1982, I, 1302; Cass. 19 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 138, *J.T.* 2000, 465 en *Pas.* 2000, I, 136; Cass. 2 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 277, *J.T.* 2000, 400, *Pas.* 2000, I, 274, *R.G.A.R.* 2000, nr. 13.259, noot R.R.D., *T. Verz.* 2001, 490 en *Verkeersrecht* 2000, 298; Cass. 14 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 280, *F.J.F.* 2004, 316, *J.T.* 2001, 593, *Pas.* 2001, I, 279, *Rev. dr. pén.* 2001, 875, *R.W.* 2002-03, 1624, noot J. VAN DONINCK en *T.F.R.* 2001, 614, noot J. SPEECKE; Cass. 16 januari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 156, *J.T.* 2002, 289 en *Pas.* 2002, I, 148; Cass. 12 november 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2454, *NjW* 2002, 534, *Panopticon* 2003, 303, *Pas.* 2002, 2157 en *R.W.* 2006-07, 758, noot).

¹⁴⁶ Omgekeerd doet de enkele heropening van het debat geen afbreuk aan de antwoordverplichting op voordien genomen conclusies, tenzij de partij die ze heeft genomen er afstand van doet (Cass. 28 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 131; B. MAES, *o.c.*, p. 50-51, nr. 39).

¹⁴⁷ Cass. 20 september 2004, *J.T.T.* 2005, 256 en 398, *NjW* 2005, 950, *Pas.* 2004, I, 1368, *R.A.B.G.* 2004, 1210, *R.W.* 2007-08, 499, *Soc. Kron.* 2004, 570, *T.B.B.R.* 2006, 65, noot D. SCHEERS en *T.G.R. - T.W.V.R.* 2005, 203, noot. Zie ook: Cass. 6 november 2006, *J.L.M.B.* 2007, 820, *R.A.B.G.* 2007, 256, noot P. VANLERSBERGHE en *P & B* 2007, 97.

repliek op het advies van het openbaar ministerie' van een getuigenbewijs omtrent een feit waarvan het openbaar ministerie in zijn advies heeft gesteld dat dit niet bewezen is, geen repliek op dit advies uitmaakt, maar neerkomt op een hervatting van het debat tussen de partijen na het sluiten ervan¹⁴⁸.

42. Daarbij komt dat wie een motiveringsgebrek inroept voor het Hof van Cassatie, dit gebrek precies moet aflijnen¹⁴⁹. Het cassatiemiddel is niet ontvankelijk, wegens onduidelijkheid, wanneer het de bestreden beslissing verwijt dat het een conclusie niet beantwoordt, zonder daarbij aan te geven om welke vordering of welk middel het exact gaat¹⁵⁰. Het Hof is daardoor niet in staat na te gaan of de bestreden beslissing is tot stand gekomen met behoorlijke inachtneming van de bedoelde conclusie¹⁵¹. Hetzelfde geldt voor het middel dat tegelijk aanvoert dat de motivering van de bestreden beslissing niet passend, vaag en dubbelzinnig is¹⁵².

B. BESCHOUWINGEN ZONDER JURIDISCHE DRAAGWIJDTE

43. Zoals gezegd, moet de motivering enigszins pertinent of relevant zijn en zodoende kunnen dienen tot verwerking van het aangevoerde middel. Vandaar dat de rechter niet moet antwoorden op aanvoeringen zonder (juridische) pertinentie of relevantie in het raam van het voorliggende geschil¹⁵³. Beschouwingen zonder juridische draagwijdte behoeven geen repliek¹⁵⁴, zo evenmin aanvoeringen die geen

¹⁴⁸ D. SCHEERS, "Repliek op het advies van het openbaar ministerie: in de beperking kent men de meester", noot onder Cass. 20 september 2004, *T.B.B.R.* 2006, 66-67; P. VANLERSBERGHE, "Het recht van repliek en het contradictoir debat", noot onder Cass. 6 november 2006, *R.A.B.G.* 2007, 259-263.

¹⁴⁹ Gebeurlijk met één enkele verwijzing naar artikel 149 GW, ook al bevat het middel verschillende grieven (Cass. 3 december 2007, inzake met A.R. nr. C.07.0033.F). Het cassatiemiddel dat een motiveringsgebrek aanvoert maar hiervoor geen wetsbepaling als geschonden aanwijst, is vanzelfsprekend niet ontvankelijk (Cass. 14 februari 2008, inzake met A.R. nr. F.06.0080.N).

¹⁵⁰ Cass. 20 november 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 368, *J.T.* 1976, 187, *Pas.* 1975, I, 364 en *R.W.* 1975-76, 2040; Cass. 12 november 1976, *Arr. Cass.* 1976-77, 293 en *Pas.* 1976-77, I, 291; Cass. 8 april 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1043 en *Pas.* 1987, I, 949; Cass. 16 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 914 en *Pas.* 2001, I, 881.

¹⁵¹ Cass. 19 november 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1962 en *Pas.* 2001, I, 1895.

¹⁵² Cass. 14 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 52 en *Pas.* 1999, I, 53.

¹⁵³ Cass. 8 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1078, *J.T.* 1995, 296 en *Pas.* 1994, I, 1067; Cass. 24 september 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1158 en *Pas.* 1999, I, 1204; Cass. 20 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 569 en *Pas.* 2002, I, 531.

¹⁵⁴ Cass. 23 mei 1969, *Arr. Cass.* 1969, 937 en *Pas.* 1969, I, 874; Cass. 18 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1977-78, 224 en *Pas.* 1977-78, I, 211; Cass. 4 november 1977, *Arr. Cass.* 1977-78, 285 en *Pas.* 1977-78, I, 272; Cass. 20 januari 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 612 en *Pas.* 1978, I, 592; Cass. 21 november 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 326 en *Pas.* 1978-79, I, 337; Cass. 11 december 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 410 en *Pas.* 1978-79, I, 412; Cass. 9 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1079 en *Pas.* 1979, I, 1067; Cass. 27 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 797 en *Pas.* 1980, I, 790; Cass. 9 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1249 en *Pas.* 1980, I, 1035; Cass. 23 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 209 en *Pas.* 1980-81, I, 240; Cass. 6 november 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 256 en *Pas.* 1980-81, I, 282; Cass. 11 maart 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 855 en *Pas.* 1981, I, 763; Cass. 27 juni 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1516, *Pas.* 1985, I, 1394 en *R.W.* 1985-86, 1444, noot; Cass. 12 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 48 en *Pas.* 1986-87, I, 46; Cass.

verband houden met het voorwerp van de vordering(en)¹⁵⁵. Een conclusie moet middelen bevatten¹⁵⁶ (art. 744, tweede lid Ger.W.).

In diezelfde zin stelt het Hof dat de rechter niet hoeft te antwoorden op een conclusie waar die slechts een veronderstelling of een vraagstelling bevat¹⁵⁷. De rechter hoeft ook niet te antwoorden op een bewering die, gelet op de algemeenheid en de vaagheid ervan, niet kon worden weerlegd¹⁵⁸. Kortom, een onduidelijke of vage conclusie verdient geen repliek¹⁵⁹, laat staan een innerlijk tegenstrijdige conclusie¹⁶⁰ of een eerdere conclusie die door een latere conclusie van dezelfde partij wordt tegengesproken¹⁶¹.

Evenmin moet de rechter, in een tussenbeslissing, ingaan op voorbarig aangevoerde middelen¹⁶². Hij moet die middelen dan wel betrekken in zijn eindbeslissing¹⁶³. Omgekeerd moet de rechter met het oog op een latere beslissing niet meer antwoorden op middelen die betrekking hebben op geschilpunten die hij in een eerdere beslissing heeft beslecht¹⁶⁴.

8 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 716, *Pas.* 1988, I, 658 en *R.W.* 1362; *Cass.* 26 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1286 en *Pas.* 1989, 1175.

¹⁵⁵ *Cass.* 27 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 137 en *Pas.* 1982-83, 127; *Cass.* 16 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 819 en *Pas.* 1989, 734; B. MAES, *o.c.*, p. 62-63, nr. 48.

¹⁵⁶ *Cass.* 17 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1102, *J.T.* 1980, 225 en *Pas.* 1979, I, 1088.

¹⁵⁷ *Cass.* 2 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1142, *Pas.* 1981, I, 1135 en *R.G.A.R.* 1984, nr. 10.740; *Cass.* 24 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 682 en *Pas.* 1985, I, 603; *Cass.* 3 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 729 en *Pas.* 1987, I, 650; *Cass.* 19 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 957 en *Pas.* 1989, I, 858; *Cass.* 13 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 511 en *Pas.* 1989-90, I, 456; *Cass.* 25 juli 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1417 en *Pas.* 1990, I, 1256; *Cass.* 20 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 560 en *Pas.* 2002, I, 523; *Cass.* 25 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 327 en *Pas.* 2004, I, 328.

¹⁵⁸ *Cass.* 28 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1597 en *Pas.* 2001, I, 1539.

Zie ook (aangaande de eenvoudige weerlegging van niet-gemotiveerde beweringen): *Cass.* 29 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 897 en *Pas.* 1979, I, 899; *Cass.* 25 oktober 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 261 en *Pas.* 1979-80, I, 265.

¹⁵⁹ *Cass.* 5 november 1976, *Arr. Cass.* 1976-77, 272 en *Pas.* 1976-77, I, 270; *Cass.* 6 november 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 256 en *Pas.* 1980-81, I, 282; *Cass.* 23 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1235 en *Pas.* 1981, I, 1221; *Cass.* 26 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1393 en *Pas.* 1990, I, 1234; *Cass.* 23 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1833, *Pas.* 2000, I, 1794 en *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.485, noot.

¹⁶⁰ *Cass.* 22 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1120 en *Pas.* 1985, I, 1025.

¹⁶¹ *Cass.* 27 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 439 en *Pas.* 1981-82, I, 437.

Hierbij wordt natuurlijk uitgegaan van een bepaalde interpretatie van de conclusie door de feitenrechter. Wie deze interpretatie als dusdanig wil aanvechten, moet aanvoeren dat de feitenrechter de bewijskracht van de litigieuze conclusie heeft miskend (*Cass.* 29 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 601 en *Pas.* 1981, I, 583; B. MAES, *o.c.*, p. 62-63, nr. 48).

¹⁶² *Cass.* 15 februari 2005, *Pas.* 2005, I, 370, waar het Hof meer precies beslist dat, wanneer de appelrechters bij tussenarrest het hoger beroep ontvankelijk verklaren en, vooraleer verder recht te spreken, het debat heropenen, zij er niet toe zijn gehouden reeds in dat tussenarrest te antwoorden op een verweer dat vreemd is aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep en aan de opportuniteit van die heropening.

¹⁶³ *Cass.* 16 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 430 en *Pas.* 1992, I, 417.

¹⁶⁴ *Cass.* 25 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1351 en *Pas.* 1982, I, 1261.

De conclusie moet schriftelijk zijn¹⁶⁵. De rechter moet niet antwoorden op ter zitting neergelegde stukken, waarvan de inhoud niet is opgenomen in een regelmatig neergelegde conclusie¹⁶⁶. De antwoordverplichting onderstelt bovendien een hetzelfde geding neergelegde conclusie¹⁶⁷.

C. MIDDELEN *VERSUS* ARGUMENTEN

44. Hoewel discutabel¹⁶⁸, blijft het Hof enigszins vasthouden aan zijn rechtspraak dat de rechter enkel moet antwoorden op de middelen van de partijen, terwijl hij niet moet antwoorden op argumenten die een middel alleen maar onderbouwen.

Het Hof beslist stelselmatig dat de verplichting om de vonnissen en arresten met redenen te omkleden en te antwoorden op de regelmatig aangevoerde middelen niet de verplichting inhoudt om te antwoorden op de argumenten die tot staving van die middelen zijn aangevoerd en geen afzonderlijke middelen vormen¹⁶⁹. Het Hof beslist in diezelfde zin dat de motiveringsverplichting niet betekent dat de rechter ‘de beweegredenen van zijn motieven’ moet aangeven¹⁷⁰.

45. Waar een middel zich precies van een argument onderscheidt, is moeilijk te zeggen. Een middel is in wezen een (rechts)feit of een (rechts)handeling, waarvan

¹⁶⁵ Cass. 29 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 674 en *Pas.* 2000, I, 666, waar het Hof stelt dat de strafrechter niet hoeft te antwoorden op middelen die niet zijn opgenomen in een op de terechtzitting, tijdens het debat genomen schriftelijke conclusie of in een tijdens het debat mondeling genomen en regelmatig (authentiek) vastgestelde conclusie; zie ook: B. MAES, *o.c.*, p. 55, nr. 44.

¹⁶⁶ Cass. 12 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 48 en *Pas.* 1987, I, 46; Cass. 16 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 443, *J.L.M.B.* 2001, 707, *Pas.* 2000, I, 437 en *Rev. dr. pén.* 2000, 840; Cass. 29 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 674 en *Pas.* 2000, I, 666; Cass. 15 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1804 en *Pas.* 2000, I, 1766.

¹⁶⁷ Cass. 24 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 164 en *Pas.* 2001, I, 165.

¹⁶⁸ F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *l.c.*, kol. 260-261, nr. 3, voetnoot 3, die hekelt dat dit vage en onduidelijke onderscheid tussen middelen enerzijds en argumenten anderzijds ten opzichte van de motiveringsverplichting een nadelige indruk van willekeur doet ontstaan.

Zie in diezelfde kritische optiek: D. LÉONARD, “La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d’office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d’après la jurisprudence de la Cour de Cassation”, in *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 495-514.

¹⁶⁹ Cass. 6 september 1977, *Arr. Cass.* 1977-78, 23 en *Pas.* 1977-78, I, 13; Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 42 en *Pas.* 1991, I, 41; Cass. 9 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 48 en *Pas.* 1998, I, 53; Cass. 14 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 67, *Pas.* 1998, I, 73 en *J.L.M.B.* 1999, 52, noot F. KUTY; Cass. 5 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 648 en *Pas.* 1998, I, 688; Cass. 24 augustus 1998, *Arr. Cass.* 1998, 822, *Pas.* 1998, I, 883 en *R.W.* 1998-99, 783; Cass. 1 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1542 en *Pas.* 1999, I, 1608; Cass. 25 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 478, *Pas.* 2000, I, 473 en *R.W.* 2002-03, 37; Cass. 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829, *J.D.S.C.* 2001, 259 en 269, noot M. DELVAUX en *Pas.* 2000, I, 820; Cass. 30 november 2001, *Res Jur. Imm.* 2002, 25; Cass. 15 april 2002, *Arr. Cass.* 2002, 993, *J.L.M.B.* 2003, 224, noot M. WESTRADE, *Pas.* 2002, I, 896, *J.D.S.C.* 2002, 14, noot M. COIPEL en *Rev. prat. soc.* 2003, 95, noot; Cass. 9 november 2007, inzake met A.R. nr. F.06.0048.F; Cass. 16 november 2007, inzake met A.R. nr. C.06.0205.F.

¹⁷⁰ Cass. 3 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 301 en *Pas.* 1992, I, 255.

een eiser op een juridisch relevante wijze aanvoert dat het strekt tot inwilliging van zijn vordering¹⁷¹ of waarvan een verweerder op een juridisch relevante wijze aanvoert dat het strekt tot afwijzing van de tegen hem gerichte vordering¹⁷². Argumenten zijn dan elementen binnen een middel. De rechter moet ze niet afzonderlijk behandelen. Om die reden trouwens moet de rechter niet ingaan op de enkele verwijzing, bij conclusie, naar een of ander overgelegd stuk, indien de partij die verwijzing niet uitbouwt¹⁷³. Maar nogmaals, de aflijning tussen een en ander is onzuiver en dat is een *understatement*¹⁷⁴. Niettemin biedt voormelde cassatierechtspraak een uitweg om tegemoet te komen aan de overbelaste rechter, van wie men bezwaarlijk kan verwachten dat hij tot in het (kleinste) detail antwoord biedt op ellenlange en vaak langdradige conclusies¹⁷⁵. Vandaar dat deze rechtspraak tot op heden toepassing vindt.

D. MIDDEL ZONDER BELANG GELET OP ANDERE BESLISSING

46. Motiveringsbesparend is zonder twijfel ook de vaststaande cassatierechtspraak dat de rechter niet gehouden is te antwoorden op middelen die niet (meer) dienend zijn wegens andere beslissingselementen¹⁷⁶. Deze rechtspraak is *legio*¹⁷⁷.

Zie hieromtrent ook: B. BOUCKAERT, *o.c.*, 33-54 onder de hoofding ‘*La Cour ne s’explique pas*’.

¹⁷¹ Vgl. het concept ‘oorzaak van de vordering (in rechte)’: S. MOSSELMANS, “Tussenvorderingen”, *A.P.R.* 2007, p. 57-61, nrs. 90-92.

¹⁷² M. REGOUT, *l.c.*, 339; J. VOULET, “Le défaut de réponse à conclusions”, *J.C.P.*, G, 1965, I, 1912.

¹⁷³ Cass. 15 december 1977, *Arr. Cass.* 1977-78, 463 en *Pas.* 1977-78, I, 436; Cass. 1 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 652 en *Pas.* 1980, I, 645; Cass. 12 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 48 en *Pas.* 1986-87, I, 46.

Zie ook: Cass. 15 april 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 987 en *Pas.* 1982, I, 932, waar het Hof beslist dat de appelconclusie, waar zij enkel de verwijzing in het beroepen vonnis naar een bepaalde doctrine bekritiseert, geen specifiek antwoord behoeft.

¹⁷⁴ G. LONDERS, *l.c.*, 326.

¹⁷⁵ B. MAES, “Conclusie en motivering: een overzicht en een voorstel”, in J. LINSMEAU en M. STORME, M. (eds.), *Het gerechtelijk recht. Waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, Brugge, 2005, p. 28-29, nr. 9; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 9, nr. 7.

¹⁷⁶ Cass. 15 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 143 en *Pas.* 2003, I, 1170.

¹⁷⁷ Zie o.m.: Cass. 28 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 131, *J.T.* 1979, 216, *Pas.* 1979, I, 141, *Rev. not. b.* 1979, 80, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 336, noot B. RENCHON en *R.W.* 1978-79, 2870; Cass. 10 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 161 en *Pas.* 1978-79, I, 179; Cass. 22 december 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 480 en *Pas.* 1978-79, I, 491; Cass. 12 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 540, *Pas.* 1979, I, 547 en *Rev. not. b.* 1981, 48; Cass. 13 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 684 en *Pas.* 1979, I, 686; Cass. 16 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 717 en *Pas.* 1979, I, 718; Cass. 31 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1148 en *Pas.* 1979, I, 1126; Cass. 27 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1292 en *Pas.* 1979, I, 1249; Cass. 26 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 775 en *Pas.* 1980, I, 774; Cass. 28 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 801 en *Pas.* 1980, I, 794; Cass. 27 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 943 en *Pas.* 1980, I, 928; Cass. 9 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 140 en *Pas.* 1980-81, I, 157; Cass. 5 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 382, *Pas.* 1981, I, 398, *R.W.* 1981-82, 886, noot, *Rec. gén. enr. not.* 1983, 108 en *T. Not.* 1982, 22, noot; Cass. 13 november 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 366, *Pas.* 1982, I, 363 en *R.W.* 1982-83, 2408, noot; Cass. 14 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 237 en *Pas.* 1982-83, I, 215; Cass. 13 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 967 en *Pas.* 1983, I, 865; Cass.

47. Voormelde rechtspraak komt veelal hierop neer dat de door de rechter opgegeven feitelijke en juridische elementen volstaan om een bepaalde beslissing te treffen en, bijgevolg, impliciet¹⁷⁸ maar zeker om andere of met de opgegeven feitelijke en juridische elementen tegenstrijdige middelen te verwerpen. Alles hangt vanzelfsprekend af van geval tot geval¹⁷⁹. Aldus beslist het Hof bijvoorbeeld dat de betwisting van de geldigheid van een deskundigenverslag niet meer terzake doet wanneer de rechter zijn beslissing niet steunt op dit verslag, maar wel op andere bewijskrachtige gegevens¹⁸⁰. Hetzelfde geldt voor de betwisting van een gedeelte van een verklaring wanneer de rechter zijn beslissing steunt op een andere *passus* van die verklaring¹⁸¹. Aldus nog beslist het Hof dat, wanneer de feitenrechter oordeelt dat een ongeval is veroorzaakt door een onbekend gebleven bestuurder die mazout op het wegdek achterliet, er niet meer moet geantwoord worden op het verweer dat betrekking heeft op een toevallig feit in hoofde van de bestuurder die is geslipt op het mazoutlek¹⁸².

48. Die rechtspraak maakt dat niet zonder meer van een motiveringsgebrek kan worden gesproken omdat de rechter een bepaalde stelling of bepaalde middelen niet zou hebben onderzocht. Evenmin kan een motiveringsgebrek worden afgeleid uit de omstandigheid dat de feitenrechter de stelling van één partij aanneemt en de stelling van de andere verwerpt¹⁸³.

49. De logisch werkzame rechter kan zich op die manier nodeloos werk besparen, wat efficiënte rechtspraak ten goede komt. Zo wordt gesteld, hoewel dit al verregaand lijkt, dat de rechter die de vordering sowieso als ongegrond afwijst, niet nadrukkelijk moet ingaan op de ontvankelijkheidsperikelen die de partijen zouden opwerpen¹⁸⁴. Meer algemeen dient benadrukt dat een partij belang ontbeert om te

1 december 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 388, *Pas.* 1984, I, 361 en *Rev. not. b.* 1984, 80, noot M. GODFROID; *Cass.* 29 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1276 en *Pas.* 1984, I, 1190; *Cass.* 24 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 679 en *Pas.* 1985, I, 601; *Cass.* 27 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 418, *J.T.* 1987, 256 en *Pas.* 1987, I, 387; *Cass.* 17 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 77, *Eur. Vervoerr.* 1988, 201, *Pas.* 1988, I, 70, *R.W.* 1987-88, 776 en *T.B.H.* 1988, 387, noot J.L.

¹⁷⁸ *Cass.* 21 januari 1976, *Arr. Cass.* 1975-76, 596 en *Pas.* 1976, I, 573; *Cass.* 10 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 305 en *Pas.* 1977-78, I, 292; *Cass.* 11 oktober 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 186 en *Pas.* 1979-80, I, 200; *Cass.* 7 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 25 en *Pas.* 1983, I, 22; *Cass.* 4 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 265, *Pas.* 1998, 285 en *R.W.* 1999-00, 207, noot A. VANDEPLAS.

¹⁷⁹ *Cass.* 8 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 134 en *Pas.* 1980-81, I, 151; *Cass.* 3 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1063 en *Pas.* 1985, I, 974; B. MAES, *o.c.*, p. 63-65, nr. 49.

¹⁸⁰ *Cass.* 21 maart 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 842 en *Pas.* 1978, I, 811.

Zie ook: *Cass.* 31 maart 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 862 en *Pas.* 1978, I, 835; *Cass.* 21 januari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 641, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1982, 323, *Pas.* 1982, I, 650 en *R.W.* 1982-83, 2252.

¹⁸¹ *Cass.* 23 mei 1978, *Arr. Cass.* 1977-78, 1122 en *Pas.* 1978, I, 1082.

¹⁸² *Cass.* 11 oktober 2001, *T. Verz.* 2002, 212 en *T.A.V.W.* 2002, 53.

¹⁸³ *Cass.* 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 348 en *Pas.* 1996, I, 376.

¹⁸⁴ M. REGOUT, *l.c.*, 339-340.

klagen over redengeving¹⁸⁵, laat staan over een gebrek aan redengeving, met betrekking tot elementen die zonder invloed zijn op het beschikkende gedeelte van de rechterlijke beslissing¹⁸⁶.

E. MOTIVERING DOOR VERWIJZING

1. Verwijzing door partijen

50. De mogelijkheid, zowel voor de partijen als voor de rechter, om aan te voeren respectievelijk te repliceren door middel van verwijzing, opent perspectieven. De vraag rijst binnen welke perken een en ander mogelijk is.

51. Wat de partijen betreft, moet vooreerst gewezen worden op voormelde Wet van 26 april 2007 en de wijze waarop zij het op ongebreidelde wijze conclusie nemen wil beperken. Centraal hierbij staat het nieuwe artikel 748*bis* Ger.W. dat voor elke partij de verplichting bevat om (in elke aanleg) de laatste conclusie in de vorm van een syntheseconclusie op te stellen (die alle gebeurlijk stapsgewijze ontwikkelde middelen samenbrengt), behoudens enkele uitzonderingsgevallen¹⁸⁷. De rechter dient enkel nog te antwoorden op de middelen in de syntheseconclusie. Deze vanuit de praktijk¹⁸⁸ gegroeide manier van werken beperkt op vanzelfsprekende wijze de mogelijkheid om binnen een zelfde aanleg naar eerder genomen conclusies te verwijzen.

52. Verder moet duidelijk zijn dat, wanneer een partij in een latere aanleg, inzonderheid na verzet of in hoger beroep, wil terugvallen op eerder genomen conclusies en de daarin vervatte middelen, zij deze nadrukkelijk moet overnemen¹⁸⁹. Het is vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de appelrechter zich niet hoeft in te laten met conclusies uit de eerste aanleg waarnaar vagelijk wordt verwezen maar die niet als dusdanig worden overgenomen¹⁹⁰. Dit geldt *a fortiori*

¹⁸⁵ Cass. 19 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 988 en *Pas.* 1983, I, 916.

¹⁸⁶ Cass. 20 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1166 en *Pas.* 1980, I, 1152.

¹⁸⁷ B. ALLEMEERSCH en P. VAN ORSHOVEN, "Ingereedheidbrenging van de zaak", in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Wet van 26 april 2007 (tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand) doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 78-85, nrs. 66-72; D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 51-53.

¹⁸⁸ F. MOURLON-BEERNAERT, "Les conclusions de synthèse: un effort louable des plaideurs", noot onder Kh. Brussel 29 januari 1998, *J.T.* 1998, 533.

¹⁸⁹ Cass. 30 november 1970, *Arr. Cass.* 1970-71, 296 en 302 en *Pas.* 1970-71, I, 279 en 284; Cass. 8 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 680 en *Pas.* 1980, I, 670; Cass. 13 februari 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 688, *Pas.* 1989, I, 618 en *T.S.R.* 1989, 280; Cass. 27 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 915 en *Pas.* 1992, I, 852; Cass. 16 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1124, *P & B* 1995, 108, noot S. RAES, *Pas.* 1994, I, 1113 en *R. Cass.* 1995, 182, noot K. BROECKX; B. MAES, *o.c.*, p. 51-53, nr. 40.

Die rechtspraak vindt thans bevestiging in artikel 744, tweede lid *in fine* Ger.W. (D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 24-25).

¹⁹⁰ Cass. 4 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 130, *Pas.* 1986, I, 112 en *R.W.* 1986-87, 194; Cass. 23 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1284 en *Pas.* 1986, I, 1154; Cass. 26 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 411, *Pas.* 1987, I, 381 en *R.W.* 1987-88, 155; Cass. 8 mei 2000, *Arr.*

wanneer deze verwijzing tegenstrijdigheden oplevert¹⁹¹. Naar analogie beslist het Hof dat de rechter na verzet, de tijdens het geding bij verstek genomen doch na verzet niet nadrukkelijk hernomen conclusie naast zich neer kan leggen¹⁹². De aangehaalde rechtspraak vindt thans bevestiging in de artikelen 744, tweede lid, in fine, juncto, 748bis, Ger.W..¹⁹³ Hoe dan ook, kan het voor een partij, in een alsmaar uitdeinend computertijdperk waarin tekstverwerking als basiskennis geldt, geen probleem meer zijn om in elke aanleg een alomvattende syntheseconclusie te nemen. Dit geldt *mutadis mutandis* wanneer een partij (als geïntimeerde) in hoger beroep wil verwijzen naar de haar ten goede komende middelen in de beroepen beslissing: wil zij dat de appelrechter zich, in het licht van de door de appellant aangevoerde grieven, over deze middelen buigt, dan moeten ze nadrukkelijk worden overgenomen¹⁹⁴.

53. Een partij kan belang hebben bij het antwoord van de rechter op een conclusie van een andere partij¹⁹⁵, inzonderheid in strafzaken¹⁹⁶. Om die reden kan die partij (ook al heeft zij zich voor de feitenrechter eenvoudig naar diens wijsheid gedragen¹⁹⁷) later voor het Hof van Cassatie het gebeurlijke gebrek aan antwoord op de conclusie van een andere partij aanvoeren indien de beoordeling van de in die conclusie vervatte middelen belang heeft voor het geschil tussen haarzelf en de andere partij(en). Het cassatiemiddel omwille van dat gebrek aan antwoord wordt evenwel niet aangenomen indien het Hof vaststelt dat voor de beoordeling van het

Cass. 2000, 865, *J.T.T.* 2000, 339, noot J.-F. LECLERCQ en *Pas.* 2000, I, 854; *Cass.* 6 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, I, 4 en *Pas.* 2004, I, 4; B. MAES, “Conclusie en motivering: een overzicht en een voorstel”, *l.c.*, p. 27-28, nr. 8; B. MAES, “Motiveringsplicht bij herneming van conclusies”, *R. Cass.* 1995, 189-190; S. RAES, “De motiveringsplicht in hoger beroep”, *P & B* 1995, 111-114.

¹⁹¹ *Cass.* 21 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 401, *Pas.* 1987, I, 371 en *R.W.* 1987-88, 825, noot; *Cass.* 21 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 526 en *Pas.* 1991, I, 464; *Cass.* 18 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 935 en *Pas.* 2001, I, 901.

¹⁹² *Cass.* 2 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 5 en *Pas.* 1987, I, 5; *Cass.* 24 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 164 en *Pas.* 2001, I, 165.

¹⁹³ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 24-25.

¹⁹⁴ *Cass.* 27 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1966-67, 280 en *Pas.* 1966-67, I, 275; *Cass.* 8 april 1975, *Arr. Cass.* 1974-75, 856 en *Pas.* 1974-75, I, 776; B. MAES, *o.c.*, p. 53, nr. 41, die er op wijst dat, wanneer het gaat om in het raam van een ander geding aangevoerde middelen, deze moeten worden ‘opgenomen’ (*Cass.* 23 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1284 en *Pas.* 1986, I, 1154).

¹⁹⁵ *Cass.* 3 mei 1967, *Arr. Cass.* 1966-67, 1068 en *Pas.* 1967, I, 1035; *Cass.* 24 mei 1976, *Arr. Cass.* 1975-76, 1050 en *Pas.* 1976, I, 1011; *Cass.* 23 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1332 en *Pas.* 1982, I, 1244.

¹⁹⁶ Zie bv.: *Cass.* 7 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 319, waar het Hof beslist dat een beklagde terecht de schending van art. 149 GW aanvoert omdat de rechter niet heeft geantwoord op de conclusie van een medebeklaagde dat een verweer bevat dat ook dienstig is voor het oordeel over de strafvordering tegen de beklagde, ook al splitste de rechter de zaak van de medebeklaagde, na de oorspronkelijke gezamenlijke behandeling, af van de zaak van de beklagde.

Zie voorts: B. MAES, *o.c.*, p. 55-57, nr. 45.

¹⁹⁷ *Cass.* 7 januari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 587 en *Pas.* 1983, I, 532.

geschil dat belang heeft voor de partij die de genoemde conclusie heeft genomen, de rechter wegens zijn beslissing die conclusie niet meer diende te beantwoorden¹⁹⁸.

2. Verwijzing door rechter

54. De rechterlijke beslissing moet zowel in feite als in rechte een eigen redengeving¹⁹⁹ bevatten die het beschikkende gedeelte van de uitspraak verantwoordt en het wettigheidstoezicht van het Hof van Cassatie mogelijk maakt²⁰⁰. Zoals verder nog uitgewerkt, is het Hof niet bij machte het ontbreken van redenen te verhelpen, zoals het dat door middel van substitutie van motieven wel kan in geval van onwettige redengeving voor een naar recht verantwoorde beslissing²⁰¹. De omvang van de eigen redengeving in feite en in rechte hangt af van de regelmatig voor de rechter neergelegde conclusies. In burgerlijke zaken moet de feitenrechter overigens niet nadrukkelijk ingaan op niet-betwiste toepassingsvoorwaarden van de toegepaste regelgeving²⁰². Voorts moet een rechterlijke uitspraak steeds in zijn geheel worden gelezen. De diverse redenen moeten elkaar uitleggen om te komen tot het beschikkende gedeelte²⁰³.

55. Niettemin kan de rechter zijn beslissing motiveren door allerhande verwijzingen, zij het binnen bepaalde perken²⁰⁴.

56. Aangezien de motivering (onder meer) tot doel heeft de beslissing controleerbaar te maken (ook) voor de betrokken partijen, kan de rechter uiteraard niet volstaan met

¹⁹⁸ Cass. 11 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1552, *Pas.* 2000, 1519, *T. Verz.* 2002, 389 en *Verkeersrecht* 2001, 89; Cass. 15 april 2002, *Arr. Cass.* 2002, 985, *J.T.T.* 2002, 362, *Pas.* 2002, I, 889 en *R.W.* 2002-03, 1383.

¹⁹⁹ Hierbij dient opgemerkt dat de appelrechter die, met terzijdestelling van de redengeving van de eerste rechter, een eigen redengeving uitbouwt om de beroepen beslissing (deels) te bevestigen, hierdoor de beroepen beslissing niet overneemt (Cass. 1 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1164 en *Pas.* 1989, I, 1050).

²⁰⁰ B. MAES, *o.c.*, p. 10-12, nr. 10; A. SMETRYNS, *l.c.*, 3-4.

Zie reeds: Cass. 26 maart 1891, *Pas.* 1891, I, 98.

²⁰¹ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, p. 468, nr. 89.

²⁰² Cass. 14 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 497 en *Pas.* 1987-88, I, 463; Cass. 17 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 517, *Pas.* 1987-88, I, 483, *Rec. gén. enr. not.* 1988, 163 en *Rev. not. b.* 1988, 482; Cass. 17 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 53, *J.T.T.* 1991, 177, *Pas.* 1991, I, 50, *R.W.* 1990-91, 847, *Soc. Kron.* 1991, 137 en *T.B.H.* 1990, 965, noot; Cass. 15 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1201 en *Pas.* 1992, I, 1159; Cass. 29 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 107, *Journ. proc.* 1999, 30, noot J. KIRKPATRICK.

Wat niet betekent dat de rechter ze niet moet nagaan: A. MEEÛS, *l.c.*, 16-17.

²⁰³ Cass. 15 december 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 505, *J.T.T.* 1987, 498, *Pas.* 1987, I, 467 en *T.S.R.* 1987, 50; Cass. 17 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 175, *J.T.* 1989, 196, *J.T.T.* 1989, 156 en *Pas.* 1989, I, 158; Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 84, *J.T.* 1991, 634, *Pas.* 1991, I, 78, *R.W.* 1990-91, 852 en *Rev. not. b.* 1991, 49.

²⁰⁴ B. MAES, "Conclusie en motivering: een overzicht en een voorstel", *l.c.*, p. 27, nr. 8; M. REGOUT, *l.c.*, 341-342; L. SIMONT, "La motivation par référence dans la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique", in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Parijs, Dalloz, 2005, 429-435.

de loutere verwijzing naar motieven van een andere beslissing in een andere zaak²⁰⁵ (geschil), laat staan in een andere zaak met een andere partijenconstellatie²⁰⁶. Voor zover de rechter zijn beslissing daadwerkelijk steunt op motieven die voorkomen in beslissingen in andere zaken, volstaat het niet daarnaar louter te verwijzen maar moet hij die motieven in zijn uitspraak opnemen²⁰⁷. De verwijzing door de rechter, zonder weergave ervan, naar de redenen van een ander vonnis dat niets met de zaak te maken heeft, stelt het Hof van Cassatie niet in staat zijn controle uit te oefenen en voldoet dus niet aan de voorschriften van artikel 149 GW²⁰⁸. Loutere verwijzingen naar ('vaste') rechtspraak voldoen vanzelfsprekend evenmin. De rechter moet minstens aangeven waarom hij zich daarbij aansluit. Zo niet, geeft hij immers aan die rechtspraak een algemene en als regel geldende draagwijdte, wat strijdig is met artikel 6 Ger.W.²⁰⁹. Daarentegen kan de rechter wel zonder weergave ervan verwijzen naar de motieven van een andere beslissing (gebeurlijk in een eerdere aanleg²¹⁰) in dezelfde zaak (geschil) met dezelfde partijenconstellatie, voor zover duidelijk is over welke motieven het gaat²¹¹. Zo beslist het Hof van Cassatie dat, wanneer, in strafzaken, de rechters het verzet ontvankelijk verklaren en door dezelfde beslissing, bij wege van nieuwe beschikkingen, oordelen dat de verstekbeslissing zijn volledig effect zal sorteren, met de enige wijziging dat er voor de straf een gedeeltelijk uitstel wordt verleend, zij uitdrukkelijk uitspraak doen over de grond van de zaak: het eerste en het tweede vonnis vallen bijgevolg samen, zodat het op verzet gewezen vonnis kan verwijzen naar de redengeving van het verstekvonnis²¹². Verder beslist het Hof dat het enkele feit dat de appelrechter het beroepen vonnis tenietdoet, niet wegneemt dat hij bepaalde redenen van de eerste rechter kan overnemen²¹³.

²⁰⁵ Cass. 23 januari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 656, *Pas.* 1987, I, 606 en *R.W.* 1986-87, 2106; Cass. 15 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 469 en *Pas.* 1989, I, 425.

²⁰⁶ Cass. 25 oktober 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 319 en *Pas.* 1984-85, 282.

²⁰⁷ Cass. 30 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 734 en *Pas.* 1997, I, 774.

²⁰⁸ Cass. 25 juni 2004, *Pas.* 2004, I, 1173; Cass. 12 oktober 2007, inzake met A.R. nr. C.06.0055.F.

²⁰⁹ Cass. 27 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 484, *Pas.* 1992, I, 462 en *R.W.* 1991-92, 1265, noot; Cass. 12 april 1994, *Arr. Cass.* 1994, 364, *Pas.* 1994, I, 360 en *R.W.* 1994-95, 500, noot S. OVERBEKE.

²¹⁰ Cass. 2 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 141 en *Pas.* 1978-79, I, 151; Cass. 7 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 661 en *Pas.* 1979, I, 654.

Zie ook: Cass. 26 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 229 en *Pas.* 1978-79, 243; Cass. 13 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1220 en *Pas.* 1979, 1183; Cass. 13 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 704, *J.D.F.* 1981, 96, *Pas.* 1980, I, 692 en *T. Gem.* 1980, 117; Cass. 20 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 747 en *Pas.* 1980, I, 744; Cass. 28 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 112 en *Pas.* 1989, I, 100.

²¹¹ Op gevaar af van tegenstrijdigheden en dubbelzinnigheden (Cass. 21 november 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 368 en *Pas.* 1979-80, 374; Cass. 5 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 834 en *Pas.* 1980, 824) op tegenstrijdigheden (Cass. 2 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1044; Cass. 12 september 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 40 en *Pas.* 1979-80, 38; B. MAES, *o.c.*, p. 33-34, nr. 23).

²¹² Cass. 9 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 833 en *Pas.* 2001, I, 800.

²¹³ Cass. 5 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 301 en *Pas.* 1987-88, I, 283.

57. De rechter kan zijn beslissing motiveren door te verwijzen naar de conclusies van de partijen²¹⁴, op voorwaarde dat hij nauwkeurig het middel aanwijst waarop die conclusies volgens hem antwoorden²¹⁵. Hij is niet verplicht te preciseren naar welke conclusie of naar welk gedeelte van de conclusie hij verwijst²¹⁶. Dit geldt *mutadis mutandis* wanneer de rechter verwijst naar stukken uit het dossier, zo bijvoorbeeld een proces-verbaal²¹⁷, of naar door de partijen ter zitting gedane verklaringen²¹⁸. Het spreekt vanzelf dat de rechter die naar de conclusie van een partij verwijst, de bewijskracht ervan niet mag miskennen en zodoende van deze conclusie geen uitlegging mag geven die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is²¹⁹. Vermeldenswaardig is verder de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat, uit de enkele omstandigheid dat een rechter in zijn beslissing zijn voorkeur laat blijken voor de stelling van een van de partijen en zijn afkeuring voor die van de andere partijen, geen schending van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. valt af te leiden, en evenmin een miskenning van het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging²²⁰.

58. De rechter kan zijn beslissing ook motiveren door te verwijzen naar de conclusie van het openbaar ministerie, eens te meer op voorwaarde dat hij nauwkeurig het middel aanwijst waarop die conclusie volgens hem antwoordt. In zijn arrest van 8 oktober 2001 benadrukt het Hof dat ieder vonnis in de tekst de redenen moet vermelden die de rechter tot zijn overtuiging hebben gebracht en dat, door alleen te verwijzen naar het advies van het openbaar ministerie zonder opgave van de gronden ervan, de rechter de in artikel 149 G.W. bedoelde motiveringsverplichting niet nakomt²²¹.

59. Evengoed kan de rechter verwijzen naar een deskundigenverslag, zij het dat het enkele feit dat hij acht slaat op bepaalde gegevens van een deskundigenverslag niet impliceert dat hij de besluiten ervan overneemt²²². Verwijst de rechter voor zijn beslissing naar het deskundigenverslag, dan onderstelt zulks dat het gaat om een onpartijdig deskundigenverslag. In zijn arrest van 20 december 2007 preciseert het Hof van Cassatie dat het recht van elke partij op een eerlijk proces in de zin van artikel 6, eerste lid EVRM kan worden miskend wanneer de feitenrechter zijn

²¹⁴ Cass. 11 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1245, *J.T.T.* 2000, 181 en *Pas.* 1999, 1297.

²¹⁵ Cass. 7 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1323 en *Pas.* 2000, I, 1297; Cass. 22 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 507, *Pas.* 2004, I, 487 en *T. Verz.* 2005, 352; Cass. 16 november 2006, inzake met A.R. nr. F.05.0088.F.

Zie ook: Cass. 22 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1274, *Pas.* 1979, I, 1232 en *R.W.* 1979-80, 1942.

²¹⁶ Cass. 9 mei 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1148 en *Pas.* 2003, 968.

²¹⁷ Cass. 25 februari 1924, *Pas.* 1924, I, 218.

²¹⁸ Cass. 22 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1274, *Pas.* 1979, I, 1232 en *R.W.* 1979-80, 1942.

Wanneer die verklaringen niet voldoen om de beslissing in rechte te staven, schendt de rechter in voorkomend geval de artt. 1315, 1349 en 1353 B.W.

²¹⁹ Cass. 18 oktober 2007, inzake met A.R. nr. F.06.0102.N.

²²⁰ Cass. 13 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 46, *J.T.* 1992, 98, *Pas.* 1992, I, 41 en *R.W.* 1991-92, 464.

²²¹ Cass. 8 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1655, *J.T.T.* 2002, 247, noot en *Pas.* 2001, I, 1595.

²²² Cass. 17 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1887 en *Pas.* 2003, I, 1630.

beslissing grondt op het advies van een partijdige of schijnbaar partijdige deskundige, met dien verstande dat het vereiste van de onpartijdigheid van een deskundige niet kan worden gelijkgesteld met dat van een onpartijdige en onafhankelijke rechter, nu de deskundige voor het debat alleen maar een advies verstrekt, dat voor de rechter kan worden betwist, terwijl deze laatste na het debat over de zaak beslist²²³.

De rechter moet wel op zijn hoede zijn wanneer een partij bij conclusie precieze grieven uit tegen het deskundigenverslag. Alsdan kan hij zich niet beperken tot een loutere bekrachtiging van het litigieuze verslag²²⁴.

F. SUBSTITUTIE VAN MOTIEVEN OM MOTIVERINGSGEBREK TE VERHELPEN

60. De vraag rijst of het Hof van Cassatie door middel van substitutie van (de) motieven (van de bestreden beslissing, die derhalve geen belang meer vertonen) een motiveringsgebrek kan verwerpen. Het Hof zou dan een (juiste) juridische redenering in de plaats stellen van de door de feitenrechter vooropgestelde (onjuiste) juridische redering (zij het dat beide redeneringen leiden tot hetzelfde, correcte beschikkende gedeelte). Gelet op de vervangende (juridische) redengeving zou het motiveringsgebrek dat kadert binnen de vervangen (juridische) redengeving geen belang meer vertonen.

61. De techniek van het Hof om door middel van substitutie van motieven een principieel vernietigbare beslissing te handhaven, is een jurisprudentiële constructie zonder wettelijke basis²²⁵. De techniek situeert zich tussen de cassatie en de zuivere verwerping van het middel tot cassatie. Waar de feitenrechter een juridisch foutieve reden geeft doch tot een beslissing komt die gelet op de feitelijke vaststellingen met de wet strookt, gaat het Hof van Cassatie de juridisch onjuiste redengeving door een eigen juridisch strokende redengeving vervangen om aldus te komen tot dezelfde beslissing als de feitenrechter²²⁶. Het Hof vernietigt immers geen onjuiste redenen maar enkel onwettige beslissingen²²⁷. Vandaar de vaste rechtspraak van het Hof dat, wanneer het *dictum* van de bestreden rechterlijke beslissing steunt op een in het cassatieberoep bekritiseerde (juridische) reden, het Hof die juridisch reden (rechtsgrond) kan vervangen door een andere juridische reden (rechtsgrond) die het *dictum* van de bestreden beslissing verantwoordt. De rol van het Hof beperkt zich ertoe, gelet op de feitelijke vaststellingen, de wettigheid van het *dictum* te toetsen. Om tot dat(zelfde) *dictum* te komen, vervangt het Hof desnoods zelf de in de bestreden beslissing voorkomende juridisch onjuiste reden (rechtsgrond) door een andere reden (rechtsgrond). Aangezien alleen het *dictum* enig nadeel kan

²²³ Cass. 20 december 2007 inzake met A.R. nr. C.07.0307.N.

²²⁴ Cass. 22 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 103 en *Pas.* 1978-79, I, 114; Cass. 28 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 162, *J.T.T.* 1982, 158, *Pas.* 1982, I, 165, *R.G.A.R.* 1983, nr. 10.584, *R.W.* 1982-83, 835 en *T.S.R.* 1982, 356.

²²⁵ A. DECROËS, "La substitution de motifs par la Cour de Cassation", *Ann. Dr. Louvain* 1998, 430-433, die mede wijst op de voor Frankrijk en Italië wel bestaande wettelijke basis.

²²⁶ Zie bv. reeds: Cass. 28 april 1842, *Pas.* 1842, I, 170; Cass. 18 mei 1848, *Pas.* 1849, I, 107; Cass. 19 april 1934, *Pas.* 1934, I, 249.

²²⁷ Zie voorts: H. LENAERTS, conclusie voor Cass. 12 november 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 325.

berokkenen aan de eiser tot cassatie, heeft deze er geen belang bij een juridisch onjuiste reden (rechtsgrond) te bekritisieren die, na de substitutie, geen invloed meer heeft op het *dictum*.

62. De vraag of de vermelde techniek een verplichting dan wel een mogelijkheid is voor het Hof van Cassatie wordt graag vermeden. Waar het strikt gezien om een verplichting zou (moeten) gaan, leert de praktijk dat niet altijd even stelselmatig tot substitutie van motieven wordt overgegaan²²⁸. Dat het principieel een verplichting uitmaakt, betekent dat het Hof, mits vervulling van de hierna vermelde voorwaarden, tot substitutie van motieven moet overgaan.

63. Meer duidelijkheid bestaat over de voorwaarden binnen welke tot substitutie van motieven wordt overgegaan²²⁹.

Vooreerst moet de bestreden beslissing (het *dictum*) steunen op een verkeerde rechtsgrond (waaromtrent de kritiek van de eiser tot cassatie), niettegenstaande het *dictum* gelet op de feitelijke vaststelling met de wet strookt.

Ten tweede mag de rechtsgrond die het Hof van Cassatie in de plaats wil stellen niet onverenigbaar zijn met het akkoord tussen partijen om deze rechtsgrond niet aan te wenden, noch met het gezag van gewijsde van een andere bestreden beslissing gewezen tussen dezelfde partijen.

Ten derde moet de rechtsgrond die het Hof van Cassatie in de plaats wil stellen volstaan om het *dictum* naar recht te verantwoorden, dit rekening houdend met de ten tijde van de bestreden beslissing toepasselijke of toepasselijk geachte rechtsregels.

Ten vierde mag de bedoelde substitutie niet neerkomen op een afleiding uit andere feitelijke gegevens dan die waarop het Hof van Cassatie vermag acht te slaan, gelet op de grondwettelijke onbevoegdheid van het Hof om, in de plaats van de feitenrechter, deze feitelijke gegevens te onderzoeken en vast te stellen. De substitutie moet zodoende strikt binnen het feitelijke kader blijven van het aan het Hof voorgelegde dossier.

In de marge komt daarbij dat, ingevolge recente rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de (cassatie)techniek van de substitutie der motieven onderstelt dat de partijen de gelegenheid hebben of krijgen dienaangaande tegenspraak te voeren²³⁰. Opmerkelijk in dit verband is het cassatiearrest van 19

²²⁸ A. DECROËS, *l.c.*, 433-436.

Zie voorts: E. PRIEUR, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Parijs, Economica, 1986, p. 173-174, nrs. 191-192.

²²⁹ J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Parijs, Sirey, 1980, p. 805-807, nrs. 2712-2720; J. BORÉ en L. BORRÉ, *La cassation en matière civile*, Parijs, Dalloz, 2003, p. 467-469, nrs. 83.81-83.108; A. DECROËS, *l.c.*, 436-455; B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 349-350, nr. 404.

²³⁰ E.H.R.M. 13 oktober 2005, *J.T.* 2005, 677, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *P & B* 2005, 277, noot; E.H.R.M. 16 februari 2006, *J.T.* 2006, 430; D. DE ROY, "De procedurele aspecten van de substitutie van motieven door het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 2006, 181-199.

Zie omtrent het 'zonder meer' vervangen van motieven: A. DECROËS, *l.c.*, 477-478; A. MEEÛS, "L'interprétation de la décision attaquée dans la jurisprudence de la Cour de cassation", in *Hommage à Jacques HEENEN*, Brussel, Bruylant, 1994, 315; J.

maart 2007²³¹, waarbij het Hof een substitutie der motieven in de bestreden beslissing overweegt, doch alvorens daartoe over te gaan, de zaak verdaagt teneinde de partijen de gelegenheid te bieden dienaangaande standpunt in te nemen. Het geval betreft een voor discussie vatbare clausule in het huwelijkscontract van de partijen, die de appelrechters ten onrechte als strijdig met de openbare orde afdoen. De vraag rijst evenwel of de litigieuze clausule niet sowieso nietig is (inz. krachtens het materiële huwelijksvermogensrecht), ook al is zij niet strijdig met de openbare orde²³².

64. De eerste voormelde voorwaarde verhindert door middel van substitutie van motieven een motiveringsgebrek te verhelpen. Zoals voormeld, is en blijft een motiveringsgebrek in de eerste plaats een vormgebrek²³³. De motiveringsverplichting in de zin dat de rechter een juiste of logische verantwoording moet geven voor zijn beslissing, wordt geplaatst onder de noemer van het materiële recht. Steunt een beslissing (een *dictum*) op een vormgebrek, dan is het Hof niet bevoegd om zulks te verhelpen. Zoals gezegd, onderstelt de indeplaatsstelling van een (juiste) rechtsgrond een te vervangen juridisch onjuiste rechtsgrond, niettegenstaande het *dictum* wettelijk het noodzakelijke gevolg is van de gedane feitelijke vaststellingen. Welnu ingevolge dit motiveringsgebrek, dat een louter vormgebrek is, verkeert het Hof per definitie in de onmogelijkheid om de wettigheid van het *dictum* te toetsen. Aangezien het Hof, gelet op het motiveringsgebrek, de wettigheid van het *dictum* niet kan toetsen, wankelt het. Op die manier kan dat *dictum* niet dienstig zijn om er een indeplaatsgestelde rechtsgrond op te laten steunen. Het Hof van Cassatie kan geen louter vormgebrek verhelpen door een materiële rechtsgrond in de plaats te stellen. Substitutie van motieven onderstelt een juridisch onjuiste reden (rechtsgrond) en geen gebrek aan redengeving. DECROËS vat het samen als volgt: “La substitution d’un motif légal à un motif illégal n’est possible que si le dispositif de la décision attaquée est légal. Cette technique suppose un examen de la légalité de la décision attaquée. Or, le vice de motivation au sens de l’article 149 de la Constitution empêche la Cour de contrôler la légalité de la décision attaquée.”²³⁵.

KIRKPATRICK, “Un principe général du droit plus fort que la loi: le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d’office”, in *Imperat Lex – Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, p. 287, nr. 8). Met ‘zonder meer’ in voormelde zin wordt bedoeld: zonder de partijen de gelegenheid te geven hierover tegenspraak te voeren.

²³¹ Cass. 19 maart 2007, *Juristenkrant* 2007, nr. 159, 1 en *R.W.* 2007-08, 533, noot.

²³² Zie uiteindelijk: Cass. 17 september 2007, *Juristenkrant* 2007, nr. 159, 1, *NjW* 2007, 797, noot G. DE MAESENEIRE en *R.W.* 2007-08, 534, noot J. DU MONGH en C. DECLERCK.

²³³ F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *l.c.*, kol. 262-263, nr. 5; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, p. 464, nr. 76 en p. 468-469, nr. 91; F. RIGAUX, “La Cour de Cassation et la cohérence de l’ordre juridique positif”, in *Liber amicorum professor emeritus Ernest Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 753-754, nr.5; I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1068-1070, nr. 10.

²³⁴ J. BORÉ en L. BORÉ, *o.c.*, p. 469, nr. 83.121; A. DECROËS, *l.c.*, 437-438.

²³⁵ A. DECROËS, *l.c.*, 441-442.

Dit blijkt een vaststaande zienswijze te zijn²³⁶. Daar komt bij dat substitutie van motieven niet kan dienen om ontbrekende motieven bij te passen²³⁷. Tot slot zij er op gewezen dat de mogelijkheid voor het Hof van Cassatie (ja zelfs de verplichting) om door middel van substitutie van motieven een motiveringsgebrek te verhelpen, de feitenrechters zou vrijstellen van de grondwettelijke verplichting om hun beslissingen afdoende met redenen te omkleden²³⁸.

Ook DUMON verwerpt blijkbaar de mogelijkheid om door middel van substitutie van motieven een motiveringsgebrek te verhelpen, waarvan getuige zijn voetnoot bij het cassatiearrest van 4 april 1975²³⁹. De eiser tot cassatie verwijt de appelrechters een bepaalde vaststelling te hebben gedaan (aangaande het bewijs van verzending van oproeping om te verschijnen voor een fiscale commissie) zonder zijn conclusie te beantwoorden, terwijl een andere niet-bekritiseerde vaststelling in het bestreden arrest (uitnodiging bij aangetekende zending) de bedoelde beslissing (eiser is regelmatig opgeroepen om te verschijnen) verantwoordt. Zulks maakt dat het middel van de eiser tot cassatie niet-ontvankelijk is bij gebrek aan belang, daar het een ten overvloede gegeven reden betreft. DUMON preciseert dat het Hof het middel niet verwerpt “door te beslissen dat, hoewel er geen antwoord is gegeven, het beschikkende gedeelte niettemin wettelijk gerechtvaardigd is door een rechtsmotief dat het zelf aanvult, omdat de rechters zodoende zouden zijn vrijgesteld van hun grondwettelijke verplichting hun beslissingen met redenen te omkleden”.

65. Een afwijkende zienswijze vinden we in Frankrijk, mede in het licht van enkele verrassende cassatiearresten van de jaren 1982 en 1983²⁴⁰. Vooral om proceseconomische motieven pleit PRIEUR voor de mogelijkheid om door middel van substitutie van motieven een motiveringsgebrek te verhelpen: “A la réflexion, il ne semble pas que la cassation de toute décision entachée du vice de forme résultant de l’absence de motifs soit le seul moyen de garantir une bonne justice et de protéger contre le risque d’arbitraire des juges. La suppléance totale de motifs, en évitant des cassations inutiles, clôt le procès. Cet abrègement de la procédure, si utile soit-il, ne se réalise pas au détriment des intérêts des plaideurs puisque l’échec du demandeur est justifié par la motivation propre adoptée par la Cour suprême. L’admission de la suppléance totale de motifs présente même, à cet égard, des avantages indéniables.”²⁴¹. Verder stelt PRIEUR nochtans voorop: “C’est d’ailleurs la nature

²³⁶ J. BORÉ, *o.c.*, p. 806, nr. 2713; J. BORÉ, *La cassation en matière civile – mise à jour au 31 décembre 1987*, Parijs, Sirey, 1988, p. 72, nr. 241; J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Parijs, Dalloz, 1997, p. 609, nr. 2504; J. BORÉ en L. BORRÉ, *o.c.*, p. 467-468, nr. 83.102; P. LECLERCQ, noot onder Cass. 27 januari 1930, *Pas.* 1930, I, 75-76; E. FAYE, *La Cour de Cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du Codes des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Parijs, Librairie Edouard Duchemin, 1970, p. 118, nr. 99; B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, *l.c.*, p. 349, nr. 404; W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.* p. 468, nr. 89.

²³⁷ Cass. 27 januari 1930, *Pas.* 1930, I, 75.

²³⁸ F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *l.c.*, kol. 269, nr. 10, voetnoot 26.

²³⁹ F. DUMON, noot 2 onder Cass. 4 april 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 843.

²⁴⁰ E. PRIEUR, *o.c.*, p. 122-132, nrs. 129-142.

Zie ook in Nederland: H.R. 30 september 2003, *N.J.* 2005, 545.

²⁴¹ E. PRIEUR, *o.c.*, p. 128, nr. 135.

de ce vice qui paraît, au moins dans une certaine mesure, avoir fait soutenir que la suppléance totale de motifs est inadmissible. En effet, lorsqu'une décision est nulle en raison d'un vice de forme, ne doit-elle pas être considérée comme inexistante au fond et, par le fait même, cela n'exclut-il pas toute consolidation? Au contraire, lorsqu'une décision est entachée d'un vice de fond, tel qu'une motivation erronée en droit sur un ou plusieurs chefs, elle n'en existe pas moins en tant que décision juridictionnelle et, si la Cour de Cassation a le pouvoir de réparer l'erreur de fond, elle peut la sauver."²⁴² Niettemin besluit PRIEUR dat "conforme aux exigences de la logique, nous pensons qu'il faut admettre qu'une décision entachée d'absence de motifs doit pouvoir être sauvée par la suppléance totale de motivation. L'emploi courant de la technique de la suppléance totale contribuerait, comme la substitution de motifs, à limiter –ce qui est urgent– le nombre des cassations."²⁴³.

Die zienswijze kan, mede bij gebrek aan een overtuigende en cassatietechnisch verantwoorde argumentatie, geen bijval genieten²⁴⁴.

§ 5. Positieve motivering

A. CONCEPT

66. Hoewel van voormelde en andere technieken zonder twijfel een bijzonder motiveringsbesparende werking uitgaat, blijkt niet iedere rechter ze te beheersen. Terwijl het bijvoorbeeld voor zich spreekt dat het niet nodig is ten overvloede te motiveren, voelen bepaalde rechters zich daartoe geroepen, gebeurlijk om hun onzekerheid over de hoofdoplossing te verdoezelen. Waarom immers stellen vele rechters die de vordering niet ontvankelijk verklaren, dat ze de vordering hoe dan ook ongegrond achten? Misschien om de beslissing op die manier, ook voor wie zijn gelijk niet (volledig) haalt, meer aanvaardbaar te doen overkomen. Tot daar geen probleem, althans voor zover de efficiëntie er niet onder lijdt. Maar evengoed om zichzelf in te dekken tegen een onzuivere niet-ontvankelijkheidsverklaring. Wat al minder is. Voorts moge duidelijk zijn dat er niets mis is met de boven besproken motivering door verwijzing, althans voor zover de bedoelde werkwijze niet uit luiheidsoverwegingen stamt. En toch zijn vele rechters geneigd om wat anderen eerder hebben geschreven woordelijk over te nemen of te herformuleren. Met alle tijdverlies van dien. Voormelde motiveringsbesparende technieken genieten zodoende niet steeds een even groot succes²⁴⁵.

67. Daar komt bij dat voormelde soepele, vaak (zij het bewust) te soepele cassatierechtspraak de balie bij het Hof van Cassatie lijkt te ontmoedigen²⁴⁶. Zij beaamt dat er inderdaad meer interessante cassatiemiddelen zijn dan deze die motiveringsgebreken aanvoeren. Tegelijk wijst ze er op dat rechterlijke beslissingen vaak te vaag of te onnauwkeurig zijn om er andere dan motiveringsgebreken tegen in te brengen. En toch glippen vele van deze beslissingen door de netten. Dit gelet

²⁴² E. PRIEUR, *o.c.*, p. 131, nr. 140.

²⁴³ E. PRIEUR, *o.c.*, p. 132, nr. 142.

²⁴⁴ J. BORÉ en L. BORRÉ, *o.c.*, p. 467-468, nr. 83.102; A. DECROËS, *l.c.*, 441-442.

²⁴⁵ M. REGOUT, *l.c.*, 342-343.

²⁴⁶ B. MAES, "Het beantwoorden van conclusies door de rechter", *l.c.*, p. 376-377, nr. 10.

op de grote waaier van cassatierechtspraak die de aangevoerde motiveringsgebreken verwerpen, ook al gaat het om bestreden beslissingen van rechters die voormelde motiveringsbesparende technieken minder beheersen. Die cassatierechtspraak bestempelt cassatiemiddelen die motiveringsgebreken aanvoeren als minderwaardig. Die cassatierechtspraak zou verder ongrijpbaar en daardoor te onvoorspelbaar zijn.

68. Vandaar, benevens de idee om rechters, desnoods middels bijkomende opleiding²⁴⁷, aan te moedigen om er meer gebruik van te maken²⁴⁸, de idee van de positieve motivering²⁴⁹. De idee van de positieve motivering troont, zoals reeds aangegeven, tussen de mogelijkheden om de gerechtelijke achterstand te verhelpen. Positieve motivering komt hierop neer dat de rechter bij het nemen van zijn beslissing, veeleer dan een antwoord te moeten bieden op alle middelen van de partijen, kan volstaan met de opgave van het voorwerp van de vorderingen en de redenen in feite en in rechte waarop hij steunt. De rechter motiveert dus louter positief: hij toont de coherentie van zijn beslissing aan, zonder te moeten zeggen waarom andere oplossingen worden afgewezen of *in concreto* niet kunnen worden aangehouden. De rechter die enkel die middelen moet verwerken waarop hij zijn beslissing steunt, zou zodoende kortere en bijgevolg meer beslissingen kunnen maken. Bovendien zou positieve motivering de leesbaarheid van rechterlijke beslissingen ten goede komen, omdat enkel aandacht uitgaat naar middelen in feite en in rechte die de beslissing ondersteunen. Partijen zouden dan ook minder geneigd zijn rechtsmiddelen aan te wenden.

69. Inderdaad, beter een goede en coherente positieve motivering, die het concrete juridische debat centraal stelt, dan de te ruime klassieke motivering, die mogelijks alle kanten uitgaat om toch maar antwoord te bieden op allerhande middelen die buiten de essentie liggen en vaak niets bijbrengen. Kortom, in één rechte lijn naar het beschikkende gedeelte toe. Aan meer zou de rechtzoekende ten andere geen behoefte hebben. Die vraagt toch niet meer dan een bevredigende oplossing binnen een redelijke termijn. Geen toeters en bellen. De rechtzoekende, en vooral zijn advocaat, moet overigens worden ontmoedigd om nodeloze middelen aan te voeren. En die ontmoediging zou er geleidelijk aan komen wanneer zij weten dat de rechter met een positieve motivering kan volstaan. In diezelfde lijn zou de soepele doch vaak verkrampte rechtspraak van het Hof van Cassatie, die wil tegemoetkomen aan rechterlijke beslissingen die eigenlijk niet op sluitende wijze voldoen aan de klassieke motiveringsverplichting, minder reden van bestaan hebben.

70. De idee van de positieve motivering neigt naar de motiveringsverplichting in het raam van een administratieve procedure, voornamelijk in het licht van de Wet van

²⁴⁷ En bijstand van een korps van gespecialiseerde referendarissen.

²⁴⁸ M. REGOUT, *l.c.*, 343-344.

²⁴⁹ G. LONDERS, *l.c.*, 323-329.

Vgl. bv. in Nederland, de techniek van de aldaar wettelijk bepaalde mogelijkheid om in bepaalde gevallen ‘verkort’ te motiveren: VEEGENS, D.J., bewerkt door E. KORTHALS ALTES en H.A. GROEN, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 393-395, nr. 190.

29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen²⁵⁰. Extrapolatie hiervan *mutadis mutandis* naar de gewone jurisdictionele procedure zou niet noodzakelijk een wetgevende tussenkomst²⁵¹, maar wel een mentaliteitswijziging vergen, zo ook een bijkomende opleiding van de (kandidaat-)rechters, gericht op de kwaliteit van rechterlijke beslissingen. Onvermijdelijke krijtlijnen daarbij zijn (1) de correcte analyse van de in het geschil relevante feiten, (2) de zuivere formulering van de centraal staande juridische vragen, (3) het gestructureerde onderbouwen zowel in feite als in rechte van de beslissing, (4) de coherentie tussen de redengeving en de beslissing en (5) de heldere formulering in een mooie, moderne en begrijpelijke taal.

B. KRITIEKEN

71. De idee van de positieve motivering is niet vrij van kritiek. Niet voor niets overigens werden de boven aangehaalde voorstellen (in het raam van de parlementaire voorbereiding van de Wet van 26 april 2007) verworpen, waar zij strekten tot aanpassing van artikel 780, *sub* 3° Ger.W. in die zin dat de rechterlijke beslissing, veeleer dan een antwoord op alle middelen van de partijen, zou kunnen volstaan met de opgave van het voorwerp van de vorderingen en de redenen in feite en in rechte waarop de beslissing steunt.

72. Pijnpunt is vooral dat de positieve motivering zou indruisen tegen de waarborgen van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging. Verder zou de rondom artikel 149 GW gebouwde rechtscultuur, met de rol van de advocaten en de dienovereenkomstig aangepaste werkmethodes van de meerderheid van de magistraten, al te zeer met voeten worden getreden. Deze cultuur maakt dat de rechtzoekende zijn middelen beantwoord wil zien²⁵². Zo niet, zou hij die zijn gelijk niet haalt, al te gretig omspringen met rechtsmiddelen. Een meer omvattende motivering zou de rechter overigens dwingen tot een meer grondige studie van het dossier. Daar komt bij dat de idee van de positieve motivering zo ongrijpbaar is dat de hogere rechtsinstanties, en voornamelijk het Hof van Cassatie, hun rol als toezichtorgaan zouden zien vervagen. Waar voormelde klassieke cassatierechtspraak al ongrijpbaar en daardoor onvoorspelbaar is, zou zulks a fortiori het geval zijn voor cassatierechtspraak tot toetsing van positief gemotiveerde rechterlijke beslissingen. Niet alleen toetsingscriteria ontbreken, maar evengoed een werkbare definitie van 'positieve motivering'.

²⁵⁰ Zie hierover bv.: S. LUST, "Wat is een administratieve overheid? De Wet Motivering Bestuurshandelingen", *NjW* 2004, 1046-1050.

Zie ter illustratie ook: Cass. 20 maart 2008, inzake met A.R. nr. F.06.0090.N; Cass. 20 maart 2008, inzake met A.R. nr. F.07.0016.N.

²⁵¹ G. LONDERS, *l.c.*, 329-330.

²⁵² Zie in die zin: Cass. 19 januari 2006, inzake met A.R. nr. C.04.0238.N, waar het Hof nadrukkelijk stelt dat de rechter ertoe is gehouden om elk duidelijk (verweer)middel waarin een objectief en controleerbaar gegeven wordt aangevoerd te beantwoorden en dat het *dictum* van een rechterlijke beslissing waarbij "alle andere en strijdige conclusies worden verworpen" niet aan voormelde motiveringsverplichting voldoet.

73. Bovenal zien de tegenstanders van de idee van de positieve motivering betere alternatieve voorstellen om de gerechtelijke achterstand in te dijken²⁵³. Daarbij zou ook moeten worden ingezien dat niet noodzakelijk de redactie van rechterlijke beslissingen tijdrovend is, maar veeleer de voorstudie, waaronder het nazicht van alle proceduristukken, de lezing van de conclusies en de opzoeking van andere rechtspraak en rechtsleer.

§ 6. Alternatieven

A. POSITIEVE MOTIVERING IN FEITE

74. Een eerste alternatief bestaat erin de positieve motivering te beperken tot de middelen in feite, die dan moeten worden onderscheiden van de middelen in rechte. Terwijl voor deze laatste een positieve motivering niet kan volstaan, is dit wel het geval voor de middelen in feite. De rechter moet enkel op positieve wijze de feitelijke context weergeven, waarbinnen zijn beslissing kadert. Eigenlijk kan hij zich zelfs beperken tot een tranchering van de betwiste feitelijke elementen. Voorwaarde is wel dat wettigheidstoezicht mogelijk blijft²⁵⁴.

75. Deze beperkte idee van positieve motivering is evenwel reeds in de bestaande cassatierechtspraak terug te vinden. Denk maar aan de veelvuldige rechtspraak luidens welke de rechter zijn motiveringsverplichting vervult door de middelen in feite op tegenovergestelde wijze te beoordelen, zonder daarbij in detail te moeten gaan²⁵⁵. De rechter die de feitelijke elementen van een conclusie tegensprekt, verwierpt en beantwoordt deze en andere tegenstrijdige feitelijke elementen²⁵⁶. Dit geldt *a fortiori* voor loutere beweringen²⁵⁷. Manifeste onjuistheden (in het licht van de gedingstukken) kan de rechter eenvoudig negeren²⁵⁸. Verder is de rechter, bij ontstentenis van een daartoe strekkende conclusie, niet zonder meer verplicht alle

²⁵³ J. ENGLEBERT, "La motivation positive – Une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be.

Zie ook: M.E. STORME, "Om niet te delen in haar zonden" (Op. 18,4) - Beschouwingen over de rechtvaardiging van secessie bij aantasting van de "vrijheid hunder constitutie", Openingsrede op de plechtige openingszitting van de balie te Oudenaarde op 16 november 2007, www.webh01.ua.ac.be/storme/omniettedeleninhaarzonden, p. 17.

²⁵⁴ J. HERBOTS, *l.c.*, p. 12-16, nrs. 9-10.

²⁵⁵ Cass. 18 juni 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1450 en *Pas.* 1985, I, 1339; Cass. 14 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 67, *Pas.* 1998, I, 73 en *J.L.M.B.* 1999, 52, noot F. KUTY; Cass. 24 augustus 1998, *Arr. Cass.* 1998, 822, *Pas.* 1998, I, 883 en *R.W.* 1998-99, 783; Cass. 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829, *J.D.S.C.* 2001, 259 en 269, noot M. DELVAUX; Cass. 15 april 2002, *Arr. Cass.* 2002, 993, *J.L.M.B.* 2003, 224, noot M. WESTRADE, *Pas.* 2002, I, 896, *J.D.S.C.* 2002, 14, noot M. COIPEL en *Rev. prat. soc.* 2003, 95, noot; Cass. 7 januari 2008, inzake met A.R. nr. C.06.0637.F.

²⁵⁶ Cass. 23 juni 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1319, *Pas.* 1983, I, 1205, *Rev. not. b.* 1985, 505, *R.W.* 1984-85, 392 en *T. Not.* 1985, 5; Cass. 26 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 624 en *Pas.* 1984, I, 582; Cass. 16 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 923 en *Pas.* 1984, I, 840; Cass. 7 april 2006, *Res Jur. Imm.* 2006, 152.

²⁵⁷ Cass. 12 januari 1967, *Arr. Cass.* 1967, 568 en *Pas.* 1967, I, 562.

²⁵⁸ Cass. 25 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1468 en *Pas.* 1986, I, 1323.

feitelijke gegevens te vermelden om zijn beslissing te verantwoorden²⁵⁹. Zo bijvoorbeeld moet de rechter niet noodzakelijk aangeven op grond van welke bewijselementen hij bepaalde feitelijke gegevens aanneemt²⁶⁰. Evenmin moet hij, behoudens wanneer een conclusie hem daartoe verplicht, de redenen aangeven waarom hij voor een bepaalde waardering opteert²⁶¹.

76. De rechterlijke beslissing moet wel duidelijk maken in welke mate zij terugvalt op de door de partijen aangebrachte feitelijke gegevens, dan wel op buiten de algemene bekendheid vallende gegevens van persoonlijke kennis: zo niet, is zij behept met een motiveringsgebrek²⁶².

B. VASTE (SYNTHESE)CONCLUSIESTRUCTUUR

77. Sinds de Wet van 26 april 2007 bepaalt artikel 744, tweede lid Ger.W. dat de partijen bij conclusie uitdrukkelijk hun vorderingen moeten uiteenzetten, alsook de middelen in feite en in rechte waarop zij steunen. Hoewel deze bepaling niet vernieuwt²⁶³, kan in die optiek worden gepleit voor een vaste (daarom niet noodzakelijk bindende) modelstructuur waarnaar de partijen, en inzonderheid hun advocaten, zich kunnen richten²⁶⁴. Zo kan worden gedacht aan een duidelijke indeling, waarbij de verschillende middelen in feite en deze in rechte met een afzonderlijk kenteken of nummer worden aangeduid. De aangevoerde middelen moeten worden onderscheiden van de verdere ontwikkeling ervan. Voor de concrete uitwerking van de modelstructuur kunnen de werkmethodes en buitenlandse voorbeelden²⁶⁵ tot inspiratie dienen. Het moet daarbij om meer gaan dan een loutere syntheseconclusie (in de zin van art. 748bis Ger.W.) die alle gebeurlijk stapsgewijze ontwikkelde middelen samenbrengt. Het gaat niet op de meest ongestructureerde manier al het reeds gezegde te herhalen binnen het bestek van een document. De huidige conclusiecultuur verdient grondige bijschaving. Meer dan ooit is doeltreffende beknoptheid een troef. Korte en krachtige conclusies, met een overzichtelijke structuur, verdienen promotie. Daarbij moet het aantal mogelijke conclusies per partij worden beperkt. Het is verder ook van belang de partijen te

²⁵⁹ Cass. 30 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1997 en *Pas.* 2002, I, 1778; Cass. 9 november 2004, *A.M.* 2005, 74, *C.D.P.K.* 2005, 597, noot A. VANDAELE, *J.D.S.C.* 2006, 185, noot M. DELVAUX, *J.T.* 2004, 856, noot, *NjW* 2005, 796, *Pas.* 2004, I, 1745, *R.C.J.B.* 2007, 31, noot J. VAN MEERBEECK en M. MAHIEU, *Rev. b. dr. const.* 2005, 533, *Rev. dr. pén.* 2005, 789, noot M.-Fr. RIGAUX en *T.B.P.* 2005, 43, noot F. MEERSCHAUT.

²⁶⁰ Cass. 19 februari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 795 en *Pas.* 1982, I, 762.

²⁶¹ Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834 en *R.W.* 1983-84, 163, noot J. HERBOTS.

²⁶² Cass. 17 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1114, *Pas.* 1986, I, 1006 en *R.W.* 1986-87, 695; Cass. 27 februari 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 735 en *Pas.* 1989, I, 660.

Zie ook: Cass. 15 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1992-93, 1201, *J.T.* 1993, 226 en *Pas.* 1992-93, I, 1159.

²⁶³ D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 22-25.

²⁶⁴ Zie in die zin: B. MAES, "Conclusie en motivering: een overzicht en een voorstel", *l.c.*, p. 32-38, nrs. 13-18; B. MAES, "Het beantwoorden van conclusies door de rechter", p. 379-384, nrs. 11-15.

²⁶⁵ Zie bv. de huidige procedure voor het Hof van Beroep te Québec (Canada): www.tribunaux.qc.ca.

verplichten om tussenvorderingen bij de eerste gelegenheid in te stellen, zo ook *mutadis mutandis* incidenteel hoger beroep²⁶⁶. Bovenal moet het geding in eerste aanleg herwaardering krijgen, waarbij de partijen alle middelen centraliseren. Dit vergt bijsturing van de functie van het hoger beroep²⁶⁷, bijvoorbeeld in het licht van artikel 1068 Ger.W.²⁶⁸.

78. Eigenlijk staat de promotie van een vaste (synthese)conclusiestructuur los van de idee van de positieve motivering. Het ene sluit met andere woorden het andere niet uit. Korte en krachtige conclusies, met een overzichtelijke structuur, zijn sowieso aanbevelenswaardig, ook indien de idee van de positieve motivering geen ingang vindt.

C. POSITIEVE MOTIVERING OP VERZOEK

79. Een ander voorstel bestaat erin aan de partijen de gelegenheid te geven om voor de (louter) positieve motivering te opteren. Zij zouden zich dan bij de inleiding van het geding uitdrukkelijk akkoord kunnen verklaren, zoals zij bijvoorbeeld, in het licht van artikel 109*bis* Ger.W., enigszins de mogelijkheid hebben om in hoger beroep te opteren voor een éénledige dan wel een drieledige kamer. De partijen weten dan op voorhand dat zij een gebeurlijk kortere, maar hopelijk snellere beslissing mogen verwachten. Zij hebben er zelf voor gekozen.

80. Op die manier wordt weliswaar tegemoet gekomen aan de kritiek dat de idee van de positieve motivering indruist tegen de waarborgen van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging. Maar de andere (voormelde) kritieken blijven onaangeroerd.

D. POSITIEVE MOTIVERING VOOR BEPAALDE GEDINGEN

81. Beter lijkt dan ook de idee van de positieve motivering door te voeren in sommige gedingen, die zich daartoe lenen.

82. Eigenlijk is zulks reeds het geval, zo bijvoorbeeld in kort geding.

²⁶⁶ Zie bv.: Cass. 14 maart 2002, *Arr. Cass.* 2002, 789, *Juristenkrant* 2002, nr. 48, p. 7, *Juristenkrant* 2002, nr. 49, p. 5, *NjW* 2002, 59, noot P. THION, *Pas.* 2002, I, 722 en *R.W.* 2002-03, 138.

Zie voor concrete tekstvoorstellen: E. BREWAEYS, m.m.v. V. BOESMANS, B. MAES, P. VANLERSBERGHE en R. VERBEKE, "Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak", in B. MAES en M. STORME (eds.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft?*, Kluwer, Antwerpen, 2000, 14-45; B. MAES, "Krachtlijnen voor een nieuwe burgerlijke rechtspleging", in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 647-659.

²⁶⁷ Vgl. bv.: Cass. 15 september 2006, inzake met A.R. nr. C.05.0304.N, waar het Hof beslist dat het hoger beroep kan strekken tot de rechtzetting van een vergissing door een partij begaan in eerste aanleg.

²⁶⁸ Zie: P. VAN ORSHOVEN, "Het recht op hoger beroep – Waarom en waarheen?", in J. LINSMEAU en M.L. STORME, *Het gerechtelijk recht – Waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, 133-144.

A fortiori geldt daar voormelde cassatierechtspraak dat de motiveringsverplichting voor de rechter enkel meebrengt dat hij moet antwoorden op de regelmatig aangevoerde middelen, zonder elke argument in detail te moeten uitpluizen²⁶⁹.

Maar er is meer. Positieve motivering zou, gelet op de eigen aard van het kort geding²⁷⁰, aldaar kunnen volstaan. De kort geding rechter spreekt recht op het eerste gezicht en hoeft, in urgente gevallen waarin onmiddellijke schade dreigt, het materiële recht als dusdanig niet uit te pluizen. Hij moet nagaan of de zaak urgent is en, zo ja, na belangenafweging eventuele bewarende maatregelen bevelen, zonder acht te moeten slaan op materieelrechtelijke (verweer)middelen²⁷¹. Hij gaat af op de ogenschijnlijke rechten van de partijen, die hij niet op onredelijke wijze mag betrekken²⁷². De kort geding rechter moet zodoende ordenend optreden en hierbij redelijkerwijze omspringen met het achterliggende materiële recht²⁷³. In die context past een louter positieve, of hoe dan ook een meer beperkte²⁷⁴, motiveringsverplichting, waarop het Hof van Cassatie marginaal toeziet²⁷⁵.

Een en ander maakt dat de kort geding rechter, die vaststelt dat de zaak niet urgent is, met deze vaststelling kan volstaan. Hij moet zich zelfs niet bekommeren om de ogenschijnlijke rechten van de partijen²⁷⁶.

83. Voorts moet worden gewezen op de vaste (cassatie)rechtspraak die de motiveringsverplichting van de onderzoeksgerechten versoepelt. Die rechtspraak uit

²⁶⁹ Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 42 en *Pas.* 1991, I, 41.

²⁷⁰ M.L. STORME en P. TAELEMAN, "Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven", in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIde Post-Universitaire cyclus Willy DELVA, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, p. 71, nr. 66.

²⁷¹ Cass. 4 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 300, *Pas.* 2000, I, 297, *R.W.* 2000-01, 813, noot M.L. STORME en T.B.H. 2000, 184, noot.

Zie ook: Jaarverslag Hof van Cassatie 2000, *Belgisch Staatsblad* 2000, 92-95.

²⁷² Cass. 22 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 683, *Pas.* 1991, I, 607, *T.B.H.* 1991, 672, noot P. LEMMENS; Cass. 13 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 910, *J.T.T.* 1991, 428 en *Pas.* 1991, I, 797; Cass. 4 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 556, *J.T.* 1993, 735, *P & B* 1993, 121, *Pas.* 1993, I, 542, *R. Cass.* 1993, 167, noot S. RAES, *R.W.* 1993-94, 476, noot en *T.B.H.* 1993, 925, noot H.R.; Cass. 16 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1018, *Pas.* 1995, I, 1049 en *R.W.* 1995-96, 1318; Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 349, *P & B* 1996, 200, *Pas.* 1996, I, 377 en *R.W.* 1996-97, 539; Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 359, *P & B* 1996, 202, *Pas.* 1996, I, 387, *R.W.* 1996-97, 432 en 1289, noot en *T.R.O.S.* 1997, 142, noot D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM; Cass. 25 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1088, *J.T.T.* 1997, 57, noot, *Pas.* 1996, I, 1158 en *R.W.* 1997-98, 14; Cass. 31 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 140, *Pas.* 1997, I, 148, *R.W.* 1997-98, 605, noot, *Soc. Kron.* 1998, 23, noot P. HUMBLET en *T.B.H.* 1997, 367.

²⁷³ M.L. STORME, "Arbeidsrecht en gerechtelijk recht: verstaan zij zich met elkaar?", *T.P.R.* 1999, 67-68.

²⁷⁴ Cass. 9 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 464 en *Pas.* 1994, I, 453, waar het Hof beslist dat de kort geding rechter, die vaststelt dat de zaak urgent is en er voor eiser in kort geding onmiddellijke schade dreigt indien een bepaalde maatregel niet wordt bevolen, niet nader moet antwoorden op het verweer van de verweerder dat hij tijd nodig heeft om bepaalde gegevens te onderzoeken en dat de stukken uit het debat moeten worden geweerd.

²⁷⁵ M.L. STORME, "Kort geding omdat het moet", noot onder Cass. 4 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 814-815.

²⁷⁶ M. REGOUT, *l.c.*, 340-341.

zich voornamelijk inzake voorlopige hechtenis²⁷⁷, maar ook inzake de regeling van de rechtspleging²⁷⁸. Eenzelfde rechtspraak gold inzake voorwaardelijke invrijheidsstelling, wanneer de Commissie voor voorwaardelijke invrijheidsstelling zich daarover boog²⁷⁹. Het Hof acht artikel 149 GW hier niet van toepassing, nu de bedoelde beslissingen van de onderzoeksgerechten geen eigenlijke vonnissen of arresten betreffen²⁸⁰. In zijn arresten van 26 maart 2003 en 3 april 2003 voegt het daaraan toe dat de onderzoeksgerechten die uitspraak doen over de regeling van de rechtspleging, in de regel, evenmin onderworpen zijn aan de voorschriften van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en van artikel 14 I.V.B.P.R., tenzij de niet-inachtneming ervan het eerlijke karakter van het proces ernstig in het gedrang dreigt te brengen²⁸¹.

²⁷⁷ Cass. 20 juli 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1050 en *Pas.* 1992, I, 974; Cass. 14 mei 2003, *Arr. Cass.* 2004, 217, *J.L.M.B.* 2003, 1540 en *Pas.* 2003, I, 994; Cass. 3 december 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2235, *Pas.* 2003, I, 1948 en *Rev. dr. pén.* 2004, 626; Cass. 11 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 217, *Pas.* 2004, I, 248, *Rev. dr. pén.* 2004, 719, noot G. RANERI en *T. Vreemd.* 2004, 51 (aangaande een administratieve maatregel van vrijheidsberoving tegen een vreemdeling); Cass. 3 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 374 en *Pas.* 2004, I, 361 (aangaande een verzoek tot invrijheidsstelling van een vreemdeling); Cass. 31 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 544, *Pas.* 2004, I, 524 en *T.B.P.* 2005, 187 (aangaande een administratieve maatregel van vrijheidsberoving tegen een vreemdeling); Cass. 26 mei 2004, *J.T.* 2004, 715, *Pas.* 2004, I, 919, *Rev. dr. pén.* 2004, 1253 en *T. Strafr.* 2005, 214 (aangaande de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel); Cass. 8 december 2004, *J.L.M.B.* 2006, 65, *J.T.* 2005, 133, noot J. CASTIAUX en A. WEYEMBERGH, *Pas.* 2004, I, 1951, *Rev. dr. étr.* 2006, 103, *Rev. dr. pén.* 2005, 536 en *R.W.* 2005-06, 895, noot C. RYNGAERT (aangaande de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel); Cass. 28 december 2004, *Pas.* 2004, I, 2052 en *Rev. dr. pén.* 2005, 546 (aangaande de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel); Cass. 28 december 2004, *Pas.* 2004, I, 2049 en *Rev. dr. pén.* 2005, 423; Cass. 5 juli 2005, *Pas.* 2005, I, 1493 en *R.W.* 2006-07, 759, noot G. STESSENS (aangaande de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel); Cass. 24 mei 2006, *T. Vreemd.* 2007, 45 (aangaande een administratieve maatregel van vrijheidsberoving tegen een vreemdeling); Cass. 2 augustus 2006, inzake met A.R. P.06.1128.F (aangaande de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel); Cass. 23 augustus 2006, inzake met A.R. P.06.1200.F. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, p. 478-479, nr. 122.

²⁷⁸ Cass. 25 mei 1999, *Act. fisc.* 1999, nr. 22, 4, *Arr. Cass.* 1999, 719, *J.D.F.* 1999, 321, noot M.B., *F.J.F.* 1999, 323, *Fisc. Act.* 1999, nr. 22, p. 3, *Jaarboek Mensenrechten* 1998-00, 285, *Pas.* 1999, I, 739 en *R.W.* 2000-01, 25; Cass. 20 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1406 en *Pas.* 2000, I, 1376; Cass. 23 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2258, *Pas.* 2002, I, 2018 en *Rev. dr. pén.* 2003, 307; Cass. 26 maart 2003, *Arr. Cass.* 2003, 776 en *Pas.* 2003, 651; Cass. 14 december 2005, *Pas.* 2005, I, 2531; Cass. 24 januari 2006, *Pas.* 2006, I, 213. Zie ook: Cass. 25 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1955, *J.L.M.B.* 2002, 1637, *Pas.* 2002, I, 1740 en *Rev. dr. pén.* 2002, 1220.

²⁷⁹ Cass. 9 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2103 en *Pas.* 2002, I, 1876.

²⁸⁰ Cass. 24 juli 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1339 en *Pas.* 2001, I, 1290.

De cassatierechtspraak luidt anders met betrekking tot de ingevolge de Wet van 17 mei 2006 nieuw opgerichte strafuitvoeringsrechtbanken; zie dienaangaande uitvoerig: M. DE SWAEF en M. TRAEST, *l.c.*, p. 1576-1577, nrs. 20-24.

²⁸¹ Cass. 26 maart 2003, *Arr. Cass.* 2003, 782, *J.T.* 2003, 482 en *Pas.* 2003, I, 656; Cass. 2 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 866, *J.T.* 2004, *Pas.* 2003, I, 722, *Rev. dr. pén.* 2003, 1171 en *T. Strafr.* 2004, 354.

In een arrest van 4 september 2001 beslist het Hof van Cassatie wel dat het onderzoeksgerecht dat, in geval van buitenvervolginstelling van een inverdenkinggestelde, de burgerlijke partij veroordeelt in de kosten van de openbare vordering, geen voorlopige of voorbereidende beslissing neemt, maar een vonnis uitsprekt waarop artikel 149 G.W. van toepassing is, zodat op de desbetreffende conclusie van de burgerlijke partij moet worden beantwoord²⁸². In een arrest van 7 maart 2004 preciseert het Hof dat de vrije beoordelingsbevoegdheid van de onderzoeksgerechten bij de regeling van de rechtspleging niet wegneemt dat zij de conclusie van de inverdenkinggestelde moeten beantwoorden, wanneer die hetzij een exceptie (bv. van onbevoegdheid van het onderzoeksgerecht) opwerpt, hetzij aanvoert dat de litigieuze feiten geen misdrijf uitmaken²⁸³. Zodra een onderzoeksgerecht als gewoon rechtscollege fungeert, geldt de normale motiveringsverplichting²⁸⁴.

84. In de lijn van voormelde rechtspraak inzake voorlopige hechtenis beslist het Hof van Cassatie dat artikel 149 GW evenmin van toepassing is op de door de jeugdrechter genomen beslissingen tot voorlopige bewaring van minderjarige delinquenten²⁸⁵.

85. De eigen rechtspleging voor het Hof van Assisen maakt dat ook daar een afwijkende motiveringsverplichting geldt²⁸⁶. Dit Hof kan zijn arresten moeilijk motiveren nu het de beweegredenen van de volksjury niet kent, maar enkel het bevestigende dan wel ontkennde antwoord op de gestelde (schuld)vragen²⁸⁷. Verder zijn de beslissingen die de voorzitter krachtens zijn discretionaire macht neemt, vrij van enige motivering²⁸⁸.

86. Binnen de gewone rechtspleging, genieten bepaalde deelbeslissingen evengoed vrijstelling van de motiveringsverplichting, tenzij een conclusie daar specifiek toe uitnodigt. Dit is bijvoorbeeld het geval inzake de voorlopige tenuitvoerlegging²⁸⁹ en de veroordeling in de kosten²⁹⁰. Deelbeslissingen dienaangaande moeten in de regel enkel in het logische verlengde liggen van de eigenlijke beslissing²⁹¹.

²⁸² Cass. 4 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1378 en *Pas.* 2001, I, 1328.

²⁸³ Cass. 7 april 2004, *Arr. Cass.* 2004, 627 en *Pas.* 2004, I, 613.

²⁸⁴ Cass. 14 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 48, *J.L.M.B.* 2004, 1358, *Pas.* 2004, I, 74, *Rev. dr. pén.* 2004, 632, *R.W.* 2005-06, 385, noot L. JANSSENS en *Soc. Kron.* 2004, 506.

²⁸⁵ Cass. 27 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 632 en *Pas.* 2002, I, 601.

²⁸⁶ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, p. 477-478, nrs. 121-122; M. REGOUT, *l.c.*, 336.

²⁸⁷ Het Hof van Assisen moet bv. wel antwoorden op een conclusie van de beschuldigde aangaande het overschrijden van de redelijke termijn in de zin van art. 6, eerste lid E.V.R.M. (Cass. 22 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 261).

²⁸⁸ Cass. 11 juni 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1481, *Pas.* 2002, I, 1332 en *R.W.* 2002-03, 706, noot A. VANDEPLAS.

²⁸⁹ Cass. 1 juni 2006, inzake met A.R. nr. C.05.0024.N.

²⁹⁰ Cass. 18 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 228; Cass. 11 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1059; Cass. 8 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 9, *Juristenkrant* 2004, nr. 84, 7, *Pas.* 2004, I, 8, *R.A.B.G.* 2004, 617, noot B. MAES, *R.W.* 2004-05, 64, noot J. LAENENS en *T. Vred.*

87. In diezelfde optiek beslist het Hof stelselmatig dat de rechter niet gehouden is specifieke motivering te bieden omtrent het al dan niet bevelen van een (prejudiciële) onderzoeksmaatregel, tenzij alweer een conclusie daar specifiek toe uitnodigt²⁹².

§ 7. BESLUIT

88. Voorliggende bijdrage leert dat de idee van de positieve motivering verleidelijk overkomt, voornamelijk als mogelijke bijkomende oplossing tot het verhelpen van de gerechtelijke achterstand. De link tussen een al te omvattende motiveringsverplichting en de gerechtelijke achterstand staat immers buiten kijf. Toch lijkt enige nuance gepast. Wat is overigens precies ‘positieve motivering’? Voorstanders hebben het moeilijk om een werkbare definitie te geven, laat staan toetsingscriteria. Meer nog dan de klassieke doch alsmaar versoepelende cassatierechtspraak, zou rechtspraak waarbij het Hof op de positieve motiveringsverplichting toeziet, ongrijpbaar worden. Verder kan men bezwaarlijk ontkennen dat de idee van de positieve motivering indruist tegen de waarborgen van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging. Al bij al is de huidige, rondom artikel 149 GW gebouwde rechtscultuur niet zo slecht. Zij het dat zowel de rechtzoekenden, hun advocaten als de magistraten zouden moeten leren spaarzamer om te springen met de openbare dienst die het gerechtelijke apparaat uitmaakt. Een per partij in het geding beperkt in aantal korte en krachtige conclusies, met een overzichtelijke structuur, verdienen promotie. Daarbij moeten alle juridische pijlen, zoveel als mogelijk, ineens worden afgeschoten. Deloyaal procesgedrag is hoe dan ook uit den boze. De rechters moeten verder nog meer motiveringsbesparende technieken hanteren, wat de kwaliteit van hun beslissing ten goede moet komen.

89. Benevens voormelde kritieken, vinden de tegenstanders van de idee van de positieve motivering meer heil in alternatieve voorstellen om de gerechtelijke achterstand in te dijken. Zij pleiten in de eerste plaats voor een nieuwe ‘conclusiecultuur’. Verder mag niet worden vergeten dat de idee van de positieve motiveringsverplichting ook nu door de besproken soepele cassatierechtspraak schemert. Dit is zonder meer het geval waar het Hof van Cassatie de motivering in feite toetst. Dit is zeker het geval voor bepaalde bijzondere rechtsplegingen, zoals de rechtspleging in kort geding.

2004, 388, noot S. MOSSELMANS; Cass. 17 januari 2006, *Pas.* 2006, I, 173 en *T. Strafr.* 2006, 135, noot; A. SMETRYNS, *l.c.*, 42-44.

²⁹¹ B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter, l.c.*, p. 23, nr. 14.

²⁹² Cass. 11 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1791 en *Pas.* 2002, I, 1600.

BIBLIOGRAFIE

ADAM, S., “Motiver un jugement: le point de vue du Conseil d'Etat”, *Journ. jur.* 2005, nr. 45, p. 6-7;

BOUCKAERT, B., Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur - Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 23 januari 1997, Kluwer Rechtswetenschappen België, Antwerpen, 1997, 60 p.;

CLOSE, F., “La loi belge du 27 avril 1987, sur la motivation des peines”, *J.L.M.B.* 1987, 1405-1417;

CONSTANT, J., “Propos sur la motivation des jugements et des arrêts en matière répressive”, *J.T.* 1970, 661-672;

DECLERCQ, R., *Beginselen van Strafrechtspleging*, Kluwer, 2007, p. 682-752, nrs. 1457-1604;

DE MAESENEIRE, G., “Motivering rechterlijke beslissingen”, *NjW* 2007, 194-197;

DE SWAEF, M., “Vervangende gevangenisstraf en motiveringsverplichting”, noot onder Cass. 31 maart 1992, *R.W.* 1991-92, 1365-1366;

DE SWAEF, M., “De motivering van de straftoemeting”, noot onder Cass. 6 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1200-1201;

DU JARDIN, J., “Motivering van vonnissen en arresten in strafzaken”, *Comm. Straf.* 2002, 63 p.;

DUMON, F., “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, rede voor het Hof van Cassatie uitgesproken op 1 september 1978, *Arr. Cass.* 1979, 3-69 en *R.W.* 1978-1979, 257-326;

DUPONT, L., “De motivering van de straftoemeting”, in DE NAUW, A. (ed.), *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 505-530;

ERDMAN, F., “Par ces motifs... le pourquoi des choses (La motivation en matière pénale)”, in *Liber Amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits – Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 897-910;

W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, L'obligation de motiver les actes de juridiction en droit belge, Rapport belge au Xe Congrès international de droit comparé, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruylant, 1978, 419-501;

HERBOTS, J., “Cassatie wegens motiveringsgebreken”, *T.P.R.* 1971, 1-26;

HOLSTERS, D., “Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?”, in POULLET, Y. en VUYE, M. (eds.), *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, 31-48;

LEGROS, R., “Considérations sur les motifs”, in C. PERELMAN en P. FORIERS (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Brussel, Bruylant, 1978, 7-22;

LÉONARD, D., “La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d’office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d’après la jurisprudence de la Cour de Cassation”, in *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 495-514;

LEROY, M., “Tout jugement est motivé et rendu publiquement”, *Rev. b. dr. const.* 1999, 77;

LONDERS, G., “Motiveren van beslissingen – Enkele beschouwingen bij het motiveren van vonnissen en arresten”, in *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 317-330;

MAES, B., *Conclusie en motivering: een overzicht en een voorstel*, in LINSMEAU, J., STORME, M. (eds.), *Het gerechtelijk recht. Waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, Brugge, 2005, 21-39;

MAES, B., *De motiveringsverplichting van de rechter*, Kluwer, 1990, 104 p.;

MAES, B., “De verantwoording van de straf en de strafmaat”, noot over Cass. 26 maart 1997, in *R. Cass.* 1998, 208-210;

MAES, B., “Het beantwoorden van conclusies door de rechter”, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, 367-385;

MAES, B., “Motiveringsverplichting bij herneming van conclusies”, noot onder Cass. 2 november 1994, *R. Cass.* 1995, 189-190;

MAREEN, D., *De uitdrukkelijke motiveringswet en de geheime stemming*, T.B.P. 1993, 289-291;

MEEÛS, A., “Le moyen de cassation suivant lequel les motifs de la décision attaquée mettent la Cour dans l’impossibilité d’exercer son contrôle de légalité est-il recevable s’il est fondé sur la violation de l’article 149 de la Constitution”, noot onder Cass. 19 oktober 2000, *R.C.J.B.* 2001, 12-20;

PERELMAN, C., “La motivation des décisions de justice : essai de synthèse”, in C. PERELMAN en P. FORIERS (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 415-426;

RAES, S., “De motiveringsplicht in hoger beroep”, *P. & B.* 1995, 111-114;

REGOUT, M., “Motivation des décisions. La motivation des décisions, particulièrement en matière civile et commerciale”, in *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, 331-348;

RIMANQUE, K., “Art. 6 E.V.R.M.”, *Comm. Ger.* 2002, p. 66-68, nrs. 74-76;

RIMANQUE, K., “Art. 149 G.W.”, *Comm. Ger.* 2004, 4 p.;

SIMONT, L., “La motivation par référence dans la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique”, in *Mélanges en l’honneur de Jacques Boré*, Parijs, Dalloz, 2005, 429-435;

SMETRYNS, A., “De motiveringsverplichting van de strafrechter – Een algemene inleiding”, *C.A.B.G.* 2005, 65 p.;

SPREUTELS, J.-P., “Le contrôle de la motivation de la sanction pénale”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 901-927.

STORME, M., “Kort geding omdat het moet”, *R.W.* 2000-01, 814-815;

TRAEST, P., “De innerlijke overtuiging van de rechter en de motiveringsverplichting”, in *VERBRUGGEN, F., VERSTRAETEN, R., VAN DAELE, D., SPRIET, B. (eds.), Strafrecht als roeping – Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, Leuven, 2005, 553-567;

TULKENS, F., SOHIER, J., “Les cours et tribunaux - Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004-2006”, *Rev. b. dr. const.* 2006, 191-235;

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 1090-1093;

VANDEPLAS, A., “Over de motiveringsplicht”, *R.W.* 1998-99, 306;

VEEGENS, D.J., bewerkt door KORTHALS ALTES, E. en GROEN, H.A., *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 2005, 381-395;

VEROUGSTRAETE, Y., “Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht”, in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESLAGHE*, Brussel, Bruylant, 2000, 1061-1087;

VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Maklu, 2005, p. 734-735, nrs. 1564-1566.

HOOFDSTUK VII - GERECHTSKOSTEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE IN CIVIELE EN STRAFZAKEN

AFDELING 1 - GERECHTSKOSTEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE IN CIVIELE ZAKEN¹

§ 1. Toepassingsgebied van de hierna omschreven regeling

1.

De hierna omschreven regeling heeft alleen betrekking op de civiele procedures. Voor de regeling van de gerechtskosten in strafzaken zijn specifieke regels toepasselijk.²

De gerechtskosten in strafzaken worden autonoom geregeld door de artikelen 50 Strafwetboek en 162, 194 en 365 van het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten. De bepalingen van het KB van 30 november 1970 tot vaststelling van het tarief van de invorderbare kosten bedoeld in artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek doen hieraan niet af (Cass., 28 september 2004, AC nr 438; Jaarverslag van het Hof van Cassatie, 2005, p. 254-255; Franchimont, Jacobs en Masset, Manuel de procédure pénale, Larcier 2006, 2^e uitg., p.751).

De wetgever heeft nochtans die principiële uitzondering in een aantal gevallen ingeperkt. Uitzonderingen op de uitzondering zijn:

- artikel 128 Sv (de burgerlijke partij moet de rechtsplegingsvergoeding betalen aan de beklaagde)
- artikel 162bis Sv
- artikel 194 en 211 Sv
- artikel 369bis Sv

Meer specifiek voor de rechtspleging in strafzaken voor het Hof van Cassatie, bepaalt artikel 420ter van het Wetboek van strafvordering dat “de rechtspleging (voor het Hof van Cassatie in strafzaken) wordt geregeld zoals bepaald is in de artikelen 1105 tot 1109 van het Gerechtelijk Wetboek”. Die verwijzing houdt geen verwijzing in naar artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek dat de basisbepaling is waarop het Hof steunt in civiele zaken om te oordelen over de kosten. De basisregeling bij een cassatieberoep is dan eerder die van artikel 436 Sv dat bepaalt: “De burgerlijke partij wier eis tot cassatie hetzij in criminele zaken, hetzij in correctionele zaken of in politiezaken wordt verworpen, wordt veroordeeld in de kosten” (zie in deze zin Cass. 13 maart 1985, AC nr.421).

¹ Deze afdeling is opgesteld door Ivan Verougstraete, Voorzitter van het Hof van Cassatie. Deze noot weerspiegelt de persoonlijke opvatting van de maker van de noot en verbindt het Hof niet.

² Voor een bespreking in strafzaken, wordt verwezen naar afdeling 2 van dit hoofdstuk.

§ 2. Wettelijke verdeling van de betaling van de gerechtskosten voor het Hof

A. BEGINSELEN VAN VERDELING: DRAAGWIJDTE VAN HET BEGRIP DAT DE VERLIEZER BETAALT

2.

Artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt als basisregel, voor alle instanties, dat in beginsel “ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten (verwijst), onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt”.

De regel dat de verliezende partij ook de kosten betaalt van de winnende partij beantwoordt aan een natuurlijk rechtsgevoelen (zie hierover E.Dirix, “Verhaalbaarheid proceskosten en rechtscultuur”, in RW 2008-2009,41; J.Jacob, *The fabric of English Civil Justice*, 46). Nochtans is dit een overdreven simplificatie. Het billijkheidsgevoelen is eerder dat niet zozeer het loutere feit van het geding te verliezen beslissend is voor de kostenveroordeling dan wel de vraag wie het onnodig tot een proces of tot een proceshandeling heeft laten komen (B. De Temmerman, “Rechtsvergelijkende variaties op een heikel thema: de verhaalbaarheid van kosten van verdediging” in *Tegenspraak-Cahier* 25, 30). Wie bv onredelijk een suggestie tot beroep op bemiddeling zonder nader onderzoek zou afwijzen zou krachtens dit “Veranlassungsprinzip” in de kosten kunnen worden veroordeeld. Artikel 866 van het Gerechtelijk Wetboek is een specifieke toepassing van dit beginsel. Artikel 866 bepaalt: “De proceshandelingen en akten die nietig zijn of nodeloze kosten veroorzaken door toedoen van een ministerieel ambtenaar, komen te zijnen laste; hij kan bovendien worden veroordeeld tot schadevergoeding jegens de partij” (zie in deze zin en over de proceseconomische benadering: B. Deconinck, ‘Actuele tendensen inzake proceseconomie: loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief’, in *Actualia vermogensrecht, Recht en onderneming*, 2005)

Alle wetgevingen – ook het Gerechtelijk Wetboek – bevatten regelingen die toelaten af te wijken van het strakke beginsel dat de verliezer betaalt. De reden van die versoepelingen is enerzijds dat het uitgangspunt van het beginsel –dat de partij die het pleit verliest gacht wordt fout te zitten of foutief een zaak te hebben ingeleid of zich te hebben verweerd – te summier is. Het recht zou moeten volkomen zeker en gekend zijn vooraleer de regel van de winner of verliezer ongenueanceerd zou mogen worden toegepast en vervolgens zoals gezegd is het billijker te kijken naar wie de kosten van het geding of van een proceshandeling heeft veroorzaakt. Vervolgens kan de regel gevolgen hebben op de toegang voor het gerecht: als de gerechtskosten hoog zijn en als de verliezende partij alle kosten moet dragen, zal de bereidheid om een geding aan te spannen of om aan een vordering weerstand te bieden kleiner zijn. Hoge gerechtskosten gepaard met een volstreekte verhaalbaarheid van de gerechtskosten leiden overigens tot een opvallend succes van de bemiddeling of van de verzoening of nog van de verzoening met technieken van bemiddeling (zie over die begrippen: M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF 2007, inz. p. 71). De verhaalbaarheid kan dan ook negatieve gevolgen hebben op de vrije toegang van de justitiabele tot het gerecht, in die zin dat zij een zeefeffect heeft, maar heeft wel als positief gevolg dat de “onschuldige” partij niet blootgesteld wordt aan een overmatig maatschappelijk risico. Dit legt uit dat in mindere of grotere mate de wetgevingen uiteindelijk aan de rechter een zekere beleidsvrijheid overlaten.

3.

Voor het Hof van Cassatie is de basisregeling van de verdeling van de kosten in civiele zaken, vervat in artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt: *“Het Hof begroot in zijn arrest de kosten van rechtspleging in cassatie en zegt aan wie zij moeten worden vergoed. De partij wier vordering wordt afgewezen, wordt in de kosten verwezen, behalve in de gevallen bedoeld in artikel 1017. Wanneer cassatie wordt uitgesproken, worden de kosten aangehouden en hierover wordt beslist door de feitenrechter. Het hof kan evenwel uitspraak doen over de kosten van het cassatiegeding bij gedeeltelijke cassatie of wanneer de omstandigheden van de zaak het reeds wettigen”*.

De regel die hiervoren wordt gegeven geldt voor alle rechtsplegingen (F. Dumon, Commentaar Gerechtelijk Recht, sub artikel 1111, nr.1). De woorden “rechtsplegingen in cassatie” omvatten met andere woorden niet alleen de cassatieberoepen sensu stricto maar ook bij voorbeeld de nietigheidsberoepen bedoeld in artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek.

4.

De verwijzing in de kosten opgelegd door artikel 1111 aan de partij die wordt afgewezen beantwoordt grotendeels aan de regel van het gemene recht, ook al wordt zij in andere termen uitgedrukt dan in artikel 1017. De partij die verantwoordelijk is voor de kosten van de wederpartij moet die kosten ook dragen.

Die regel is geen absolute regel. De partij die wordt afgewezen hoeft niet alle kosten te dragen die de wederpartij heeft gemaakt. Wanneer een memorie van antwoord laatijdig is of niet ontvankelijk om een vormreden (Cass., 25 februari 1983, AC 1983, 814) zal de verweerder in verband met die memorie geen vergoeding ontvangen. Dit is een toepassing van het hoger vermelde “Veranlassungsprinzip”.

De regel is wel toepasselijk ongeacht wie de verzoekende partij is. Een verzoek in cassatie ingesteld door het openbaar ministerie en dat verworpen wordt, leidt tot de veroordeling ten laste van de Staat (Cass., 16 juli 1925, Pas. I, 361; Cass. 22 maart 1923, Pas.I, 243; zie hierover H. Simont, Des pourvois en cassation en matière civile, nr. 215, Bruylant 1933). Een vordering ingesteld voor rekening of in naam van een onbekwame leidt tot kosten die ten laste vallen van de vertegenwoordiger indien deze niet gemachtigd was op te treden (Cass., 3 november 1866, Pas.I, 395).

B. WETTELIJKE UITZONDERINGEN OP DE REGEL DAT DE VERLIEZER BETAALT

5.

Artikel 1111 Ger.W. houdt zelf een belangrijke uitzondering in: in de gevallen bedoeld in artikel 1017 wordt de partij wier vordering wordt afgewezen niet in de kosten verwezen.

Deze verwijzing naar een bepaling van Boek II, titel IV, van het Gerechtelijk Wetboek over de uitgaven en kosten, is symptomatisch. Zij impliceert dat de regels van het geding in beginsel toepasselijk zijn op de rechtspleging in cassatie. Artikel 1042 Gerechtelijk Wetboek bepaalt overigens dat “voor zover de bepalingen (van

Boek III van het Gerechtelijk Wetboek) er niet van afwijken, (...) de regels van het geding toepasselijk (zijn) op de rechtsmiddelen". Dit artikel maakt geen uitzondering voor de procedure in cassatie.

Wetshistorisch gezien is dit geen verrassing. Op grond van artikel 58 van de wet van 4 augustus 1832 moest het Hof bij verwerping de eiser veroordelen tot betaling van een vergoeding van 150 Frank wanneer de verwerping op tegenspraak geschiedt en 75 frank wanneer de verwerping bij verstek geschiedt. Die vergoeding –die vrij hoog vastgesteld was- was bestemd om de buitengerechtelijke kosten te vergoeden die de partij had moeten betalen (C.Scheyven, *Traité pratique des pourvois en cassation*, n°185, Brussel–Bruylant Christophe, 1885). Zij was verschuldigd ook wanneer de winnende partij ze niet uitdrukkelijk vroeg. Die regeling ging nog steeds uit van een visie waarin de partijen effectief een geding voeren voor het Hof van Cassatie dat niet geabstraheerd is van hun particuliere belangen. Het geding werd toen overigens ingeleid door de betekening van de dagvaarding –en niet door het neerleggen van het verzoekschrift- wat een meer dan symbolisch verschil uitmaakt tussen de vroege cassatieprocedure van de eerste jaren van het Hof en de huidige rechtspleging die in beginsel geen echte partijen kent.

6.

De gevallen waarin de afgewezen partij niet in de kosten wordt verwezen zijn als volgt omschreven door artikel 1017: "Behalve wanneer het geding roekeloos of tergend is, wordt de overheid of de instelling, belast met het toepassen van de wetten en verordeningen bedoeld in de artikelen 579,6°, 580, 581 en 582, 1° en 2°, ter zake van vorderingen ingesteld door of tegen de sociaal verzekerden persoonlijk, steeds in de kosten verwezen. Met sociaal verzekerden worden bedoeld: de sociaal verzekerden in de zin van artikel 2, 7°, van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het Handvest van de sociaal verzekerde.

De sociaal verzekerde in de zin van die bepaling is de natuurlijke persoon die recht heeft op sociale prestaties, er aanspraak op maakt of kan maken, zijn wettelijke vertegenwoordiger en zijn gemachtigden.

Krachtens die bepaling worden de overheid en die instellingen verwezen in de kosten van cassatie:

- a. Wanneer een door gerechtigden ingesteld cassatieberoep verworpen wordt (Cass. 4 juni 1975, AC 1975, 1051);
- b. Wanneer een cassatieberoep van die overheid of instelling ingewilligd wordt (Cass., 10 oktober 1973, AC 1974, 165).

Die bepaling is niet toepasselijk, zoals uit de tekst van de wet zelf blijkt, bij vorderingen ingesteld door de overheid tegen werkgevers die hun bijdragen niet betalen.

De bepaling is evenmin toepasselijk inzake geschillen tussen werkgevers en verzekeraars in verband met de bijdrage aan het Fonds voor Arbeidsongevallen verschuldigd (Cass. 26 september 1973, AC 1974, 95). Zij is ook niet toepasselijk op geschillen tussen een ziekenfonds en een verzekeraar over de terugvorderingen van vergoedingen wegens ziekte of invaliditeit (Cass. 6 december 1982, AC 1983, 474).

Zij is evenmin toepasselijk op strafvorderingen die in deze context gevoerd worden (Cass.29 november 1983, AC 1984, 366).

C. DE KOSTEN WORDEN AANGEHOUDEN EN DE FEITENRECHTER BESLIST

7.

Wanneer cassatie wordt uitgesproken, worden de kosten aangehouden en hierover beslist de feitenrechter. Die regel is toepasselijk op alle materies behalve de strafzaken (zie hiervoor sub randnummer 1). Het is overigens een algemeen verschijnsel: voor het Hof van Cassatie wordt in de regel de civiele procedure gevolgd, bij voorbeeld ook in fiscale zaken en in tuchtzaken. Alleen de strafprocedures *strico sensu* vormen hierop een uitzondering.

De regel dat de kosten worden aangehouden is alleen toepasselijk wanneer na cassatie kan verwezen worden naar een rechter in de beperkte zin van het woord. Bij cassatie van een beslissing van een tuchtraad van beroep (advocaten, architecten, artsen enz.) zal het Hof van Cassatie de kosten niet kunnen aanhouden aangezien die tuchtraden niet geacht zijn een rechter te zijn of een deel van de Rechterlijke Macht. In dit gevallen worden de kosten niet aangehouden maar beslist het Hof van Cassatie onmiddellijk over de kosten. Bij cassatie op verzoek van een lid van een Orde zal in de regel de Orde zelf veroordeeld worden (Cass. 2 februari 1978, Pas. 1978, I, 638, conclusie Delange). Een paar arresten hebben hierover anders beslist maar zijn meer als accidenten te beschouwen dan als een ommekeer van rechtspraak (Cass.,25 oktober 1973, AC 1974, 22; Cass., 6 februari 1976, AC 1976, 672). De regel is ook niet toepasselijk na een vernietiging van een arrest van de Raad van State. Uiteraard is de regel evenmin toepasselijk wanneer in de uitzonderlijke gevallen waarin het Hof, in civiele zaken, een beslissing vernietigt zonder verwijzing (voor een dergelijk geval zie Cass. 5 september 2008³).

Het Hof taxeert dus de kosten die voor het Hof gevallen zijn maar spreekt zich niet uit over de vraag welke partij die kosten moet dragen. Gelet op de vrijheid die gelaten wordt aan de verwijzingsrechter om al dan niet te oordelen volgens de aanwijzingen gegeven door het Hof van Cassatie is dit geen onredelijke oplossing. Hierbij komt nog dat aangezien een cassatie het gevolg is van een verkeerde beslissing en niet kan toegerekend worden aan de procespartijen, een eventuele kostenveroordeling beter wordt overgelaten aan de rechter naar wie verwezen wordt die het best op grond van de rechtspleging in haar geheel over de kosten kan beslissen.

8.

De regel van artikel 1111 Ger.W. dat het Hof bij cassatie de beslissing overlaat aan de feitenrechter houdt uitzonderingen in. De eerste uitzondering ligt voor de hand: wanneer het Hof een gedeeltelijke cassatie uitspreekt kan het uitspraak doen over de kosten en bij voorbeeld een partij reeds veroordelen in een deel van de kosten als het

³ Cass. 5 september 2008, C.07.0327.N. Dit arrest wordt besproken onder hoofdstuk III “Belangrijke arresten van het Hof”, onder §2 “Omvang van cassatie” van afdeling 6 “Uitspraken in gerechtelijk recht”.

cassatieberoep maar gedeeltelijk gegrond is. Dit is de weergave van de wet en leidt niet tot bijzondere problemen.

De tweede uitzondering laat toe aan de cassatierechter uitspraak te doen over de kosten van de rechtspleging in cassatie “*wanneer de omstandigheden van de zaak het reeds wettigen*”.

De wet definieert niet wat hiermede wordt bedoeld. Volgens het Verslag van de Koninklijke commissaris is dit een uitzonderlijke regel die aan de appreciatie van het Hof wordt gelaten (Verslag, p. 431). Procureur-generaal Hayoit de Termicourt ziet als mogelijke toepassing het geval dat een partij voor het Hof... de toekenning vraagt van een rechtsplegingsvergoeding of het geval dat een partij de andere op nodeloze kosten jaagt (Hayoit de Termicourt, *Considérations sur le projet de Code judiciaire*, p.35, nr.18). Het eerste voorbeeld is belangwekkend, want het illustreert dat tijdens de voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek de toepassing van artikel 1022 Ger.W. (artikel over de rechtsplegingsvergoeding) op de procedure voor het Hof van Cassatie zoals de tekst toen luidde, als aanvaardbaar werd beschouwd.

Het tweede voorbeeld is ook belangrijk, want het is de toepassing van het eerder genoemde “Veranlassungsprinzip”. Hier kan ook gedacht worden aan een geval dat in het Duitse recht expliciet door de wet geregeld wordt: “Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das Side in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war” (§97(2) ZPO). Men zou kunnen denken aan een nieuw middel dat toelaatbaar is omdat het steunt op bepalingen van openbare orde maar dat reeds voor de appelrechter had kunnen aangevoerd worden.

§ 3. Regeling van artikel 1111 Gerechtelijk Wetboek: een allesomvattende regeling?

A. ARTIKEL 1111 GER.W. CREËERT EEN SLUITENDE REGELING

9.

De vraag rijst of met artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het hiervoren is uitgelegd, een voldoende sluitende regeling is gecreëerd voor de kosten dan wel of nog met andere bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek – naast artikel 1017 Ger.W. dat expliciet wordt geïnviseerd in artikel 1111 – rekening moet worden gehouden voor de verwijzing in de kosten.

Het Hof heeft hierover bij arrest van 27 juni 2008 het volgende beslist⁴:

Artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek bevat een volledige en aparte regeling van de kosten van de vordering tot vernietiging met inachtneming van de beperkte

⁴ Cass. 27 juni 2008, C.05.0328.F. Dit arrest wordt besproken onder hoofdstuk III “Belangrijke arresten van het Hof”, onder §5 “Rechtsplegingsvergoeding” van afdeling 6 “Uitspraken in gerechtelijk recht”.

bevoegdheid van het Hof en het speciale voorwerp van deze vordering, die los staat van de vordering waarover de bestreden beslissing uitspraak doet.

Die kenmerken welke eigen zijn aan het cassatieberoep sluiten uit dat de in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsplegingsvergoeding in die kosten zou worden begrepen, daar die vergoeding verband houdt met de aard en de omvang van het door de partijen aan de feitenrechter voorgelegde geschil en de begroting ervan die afhangt van criteria welke verband houden met de zaak zelf, het Hof zou nopen tot een onderzoek waarvoor het niet bevoegd is.

Het Hof van Cassatie benadrukt aldus de autonomie van de cassatieprocedure ongeacht het tekstargument dat uit artikel 1042 Ger.W. kon worden geput.

Artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek bevat een preciese regeling van de gerechtskosten voor het Hof van Cassatie waarin relatief gedetailleerd de problemen van de toerekening van de kosten wordt geregeld en van de verplichting uitspraak te doen. In feite vraagt dit artikel niet om nadere regelingen en de uitzonderingen op de algemene regels van de rechtspleging worden expliciet vermeld in artikel 1111 Gerechtelijk Wetboek, wat uitwijst dat dit de kern is van de regeling van de kosten. Dit is niet verwonderlijk.

De taak van het Hof is de rechterlijke beslissingen te beoordelen. Zoals Faye het uitdrukt: “ses justiciables ne sont pas en réalité les parties, dont l’intérêt n’est qu’accessoirement engagé devant elle, mais les arrêts envisagés uniquement dans leurs rapports avec la loi” (p.11); zie ook I.Verougstraete, “Cassatie in civiele zaken (Belgisch recht)”, in *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Boom Juridische uitgevers, 2007, 153-156.

In die mate is er dus ook voor het Hof geen eigenlijk contradictoir geding, gekenmerkt door een in het ongelijk gestelde partij (Stefaan Voet, « Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten », RW 2007-2008, 1131).

Dit leidt sommigen ertoe om zelfs te overwegen, bij een cassatieberoep, de Staat te veroordelen in de kosten. Zoals Dirix het uitdrukt: “Men kan zich voorts de bedenking maken dat, aangezien een cassatie niet kan worden toegerekend aan de procespartijen, een eventuele kostenveroordeling, de veroordeelde partij in de verleiding kan brengen om deze van de Staat terug te vorderen. Voortbouwende op die gedachte valt er de lege ferenda ook wat voor te zeggen om de partij wier cassatieberoep wordt afgewezen op grond van een wijziging van de rechtspraak (...) niet in de kosten te verwijzen, maar die ten laste te leggen van de Staat” (E.Dirix, op.cit., p.42).

Artikel 1111 Ger.W. weerspiegelt die specifieke taak van het Hof. Artikel 1111 Ger.W. houdt een quasi volledig autonome regeling in van de gerechtskosten, en een wet van 21 april 2007 die de materie van de rechtsplegingsvergoeding grondig heeft omgevormd, heeft dit niet gewijzigd. Artikel 1111 Ger.W. is precies geconcipieerd voor een systeem waarin in de regel geen contradictoir debat bestaat, of in elk geval slechts een embryo van een debat, en waarin bij voorbeeld het verstek onbestaande is. De regels die het contradictoir debat beheersen voor de feitenrechters zijn in de regel op het Hof van Cassatie niet toepasselijk en de regels in verband met de

proceskosten die gelden voor feitenrechters en het accessorium zijn van het contradictoir debat, zijn in vergaande mate irrelevant.

Het valt overigens op te merken dat artikel 1111 Ger.W. de bevoegdheid van het Hof om te zeggen aan wie de kosten moeten worden vergoed slechts in beperkte mate voorziet m.n. bij een verwerping of bij een gedeeltelijke cassatie of in gevallen waar het Hof meent die taak niet te mogen overlaten aan de verwijzingsrechter (concreet: bij een verwijzing naar de raden van beroep van de vrije beroepen).

De regeling van artikel 1111 van het Gerechtelijk Wetboek sluit naadloos aan bij de beperkte bevoegdheid van het Hof, dat “in de beoordeling van de zaken zelf” niet treedt (voor de uitlegging van deze complexe uitdrukking, zie J.F. van Drooghenbroeck, *Cassation et Jurisdiction-Jura dicit curia*, Bruylant 2004). Een debat invoeren over een vergoeding die volgens aan de grond van de zaak gebonden criteria vastgesteld is, zou het Hof tot een onderzoek van de feiten verplichten, in overtreding met artikel 147, tweede lid, van de Grondwet. En de kostenregeling voor het Hof binden aan criteria die verband houden met de aard van de aangevoerde middelen is ook vreemd omdat de aard van de middelen het onmiddellijk gevolg is niet van het gedrag van de partijen of van de vordering door de oorspronkelijke eiser ingesteld maar wel hoofdzakelijk van de inhoud van de bestreden beslissing die het voorwerp is van het cassatieberoep.

B. TOEREKENING VAN KOSTEN EN ARTIKEL 1022 GER.W.: GEEN UITZONDERING OP DE SLUITENDE REGELING

10.

Voor de toerekening van de kosten bevat het nieuwe artikel 1022 Ger.W. zoals gewijzigd bij artikel 7 van de wet van 21 april 2007, een verdeelsleutel. De wet zegt dat “*de rechtsplegingsvergoeding een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij*”. Dit artikel werkt wat dit betreft artikel 1017 Ger.W. verder uit. In de mate het artikel alludeert op de “*in het gelijk gestelde partij*” zal het niet toepasselijk zijn op de rechtspleging voor het Hof van Cassatie: artikel 1111 bevat wat dit betreft een specifieke en autonome regeling die voorrang heeft op de nieuwe algemene regel. De autonomie van de regel wordt nog beklemtoond doordat in artikel 1022 Ger.W. de rechter steeds de kosten kan toewijzen in het kader van het debat dat voor hem wordt gevoerd, terwijl dat precies niet het geval is in het kader van artikel 1111 Ger.W. Hiermede staat het KB van 26 oktober 2007 dat de rechtsplegingsvergoeding laat bepalen per instantie haaks op dit artikel.

JF van Drooghenbroeck en B. De Coninck ontkennen dat artikel 1111 een autonome regeling inhoudt die de toepassing van artikel 1022 Ger.W. uitsluit (“Il ne fait selon nous aucun doute que les dispositions légales et réglementaires nouvelles trouveront à s’appliquer devant la Cour de cassation”, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, JT 2008, p.46). Die evidentie vinden zij in artikel 2 Ger.W. en in het feit dat “aucune équivoque ne plane à cet égard dans les travaux préparatoires de la loi du 21 avril 2007”. Die redenering is, in zoverre zij gebaseerd is op artikel 2, een louter postulaat en in de parlementaire voorbereiding

staat zeker niet te lezen dat de nieuwe bepaling toepasselijk is op het Hof van Cassatie.

Het Hof heeft dus in het eerder weergegeven arrest van 27 juni 2008 (www.Juridat.be) de specificiteit van het stelsel van artikel 1111 Ger.W. bevestigd.

Samenvattend: anders dan de feitenrechter zal het Hof van Cassatie niet in alle omstandigheden de kosten toewijzen maar zal hiervoor vaak verwijzen of moeten verwijzen naar de feitenrechter en de parameters van zijn beslissing over de gerechtskosten wijken af van die van de feitenrechters.

§ 4. Wat zijn de gerechtskosten voor cassatie?

A. ALGEMENE REGELS

11.

Voor het Hof van Cassatie zijn de regels die de gerechtskosten definiëren in beginsel dezelfde als voor de feitenrechters (in die zin F.Dumon, “De artikelen 1017 tot en met 1024 Ger.W. bepalen welke de ‘uitgaven’ en ‘kosten’ zijn (Comm.Ger. sub artikel 1011).

Artikel 1018 Ger.W. geeft een nadere omschrijving van wat de kosten zijn, en die opsomming is in beginsel toepasselijk op het Hof van Cassatie. Zij omvat ook een verwijzing naar artikel 1022 Ger.W. en dus naar de rechtsplegingsvergoeding, zodat de vraag of de nieuwe regeling vervat in artikel 1022 Ger.W., zeker niet uit de weg mag worden gegaan.

Voor het overige worden die begrippen voor een belangrijk deel ingevuld door het Wetboek van registratie, hypotheek en griffierechten die probleemloos door het Hof van Cassatie worden toegepast. Enkele specifieke bepalingen wijzen er nochtans op dat de wetgever de specificiteit van het Hof niet uit het oog heeft verloren, onder meer door een apart rolrecht te bepalen voor het Hof van Cassatie (artikel 269 W.Reg.).

De bedragen die de partijen betalen aan een advocaat bij het Hof van Cassatie worden, in de huidige praktijk, niet begrepen in de kosten van het cassatiegeding bedoeld in de artikelen 1018 en 1111 Ger.W. Dit is van groot belang omdat dit betekent dat in de rechtspraak van het Hof, het probleem van die kosten elders moet worden opgelost.

B. HET PROBLEEM VAN ARTIKEL 1022 GER.W.

12.

De vraag is of artikel 1022 Ger.W. een uitkomst biedt aan de verhaalbaarheid van de kosten van de advocaten bij het Hof van Cassatie en of, hierbij aansluitend, de vergoeding van de advocaat bij het Hof van Cassatie moet beschouwd worden, principieel, als een gerechtskost en daarenboven als een gerechtskost die voor de procedure in aanmerking komt onder de vorm van een forfaitair bepaalde rechtsplegingsvergoeding.

Artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek heeft in beginsel alleen tot strekking de rechtsplegingsvergoeding te definiëren en te bepalen wie deze moet betalen. Volgens de termen van het artikel is “*de rechtsplegingsvergoeding een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijkgestelde partij*”. Er is nochtans geen twijfel dat artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek een ruimere strekking heeft dan een eerste blik op dat artikel laat vermoeden.

Het artikel is gewijzigd als een reactie op arresten van het Hof van Cassatie van 28 februari 2002, van 2 september 2004 en van 16 november 2006. In die arresten aanvaardde het Hof, binnen enge grenzen weliswaar, dat de kosten van de advocaat van de winnende partij, op grond van het materiële recht, tegen de verliezende partij konden worden verhaald.

De toepassing van de leer van het Hof van Cassatie leidde tot disparate beslissingen (zie hierover Ilse Samoy en Vincent Sagaert, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, RW 2007-2008, 674-698). De bedoeling van de wetgever was de ontwikkeling van de rechtspraak en ook van de wetgeving zoals de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties, om te zetten in een algemene regeling.

De principiële verhaalbaarheid was niet meer te stuiten en de wetgever achtte het gepast om die trend te vertolken via een nieuwe regulering van het procesrecht. De wetgever heeft hiervoor de artikelen 1017 tot 1024 van het Gerechtelijk wetboek gewijzigd. De cruciale bepaling is de nieuwe invulling van het begrip rechtsplegingsvergoeding die voortaan ook de kosten en erelonen omvat van de advocaat voor zijn intellectuele prestaties (althans een deel van die kosten en erelonen). Dit noopte tot een onmiddellijk aanpassing van het Koninklijk Besluit over de rechtsplegingsvergoedingen .

13.

Het nieuwe artikel 1022 Ger.W. regelt niet volledig de verhaalbaarheid van de kosten: de rechtsplegingsvergoeding dekt alleen de kosten en ereloon van de advocaat gemaakt binnen het proces maar niet de andere gerechtelijke kosten zoals de kosten van een gerechtsdeurwaarder of van een gerechtsdeskundige.

De kosten en ereloon van een advocaat bij het Hof van Cassatie – een ministerieel ambtenaar – vallen a priori ook buiten de tekst van artikel 1022 Ger.W., niet alleen in de traditionele uitlegging van dat artikel voor zijn wijziging bij wet van 21 april 2007 maar ook in de formulering van de huidige regel van artikel 1022. Er bestaat dan ook geen reden, als wij uitgaan van die vaststelling, om een deel van het ereloon van de cassatieadvocaten te laten verhalen via de rechtsplegingsvergoeding. Dat het artikel niet verwijst naar de “advocaten bij het Hof van Cassatie” – maar enkel naar “advocaten” – is geen louter toeval en kan niet te wijten zijn aan een vergetelheid of aan een redactionele slordigheid.

Hiermede wordt nochtans niet alles gezegd omdat gewone advocaten ook mogen optreden in bepaalde civiele procedures voor het Hof (bij voorbeeld in fiscale zaken

of in specifieke procedures zoals de prejudiciële vragen over mededinging of de onttrekkingen). Daarenboven hebben de gewone advocaten het recht te pleiten in zaken die correct door een advocaat bij het Hof van Cassatie zijn aangebracht. Daarom is een analyse van de tekst zelf van artikel 1022 nodig om te onderzoeken of die bepaling in geen geval kan worden toegepast op de civiele procedure voor het Hof.

De tekst zelf van artikel 1022 Ger.W. laat vermoeden dat het niet kan worden toegepast op de procedure in cassatie. Het nieuwe artikel 1022 Ger.W. gaat uit van een visie van het volledig tegensprekelijk debat: de termen zelf die in dat artikel gebruikt worden wijzen op een debat tussen partijen die onder elkaar een geschil voeren, terwijl het Hof essentieel oordeelt over de regelmatigheid van beslissingen.

Het tweede lid van het artikel machtigt de Koning om minimum en maximumbedragen te bepalen op advies van de OVB en OVFG maar gewaagt niet van een advies van de balie van cassatie.

De mogelijkheid die dit artikel biedt aan de rechter om de vergoeding te moduleren wordt beheerst door bepaalde parameters waarvan een aantal moeilijk te verzoenen zijn met de eigen aard van de procedure voor het Hof (zoals de “contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij” die normaal niet gekoppeld worden aan de uitslag in een procedure van cassatie waarbij dan nog bij een cassatieberoep geen partij eigenlijk in het gelijk wordt gesteld, of nog, de “complexiteit van de zaak”).

Wat deze laatste betreft kent het Gerechtelijk Wetboek een specifiek criterium van complexiteit van rechtsplegingen voor het Hof van Cassatie: de zaken waarvan de oplossing voor de hand ligt die door een pannel van 3 kunnen worden genomen, en de overige zaken die allemaal geacht worden complex te zijn. Het zou nogal merkwaardig zijn dat uiteenlopende criteria worden gehanteerd voor de behandeling in een beperkte kamer of voor de rechtsplegingsvergoeding, maar dit zou dan een mechanisch effect zijn die de wetgever zeker niet bedoelde.

De procedure waarbij het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding wordt gemoduleerd – het verzoek van een van de partijen en een beslissing die in het bijzonder gemotiveerd is – zal wel theoretisch kunnen gevoerd worden, maar zal nogal gewrongen zijn. Vooreerst er zijn geen ware partijen in het geding. Vervolgens zou de verweerder een verzoek moeten richten aan het Hof maar zou dat zeker moeten doen in de termijn en in de vorm bepaald voor het neerleggen van een memorie (zie artikel 1093 Ger.W.) wat in werkelijkheid de verweerder zal dwingen een advocaat bij het Hof van Cassatie te nemen en eventueel kosten te maken in gevallen waarin hij normaliter niet opportuun achtte een advocaat bij het Hof van Cassatie in te schakelen. De eiser zou hetzelfde moeten doen in het verzoekschrift, op een ogenblik waarop hij de complexiteit van de zaak of het kennelijk onredelijke van de situatie nog niet volledig kan beoordelen. En eens ingediend is het te laat om nog een vervangend verzoekschrift neer te leggen.

Wellicht kan worden opgeworpen dat een dergelijke procedure voor het Hof nooit zal worden gevoerd omdat, zoals van Droogenbroeck en de Coninck het schrijven,

voor het Hof van Cassatie alleen telt de regel van de niet in geld waardeerbare “vorderingen”, zodat in alle mogelijke zaken, ongeacht het onredelijke en de complexiteit steeds hetzelfde bedrag zou worden gehanteerd. Dit strijdt evenwel met de visie van de wetgever die een beslissing in billijkheid wou promoten (zie hierna).

Het is niet mogelijk artikel 1022 uit te leggen in die zin dat dit artikel het Hof van Cassatie zou verplichten in beginsel te beslissen over de verdeling van de kosten maar voor het overige een verplichte delegatie van de beoordeling van de kosten zou inhouden aan de feitenrechters. In die beoordeling zouden de feitenrechters appreciëren, met uitsluiting van het Hof van Cassatie, over het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding. Dit zou de feitenrechters toelaten na te gaan bij voorbeeld of de partijen een voldoende financiële draagkracht hebben en of de situatie kennelijk onredelijk is. Het was zeker niet de bedoeling van de wetgever dat het Hof van Cassatie zijn bevoegdheid over de kostenregeling zou overlaten aan derden, dit zou in strijd zijn met de ongewijzigde tekst van artikel 1111 Ger.W. en gaat niet op bij een verwerping van het cassatieberoep.

Het vierde lid van dit artikel houdt rekening met de factor ‘rechtsbijstand’ maar verwijst enkel naar de “tweedelijns juridische bijstand” die totaal vreemd is aan het Hof van Cassatie.

Wat er ook van zij, het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 27 juni 2008 in duidelijke bewoordingen de toepassing verworpen van het nieuwe artikel 1022 op rechtsplegingen in cassatie.

14.

Het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bepaalt de basisbedragen van de rechtsplegingsvergoeding op grond van de aard van de zaak en de belangrijkheid van het geschil. De schalen die gehanteerd worden zijn kennelijk vreemd aan de werking van het Hof van Cassatie. Bepaalde artikelen van het besluit zijn niet bestaanbaar met de rechtspleging in cassatie.

Artikel 2 van het Besluit bepaalt de rechtsplegingsvergoeding op grond van “op geld waardeerbare vorderingen” terwijl in cassatie er normaliter geen eigenlijke vorderingen zijn bij gewone cassatieberoepen.

Aldus bepaalt artikel 6 dat “wanneer de zaak wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek, en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen, is het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding dat van de minimumvergoeding”. Uiteraard kan er nooit een verstek zijn voor het Hof van Cassatie noch een verschijning in de zin bedoeld door dit artikel.

Niet alle bepalingen zijn niet toepasbaar, maar dan rijst nog de vraag of ze wettig zouden zijn. Het zou denkbaar zijn dat de rechtsplegingsvergoeding in het Hof van Cassatie noodzakelijk zou bepaald worden volgens het barema van de niet in geld waardeerbare vorderingen (artikel 3: 1200 € als basisbedrag), maar dit is artificieel. Dit is ook in strijd met artikel 1022 Ger.W. dat de parameters bepaalt van de rechtsplegingsvergoeding. Het Hof van Cassatie zou dus die parameters niet kunnen

aanwenden wat betekent dat het KB in elk geval onwettig is in zoverre zou beslist worden dat het toepasselijk is op het Hof van Cassatie.

Artikel 1, tweede lid, van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt dat de bedragen worden vastgesteld “per aanleg”: het niveau van cassatie is een aanleg in ruime zin. Dit betekent met andere woorden dat het KB niet op die enkele basis niet-toepasselijk moet worden verklaard. Uit het feit evenwel dat de bedragen bepaald worden per aanleg kan niet logisch afgeleid worden dat bedragen noodzakelijk verschuldigd zijn voor elke aanleg, met inbegrip van de aanleg van cassatie.

15.

Hieruit zou kunnen geconcludeerd worden dat hoewel artikel 1111 Ger.W. de materie beheerst, a priori niet uitgesloten zou geweest zijn dat de verhoogde rechtsplegingsvergoeding zou worden toegekend in de civiele procedures voor het Hof van Cassatie, maar dat de wetgever nagelaten heeft dit te doen in artikel 1022 Ger.W. en integendeel de tekst van artikel 1022 Ger.W., nog veel minder bestaanbaar heeft gemaakt met de rechtspleging voor het Hof dan het oude artikel.

Dit betekent met andere woorden dat de wetgever, gewild of ongewild, een differentiatie in het leven heeft geroepen op processueel vlak. Dit kan op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet best verdedigd worden. De specificiteit van de rechtspleging voor het Hof van Cassatie –geen derde aanleg, een systeem met ministeriële ambtenaren, een grotendeels geschreven rechtspleging zonder pleidooien, geen contradictoir debat- wettigt deze optie van de wetgever.

Dit argument geldt niet voor de andere procedures die voor het Hof gevoerd worden (zoals de nietigheidsberoepen tegen de beslissingen van het beheerscomité van Phenix) maar dan rijst natuurlijk de vraag of het wel redelijk zou zijn voor die uitzonderingsprocedure een andere regeling uit te werken.

16.

De vergelijking met andere landen toont aan dat de gerechtskosten ook voor het opperste gerechtshof vaak kunnen worden verhaald. Er zijn redenen hiervoor zoals hierna zal worden betoogd.

Het Franse recht maakt een onderscheid tussen de gerechtskosten (in enge zin) en de “frais irrépétibles” dit is het geheel van de kosten die niet aan tarificatie onderworpen zijn zoals advocatenkosten. Ondanks de kwalificatie van “irrépétible” zijn die laatste kosten wel binnen zekere grenzen verhaalbaar tegen de verliezende partij. Krachtens artikel 629 van de Nouveau Code de procédure civile kan het Hof van Cassatie van Frankrijk de verliezende partij veroordelen tot betaling van de vergoeding bedoeld in artikel 700 NCPC (Artikel 700 luidt : “dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut la partie perdante à payer à l’autre partie la somme qu’il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l’équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d’office pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu’il n’y a pas lieu à cette condamnation »). Artikel 629 bepaalt : »Sans préjudice de l’application des dispositions de l’article 700, la Cour de cassation peut laisser la totalité ou une fraction des dépens à la charge

d'une partie autre que celle qui succombe » (zie hierover F.Arbellot, « Frais irrépétibles », Rép.pr.civ.Dalloz, april 2007, nrs 1,33)

Ondanks deze duidelijk wil van de wetgever heeft het Franse Hof van Cassatie via procedurale wegen de effectieve toegang tot de verhaalbaarheid beperkt. De vordering gebaseerd op artikel 700 wordt in de regel (er zijn uitzonderingen!) beschouwd als een incidentele vordering wat vorm en termijnen betreft. De vordering is dan ook vaak niet ontvankelijk: omdat ze te laat is ingesteld gelet op de eisen van artikel 991 NCPC (Cass.soc. 16 juli 1987, Bull.civ.V, nr.499), omdat ze ingesteld is nadat de termijn voor het instellen van een incidentele vordering verstreken is (art.1010 NCPC).

In het Nederlandse recht doet de Hoge Raad overeenkomstig artikel 419, lid 4, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, “zodanige uitspraak als hij vermeent te behoren”. De Hoge Raad heeft volle vrijheid zowel bij het bepalen wie de proceskosten moet dragen als bij het begroten dezer kosten (W. Hugenholtz, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, werk voortgezet door W.H. Heemskerk, Elsevier 2006, nr.166). De HR kan ook beslissen dat over de kosten bij de einduitspraak zal worden beslist. Voor het overige doet de HR in de regel recht ten principale. De verwijzing naar de feitenrechter bij een vernietiging impliceert niet dat de rechter naar wie wordt verwezen per se uitspraak zal doen over de kosten.

§ 5. Verhaalbaarheid van de kosten voor het Hof van Cassatie via het materiële recht

17.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 2 september 2004⁵ beslist dat de kosten van een advocaat of van een deskundige in zekere mate verhaalbaar waren. Het aansprakelijkheidsrecht was het breekijzer waarmee het Hof van Cassatie zodoende een opening maakte voor de verhaalbaarheid van gerechtskosten voor de feitenrechters. Hiermede begon een moeilijke oefening waarbij via het aansprakelijkheidsrecht en het concept schade een opening gegeven werd aan de verhaalbaarheid van kosten van de partijen die geen deel uitmaakten van de klassieke processuele kosten als de rol-, griffie- en registratierechten.

Het cassatiearrest van 2 september 2004 betrof kosten gedaan voor de feitenrechters en betrof dus niet de kosten voor het Hof van Cassatie, inzonderheid de kosten van de advocaat bij het Hof van Cassatie.

De wetgever heeft verkozen althans voor de kosten van een advocaat een forfaitaire weg te bewandelen. Artikel 7 van de wet van 21 april 2007 bepaalt dat geen partij boven het bedrag van de rechtsplegingvergoeding kan worden aangesproken tot betaling van een vergoeding voor de tussenkomst van de advocaat van een andere partij.

⁵ Cass. 2 september 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1271, met conclusie van advocaat-generaal A. Henkes.

Die bepaling die overgenomen is in artikel 1022 Ger.W., laatste lid, heeft om de redenen die reeds gegeven werden geen impact op de gerechtskosten in cassatie.

18.

De leer van het cassatie-arrest van 2 september 2004 die de oplossing van de verhaalbaarheid plaatst op het gebied van het materiële recht en de schadeloosstelling (de schade die voortvloeit uit de noodzaak zijn recht van verdediging uit te oefenen), lijkt geen goede oplossing te bieden voor het probleem van de verhaalbaarheid. Het Hof van Cassatie spreekt zich in de regel niet uit ten gronde over de rechten van de partijen- en de appreciatie van de schadevergoeding voor de uitoefening van het recht van verdediging, schadevergoeding die hoort bij de tekortkoming, moet logischerwijze verwezen worden naar de feitenrechter. Het Hof zou alleen een enigszins abstracte indicatie kunnen geven in dat verband.

Het Hof zal dus vermoedelijk niet geneigd zijn, buiten de gevallen die expliciet door de wet bepaald zijn, enige monetaire vergoeding toe te kennen aan de eiser cq verweerder in cassatie op grond van de verplichting die voor de onschuldige partij gerezen was zijn rechten te verdedigen.

Dit alles betekent dat de huidige rechtspraak van het Hof ongewijzigd zou kunnen blijven en door artikel 1022 Ger.W. niet wordt aangetast. Het Hof heeft overigens die weg bewandeld sedert de inwerkingtreding van de wet van 21 april 2007 (dit is sedert 1 januari 2008).

§ 6. Toch een nieuwe wending?

19. De achterliggende bekommernis van rechtvaardigheid en toegankelijkheid van het gerecht die present was in het arrest van 2 september 2004 blijft thans ook nog gelden.

Men zou het kunnen beschouwen als een leemte in de wet dat de forfaitaire regeling van vergoeding van kosten van advocaat niet overeenkomstig wordt toegepast op de advocaten bij het Hof van Cassatie. Die leemte kan alleen de wetgever opvullen. Aangezien het een leemte is, kan, volgens de huidige leer van het Hof, daardoor geen schending ontstaan van het gelijkheidsbeginsel en is de prejudiciële weg naar het Grondwettelijk Hof gesloten, volgens onze eigen doctrine.

Het Hof kan moeilijk zelf een dergelijke regeling “vinden” in artikel 1111 of artikel 1017 en 1018.

Het EVRM is niet van die aard dat het een principiële verhaalbaarheid oplegt en artikel 23 Grondwet is niet echt een direct werkende bepaling.

20.

Wetgevende ingrepen zijn dus nodig in de mate gewenst wordt een nieuwe wending te geven aan de regeling van de gerechtskosten voor het Hof.

De vraag van de wenselijkheid een (beperkte) verhaalbaarheid in te voeren voor de “winnende” partij wordt niet eenvoudig beantwoord. De partij die op het vlak van het Hof gelijk heeft gekregen zou kunnen een rechtsplegingsvergoeding claimen (aangepast aan de cassatieprocedure) maar die vergoeding zou slechts effectief moeten betaald worden na het eindarrest gewezen op verwijzing.

Een regeling waarbij aan de gerechtskosten voor het Hof van Cassatie wordt gesleuteld zal verbonden zijn met het meer algemeen probleem van de toegang tot het hoogste gerechtshof (over die problemen van toegang en de financiële filter, zie Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2003-II, “Analyse du contentieux soumis à la Cour de cassation et considérations sur la régulation de ce contentieux”, p.84-115).

Volgens het Frans model zou kunnen bepaald worden in artikel 1111 Ger.W. dat dit artikel geldt “onverminderd de toepassing van artikel 1022, eerste, tweede, vijfde en zesde lid”. Als dat de gevolgde weg is, zou een Koninklijk Besluit worden genomen dat een artikel toevoegt aan het KB van 26 oktober 2007 en dat specifiek de rechtsplegingsvergoeding regelt in een klassiek cassatieberoep en in de overige procedures (nietigheidsberoepen van artikel 610 Ger.W. enz.).

Het zal nog niet eenvoudig zijn en zal leiden tot een besluit waarin voor een belangrijk aantal procedures vermoedelijk zal beslist worden dat geen rechtsplegingsvergoeding toegelaten wordt (in alle gevallen waarin het Hof van Cassatie een bijzondere taak opneemt voor het behoud van de instellingen en waarin ook geen drempel(vrees) mag worden ingebouwd).

Dit is geen al te fraaie oplossing, ook al is zij vermoedelijk relatief eenvoudig.

Het zou, als het parlement een nieuwe regeling wenst, beter zijn een lid toe te voegen aan artikel 1111 Ger.W. (of een artikel 1022bis in te lassen) dat gewoon preciseert dat na het advies te hebben ingewonnen van de balie van cassatie, de Koning de maximumbedragen vaststelt die kunnen gelden als rechtsplegingsvergoeding, dat het Hof de bedragen die bepaald worden per KB kan verminderen gelet op de financiële draagkracht van partijen enz. De parameters voor de bepaling van een rechtsplegingsvergoeding zullen noodzakelijk andere parameters zijn dan die welke thans in artikel 1022 Ger.W. voorkomen. Een specifiek Koninklijk besluit dat op die nieuwe bepaling steunt zal dan ook vereist zijn.

Ongeacht die wetswijzigingen zou het Hof veel ruimer toepassing kunnen maken van artikel 1111 Ger.W. in fine “wanneer de omstandigheden van de zaak het reeds wettigen”. Die toepassing de lege lata zou alleen betrekking hebben op de klassieke kosten, niet op de vernieuwde rechtsplegingsvergoeding. Het zou al iets de pijn milderden van wie na cassatie nog kosten moet doen voor het vervolg van de rechtspleging.

Algemene conclusie

21. Zonder wetgevend ingrijpen kan er niets veranderen zonder gevaar voor verwarring of rechtsonzekerheid.

Het is onzeker of een wijziging in de materie van de gerechtskosten uiteindelijk bevorderlijk zou zijn voor de toegankelijkheid van het Hof van Cassatie en of zij zou leiden tot meer rechtvaardigheid. Het Hof heeft nooit een financiële drempel willen laten inbouwen om de toegang tot het Hof moeilijker te maken, maar het Hof wenst evenmin dat een systeem in het leven zou worden geroepen dat aanmoedigt tot procederen voor het Hof. Het Hof van Cassatie filtert in vergelijking met andere landen zeer weinig de toegang tot het Hof.

Een vorm van verhaalbaarheid van de gerechtskosten voor het Hof onder de vorm van een forfaitaire vergoeding voor de winnende partij zal niet per se tot het gewenste resultaat leiden en is in elk geval nog niet geïntroduceerd in het Belgische recht.

AFDELING 2 - DE GERECHTSKOSTEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE IN STRAFZAKEN⁶

§ 1. Inleiding

1. Traditioneel werd het standpunt gehuldigd dat de gerechtskosten in strafzaken op autonome wijze worden geregeld door artikel 50 Strafwetboek en door de artikelen 162, 194 en 365 Wetboek van Strafvordering (R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2177; H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH en M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2008, 1565). Deze bepalingen werden ook toepasselijk geacht wanneer de strafrechter over de kosten van de civielrechtelijke vordering uitspraak deed; het Hof van Cassatie oordeelde aldus dat de burgerlijke rechtsvordering die voor de strafrechter aanhangig is, wordt beheerst door de regelen van de rechtspleging in strafzaken en dat dit het geval blijft wanneer in strafzaken, nadat de rechter definitief over de strafvordering heeft beslist, bij de feitenrechter enkel nog de burgerlijke rechtsvordering aanhangig is. De strafrechter doet derhalve over de kosten van de civielrechtelijke vordering uitspraak volgens de artikelen 50, 162, 194, 211 en 365 van het Wetboek van Strafvordering en niet volgens artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek (Cass. 29 november 1983, *AC* 1983-84, nr. 172). De bepalingen van het (intussen met ingang van 1 januari 2008 bij artikel 9 KB van 26 oktober 2007 opgeheven) KB van 30 november 1970 tot vaststelling van het tarief van de invorderbare kosten bedoeld in artikel 1022 Ger.W. deden daaraan niet af (Cass. 28 september 2004, *AC* 2004, nr. 438 en *RW* 2004-05, 1105, noot A. VANDEPLAS).

2. Wat evenwel specifiek de rechtspleging in strafzaken voor het Hof van Cassatie betreft, dient erop gewezen te worden dat artikel 420^{ter} van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de rechtspleging geregeld wordt zoals bepaald is in de

⁶ Deze afdeling is opgesteld door Michael Traest, referendaris bij het Hof van Cassatie. De tekst verbindt slechts de auteur.

artikelen 1105 tot 1109 van het Gerechtelijk Wetboek. Er wordt derhalve niet verwezen naar artikel 1111 Gerechtelijk Wetboek dat de basisbepaling is waarop het Hof zich steunt om uitspraak te doen over de kosten in burgerlijke zaken en waarvan het Hof in civiele zaken op 27 juni 2008 heeft geoordeeld dat het een volledige en aparte regeling van de kosten van de vordering tot vernietiging met inachtneming van de beperkte bevoegdheid van het Hof en het speciale voorwerp van deze vordering, bevat die los staat van de vordering waarover de bestreden beslissing uitspraak doet (Cass. 27 juni 2008, C.05.0328.F). Wel is er in strafzaken het artikel 436 Wetboek van Strafvordering dat bepaalt dat de burgerlijke partij wier eis tot cassatie hetzij in criminele zaken, hetzij in correctionele zaken of in politiezaken wordt verworpen, wordt veroordeeld in de kosten.

In toepassing van die bepaling wordt de partij wiens cassatieberoep wordt afgewezen, in de regel veroordeeld in de kosten (*Cfr.* R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, nr. 3462). In geval van cassatie van de bestreden beslissing wordt daarentegen de tegenpartij veroordeeld in de kosten; dit kan in voorkomend geval de burgerlijke partij zijn indien het cassatieberoep uitgaat van de beklaagde; het kan ook gaan om de beklaagde en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij indien op het cassatieberoep van het openbaar ministerie de vrijspraak wordt vernietigd. In geval van cassatie van de bestreden beslissing op het cassatieberoep van de beklaagde en er geen burgerlijke partij is, of, indien het cassatieberoep van het openbaar ministerie wordt verworpen, blijven de kosten ten laste van de Staat (R. DECLERCQ, *Cassation en matière répressive*, Brussel, Bruylant, 2006, nr. 922-923).

3. Door de Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (*BS* 31 mei 2007) wordt in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek een regeling ingevoerd waarin is voorzien in de mogelijkheid van het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding als forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij; deze regeling van artikel 1022 Ger.W. vindt ook in strafzaken toepassing. Immers, in de artikelen 128, 162*bis* en 194 Sv. zoals gewijzigd bij de artikelen 8, 9 en 10 van de Wet van 21 april 2007, wordt ook uitdrukkelijk verwezen naar de vergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger.W. die de strafrechter gebeurlijk zal moeten toekennen. Waar voorheen in strafzaken geen enkele rechtsplegingsvergoeding werd toegekend, verandert zulks met de Wet van 21 april 2007 op ingrijpende wijze (*Cfr.* I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-08, (674) 693-694; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, (37) 48).

De verwijzing in voormelde bepalingen van het Wetboek van Strafvordering naar het nieuwe artikel 1022 Ger.W., brengt weliswaar met zich mee dat een toepassing in strafzaken van die bepaling uit het Gerechtelijk Wetboek thans niet uitgesloten is, doch de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken zal slechts aan de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek onderworpen zijn in de mate waarin de desbetreffende voorschriften ervan niet onvereenigbaar met de strafrechtspleging zijn (*Cfr.* D.

DILLENBOURG, “Répétibilité des frais de défense en matière pénale ou l'avènement de l'indemnité de procédure nouvelle”, *RDP* 2008, (105) 109). Het voorgaande brengt dan ook met zich mee dat de vraag naar de toepassing van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger.W. ook reeds in strafzaken is gerezen voor het Hof van Cassatie doch dat voor het overige de regeling van de gerechtskosten in strafzaken geregeld blijft door artikel 50 Strafwetboek en door de artikelen 162, 194 en 365 Wetboek van Strafvordering. Overigens besliste het Hof reeds dat artikel 1021 Ger.W. niet van toepassing is in strafzaken (Cass. 2 december 2008, P.08.058.N).

§ 2. Toepassingsgevallen in de rechtspraak van het Hof in strafzaken

4. Gelet op het gegeven dat artikel 13 van de Wet van 21 april 2007 bepaalt dat de nieuwe wet van toepassing is vanaf 1 januari 2008 op de hangende gedingen, rees de vraag naar de mogelijkheid van het instellen van een cassatieberoep tegen beslissingen die weliswaar over de strafvordering en de burgerlijke vordering uitspraak doen, doch de beslissing over de rechtsplegingsvergoeding aanhouden. Overeenkomstig artikel 416, eerste lid Wetboek van Strafvordering is het cassatieberoep tegen voorbereidende arresten en arresten van onderzoek of tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van dezelfde soort, slechts mogelijk na het eindarrest of het eindvonnis. Het bestreden arrest waarbij, bij de beoordeling van de burgerlijke rechtsvordering, de beslissing over de rechtsplegingsvergoeding wordt aangehouden en de zaak voor verdere afhandeling van dat punt onbepaald wordt uitgesteld, is evenwel geen eindbeslissing zodat het cassatieberoep tegen die beslissing niet ontvankelijk is (Cass. 2 december 2008, P.08.0814.N, onuitg.; zie verder ook o.m.: Cass. 2 december 2008, P.08.0511.N, onuitg.; Cass. 2 december 2008, P.08.0515.N). Zulks geldt uiteraard ook voor het cassatieberoep dat wordt ingesteld tegen de beslissing van de appelrechters op de burgerlijke rechtsvordering met betrekking tot de veroordeling tot de “*appelkosten*” en die te dien einde het debat heropent (Cass. 2 december 2008, P.08.1029.N, onuitg.; vergelijk: Cass. 2 december 2008, P.08.0546.N, onuitg.). De beslissing waarbij het bestreden vonnis de zaak voor verdere afhandeling op burgerrechtelijk gebied onbepaald uitstelt daar waar de beslissing omtrent de begroting van de rechtspleging wordt aangehouden, heeft ook niet tot gevolg dat de beslissing over de schade en de schadeloosstelling een beslissing is alvorens recht te doen; de afstand die berust op de onderstelling dat dit wel het geval is, moet derhalve niet worden verleend (Cass. 2 december 2008, P.08.0602.N).

5. Wat ook specifiek de rechtspleging voor het Hof van Cassatie betreft, dient eraan te worden herinnerd dat nieuwe middelen niet ontvankelijk zijn, tenzij ze de openbare orde betreffen of gesteund zijn op een dwingende wetsbepaling. Cassatiemiddelen die schending van een regel van openbare orde of van een dwingende wetsbepaling aanvoeren, kunnen wel voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden aangevoerd. De beslissing van de appelrechters over de rechtsplegingsvergoeding behoort daartoe niet. Wanneer uit de stukken van de rechtspleging immers blijkt dat de verweerders voor de appelrechters de veroordeling van de eisers tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding hebben gevorderd en dat de eisers daarover geen verweer hebben gevoerd, is het middel dat

aanvoert dat de appelrechters ten onrechte de eisers hebben veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de verweerders nieuw en dus niet ontvankelijk (Cass. 18 november 2008, P.08.0768.N).

6. Overeenkomstig artikel 162*bis*, eerste lid Wetboek van Strafvordering veroordeelt ieder veroordelend vonnis, uitgesproken tegen de beklaagde en tegen de personen die voor het misdrijf burgerrechtelijk aansprakelijk zijn, hen tot het betalen aan de burgerlijke partij van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 194 Wetboek van Strafvordering bepaalt verder dat over de kosten wordt beslist overeenkomstig de regels gesteld in artikel 162 en over de vergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, overeenkomstig artikel 162*bis*. In deze wetsbepaling is dus geen sprake van de vrijwillig noch van de gedwongen tussengekomen partij zodat de vraag rees in welke mate deze partijen kunnen veroordeeld worden tot betaling van de in artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsplegingsvergoeding. Het Hof besliste in het arrest van 2 december 2008 (P.08.0482.N) dat artikel 162*bis* niet toelaat dat de tussengekomen partij wordt veroordeeld tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding aan de burgerlijke partij (in dezelfde zin ook: Cass. 2 december 2008, P.08.0432.N, onuitg.). Wanneer de strafrechter aldus de vrijwillig tussengekomen partij in solidum veroordeelt met de beklaagde om aan de burgerlijke partij de rechtsplegingsvergoeding als bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek te betalen, vernietigt het Hof van Cassatie die veroordeling in zoverre ze de vrijwillig tussengekomen partij betreft, en zegt het dat er geen grond is tot verwijzing (Cass. 2 december 2008, P.08.0482.N).

7. Overeenkomstig artikel 1021, eerste lid Ger.W. kunnen de partijen een omstandige opgave indienen van hun onderscheiden kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding zoals bepaald in artikel 1022; in dat geval worden de kosten in het vonnis vereffend. Deze bepaling van artikel 1021 Ger.W. is echter niet van toepassing in strafzaken. Waar artikel 162 Wetboek van Strafvordering bepaalt dat ieder veroordelend vonnis, uitgesproken tegen de beklaagde en tegen de personen die voor het misdrijf burgerrechtelijk aansprakelijk, hen in de kosten, zelfs jegens de openbare partij, verwijst en volgens artikel 162*bis*, tweede lid, laatste zin Wetboek van Strafvordering de vergoeding waarin artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek voorziet, bepaald wordt door het vonnis, volgt uit de combinatie van de artikelen 162 en 162*bis* Wetboek van Strafvordering dan ook dat, niettegenstaande de partijen geen omstandige opgave hebben ingediend van hun kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding zoals bepaald in artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek, de strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering, die rechtsplegingsvergoeding in zijn vonnis mag begroten. Als hij dat in dergelijk geval doet, doet hij geen uitspraak over niet-gevorderde zaken en miskent hij ook niet het beschikkingsbeginsel (Cass. 2 december 2008, P.08.0589.N). Aldus werd ook geoordeeld dat de veroordeling tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering ambtshalve dient te worden uitgesproken; het cassatiemiddel dat opwerpt dat de strafrechter de burgerlijke partij slechts tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de vrijgesproken beklaagde kan veroordelen in zoverre hem een verzoek daartoe werd gericht, terwijl

deze veroordeling ambtshalve dient te worden uitgesproken, faalt naar recht (Cass. 19 november 2008, P.08.0807.F).

8. Artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, wanneer meerdere partijen de rechtsplegingsvergoeding ten laste van dezelfde in het ongelijk gestelde partij genieten, het bedrag ervan maximum het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding bedraagt waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen aanspraak kan maken. Ze wordt door de rechter tussen de partijen verdeeld. Die beperking geldt enkel ten aanzien van de partij die in het ongelijk is gesteld; zijn meerdere partijen in het ongelijk gesteld dan geldt die beperking enkel voor elk van hen afzonderlijk (Cass. 2 december 2008, P.08.0589.N).

§ 3. Maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding

9. Toepassing van laatstvermelde wetsbepaling in het licht van voormeld arrest van 2 december 2008 (P.08.0589.N) laat toe de volgende hypothesen van maximum rechtsplegingsvergoeding te onderscheiden:

- Eén ontvanger – Eén veroordeelde:

geen beperking; de hypothese bedoeld in artikel 1022, vijfde lid Ger.W. speelt hier niet;

- Eén ontvanger – Meerdere veroordeelden:

de ontvanger krijgt van iedereen een rechtsplegingsvergoeding; er geldt geen beperking. Ook hier speelt de hypothese van artikel 1022, vijfde lid Ger. W. niet;

- Meerder ontvangers – Eén veroordeelde:

Elke ontvanger krijgt een rechtsplegingsvergoeding; hier speelt de bepaling van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. wél: het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt maximum het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen, aanspraak kan maken.

Indien *bijvoorbeeld* een eerste ontvanger recht heeft op het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding van 400 EUR, de tweede op het basisbedrag van 1.100 EUR, de derde op het basisbedrag van 400 EUR en de vierde op het basisbedrag van 1.100 EUR dan bedraagt het totaal van de rechtsplegingsvergoedingen aldus 3.000 EUR.

Het maximumbedrag bedraagt in toepassing van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. twee maal het maximumbedrag van de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen, dit is 2 x 2.500 EUR (= maximumbedrag bij een basisbedrag van 1.100 EUR).

In dit geval krijgt elke ontvanger de volledige rechtsplegingsvergoeding.

- Meerdere ontvangers – Meerdere veroordeelden:

Elke ontvanger krijgt een rechtsplegingsvergoeding; hier speelt de bepaling van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. wél: het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt maximum het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen, aanspraak kan maken.

In deze hypothese speelt ook de regel uit het arrest van 2 december 2008 (P.08.0589.N) ten volle, met name dat de beperking van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. enkel geldt ten aanzien van de partij die in het ongelijk is gesteld en dat, indien meerdere partijen in het ongelijk zijn gesteld, die beperking enkel geldt voor elk van hen afzonderlijk.

Indien *bijvoorbeeld* een eerste veroordeelde aan vier ontvangers het basisbedrag van 1.100 EUR aan rechtsplegingsvergoedingen dient te betalen, dan zal hij in totaal 4.400 EUR moeten betalen; de drempel bedoeld in artikel 1022, vijfde lid Ger.W. wordt hierbij niet overschreden vermits hij tot maximum 2 x 2.500 EUR (= maximumbedrag bij een basisbedrag van 1.100 EUR), of 5.000 EUR kan worden veroordeeld. Elke ontvanger krijgt dan ook zijn volledige rechtsplegingsvergoeding.

Aangezien het maximumbedrag in toepassing van deze wetsbepaling steeds het dubbel is van het basisbedrag, moeten er minstens vijf ontvangers zijn opdat de basisbedragen moeten worden ingeperkt. Zijn er in het daarnet gegeven voorbeeld vijf ontvangers die elk aanspraak zouden kunnen maken op het basisbedrag van 1.100 EUR, dan zal het totaal bedrag van de rechtsplegingsvergoedingen 5.500 EUR bedragen terwijl het maximumbedrag conform artikel 1022, vijfde lid Ger.W. 5.000 EUR bedraagt. Elke ontvanger zal in dat geval recht hebben op 1.000 EUR, hetzij 1/5 van 5.000 EUR.

In de veronderstelling dat in het laatste voorbeeld niet elk van de vijf ontvangers recht zou hebben op het basisbedrag van 1.100 EUR maar één ervan slechts recht zou hebben op het basisbedrag van 650 EUR zou het totaal bedrag aan rechtsplegingsvergoedingen 5.050 EUR bedragen. In dat geval wordt het maximumbedrag van 5.000 EUR opnieuw overschreden en zal een pondspondsgewijze verdeling plaats moeten grijpen.

HOOFDSTUK VIII - HET HOF VAN CASSATIE IN CIJFERS

INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat de cijfers voor het kalenderjaar 2008.

Het Hof catalogeert de zaken met de letters:

C: civiele, handelsrechtelijke, bestuursrechtelijke en publiekrechtelijke zaken

D: tuchtzaken

F: fiscale zaken

G: rechtsbijstand

H: prejudiciële verwijzingen naar het Hof

P: strafzaken

S: sociale zaken

De eerste kamer behandelt de C, D, F en H-zaken

De tweede kamer behandelt de P-zaken

De derde kamer behandelt de S-zaken en ook C-zaken

Elke kamer heeft een Nederlandstalige en een Franstalige afdeling

Het bureau voor rechtsbijstand behandelt de G-zaken.

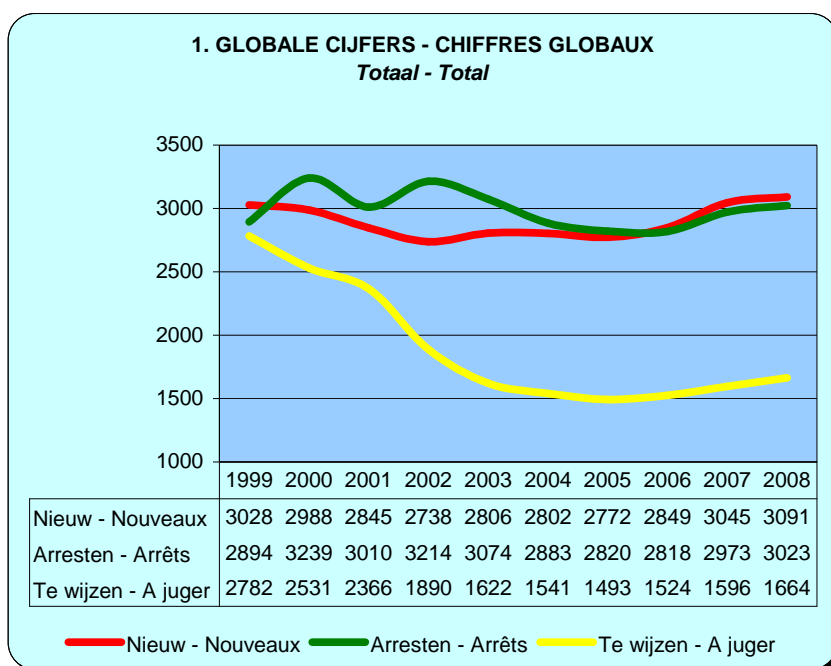
AFDELING 1 - GLOBALE CIJFERS VOOR HET KALENDERJAAR 2008

Het totaal aantal nieuwe zaken overschrijdt voor de tweede keer sinds het jaar 2000 3000 zaken, maar er valt geen stijging meer te noteren vergeleken met het voorgaande jaar. De stijging die vooral het gevolg was van de invoering van de strafuitvoeringsrechtbanken lijkt zich niet verder door te zetten.

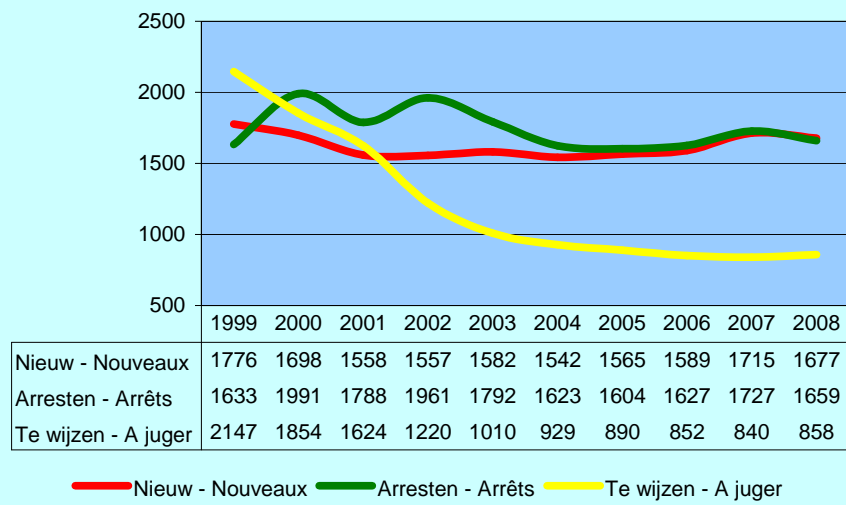
Het aantal uitgesproken arresten houdt gelijke tred, ongeveer, met de nieuwe zaken, zodat er geen tekort ontstaat.

Het aandeel van de Franstalige v. Nederlandstalige nieuwe zaken is 46% tegenover 54%, wat een daling betekent van het Nederlandstalig pakket.

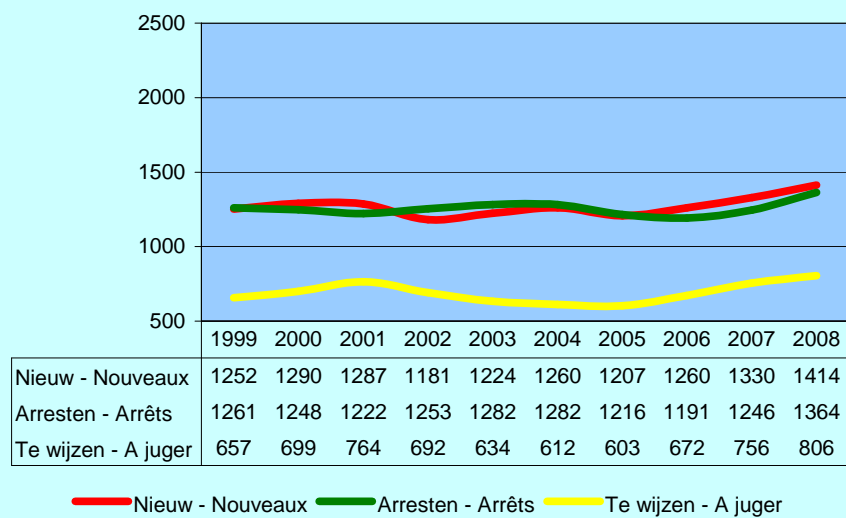
In het algemeen is er geen achterstand te noteren in de diverse kamers van het Hof. Een verdere inkorting van de behandeling stuit op drempels. De factoren die een invloed uitoefenden op de vorming van die drempel zullen hierna worden onderzocht.



2. GLOBALE CIJFERS - CHIFFRES GLOBAUX
Nederlandse taalrol - Rôle néerlandais



3. GLOBALE CIJFERS - CHIFFRES GLOBAUX
Frans taalrol - Rôle français



STATISTIEKEN 2006-2008- Voortgang procedures**STATISTIQUES 2006-2008 - Durée procédures**

	Eenheden	Maanden in 2006	Maanden in 2007	Maanden in 2008
C				
C-N	367	14,82	15,19	14,52
C-F	276	13,98	15,45	16,81
P				
P-N	1104	3,62	3,21	3,45
P-F	773	2,98	2,59	2,73
F				
F-N	74	21,21	21,21	19,9
F-F	31	14,32	17,39	18,66
D				
D-N	14	10,56	11,5	11,75
D-F	4	9,29	9,38	12,12
S				
S-N	70	11,01	11,87	10,5
S-F	42	11,89	12,64	9,99

De doorlooptijd zoals die uit de voorgaande tabel kan worden vastgesteld is belangwekkend.

De doorlooptijd, in maanden berekend, is voor de strafkamers, zowel aan Nederlandstalige aan als Franstalige kant nog steeds even kort.

In sociale zaken is de trend positief zowel aan Franstalige kant als aan Nederlandstalige kant: de doorlooptijd is gedaald tot minder dan één jaar aan beide kanten. Dit is vergeleken met het jaar 2007 een opmerkelijke verbetering.

In fiscale zaken is de doorlooptijd gedaald aan Nederlandstalige kant maar is nog relatief hoog (bijna 20 maanden); aan Franstalige kant is de doorlooptijd gestegen en benadert nu 19 maanden. Er bestaat hiervoor geen echt aanwijsbare reden maar in de meeste gevallen komen de fiscale zaken voor het Hof maar zeer lang na de initiële aanslag, zodat zij niet als dringend gepercipieerd worden.

In de overige zaken van privaot en publiek recht (de C-zaken) gaat voor de Nederlandstalige zaken de vermindering van doorlooptijd verder en die bedraagt nu 14 maanden. De trend zal positief blijven en kan, gelet op het aantal nieuwe zaken en uitgesproken arresten, binnen afzienbare tijd onder het jaar vallen. Voor de Franstalige zaken is de doorlooptijd voor die zaken gestegen en bedraagt nu iets minder dan 17 maanden. Het verschil tussen beide is voor een deel te verklaren doordat de Nederlandstalige kamer eenvoudige zaken laat behandelen in een beperkte formatie wat een groter aantal zittingen mogelijk maakt.

AFDELING 2 - GEGEVENS PER MATERIE

§ 1. C-zaken (burgerlijk recht, handelsrecht, bestuursrecht, publiek recht, tuchtrecht)

Iets minder dan de helft van de raadsheren is belast met deze in het algemeen complexe materies.

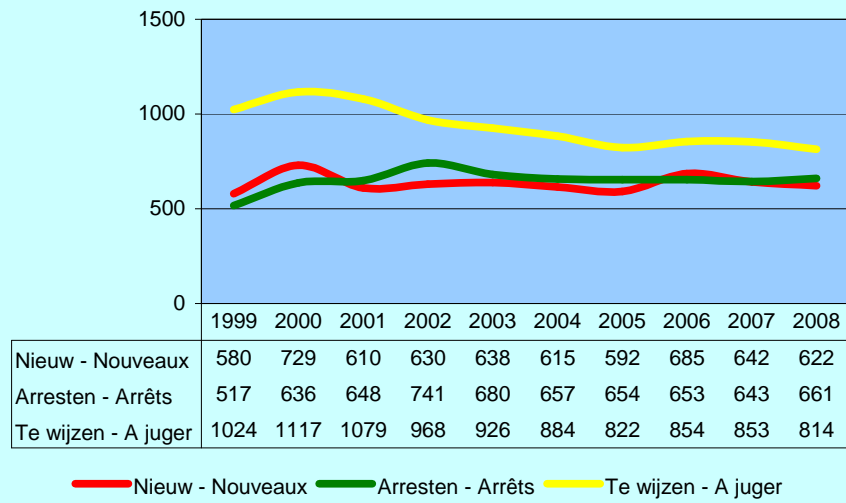
De Nederlandstalige zaken vormen 52 % van de zaken, de Franstalige¹ zaken 48%. Het aantal nieuwe zaken daalt licht aan beide kanten. Het globaal aantal zaken van die aard blijft vrij stabiel over de jaren heen. In al die zaken neemt de advocaat bij het Hof van Cassatie een filterfunctie op zich, wat ook uitlegt dat het aantal nieuwe zaken beperkt blijft van jaar tot jaar (de cijfers van het jaar 2000 zijn nog steeds niet geëvenaard).

De achterstand die voor de Nederlandse zaken bestond is weggewerkt en zoals in de voorgaande jaren is het aantal uitgesproken arresten groter dan het aantal nieuwe zaken, wat de doorlooptijd ten goede komt en zal komen. Wat de Franstalige zaken betreft blijft er een belangrijke voorraad onuitgesproken oudere zaken, wat zal wegen op de doorlooptijd die nu reeds stijgt.

¹ Deze zaken omvatten ook de zaken die door de feitenrechter werden uitgesproken in de Duitse taal.

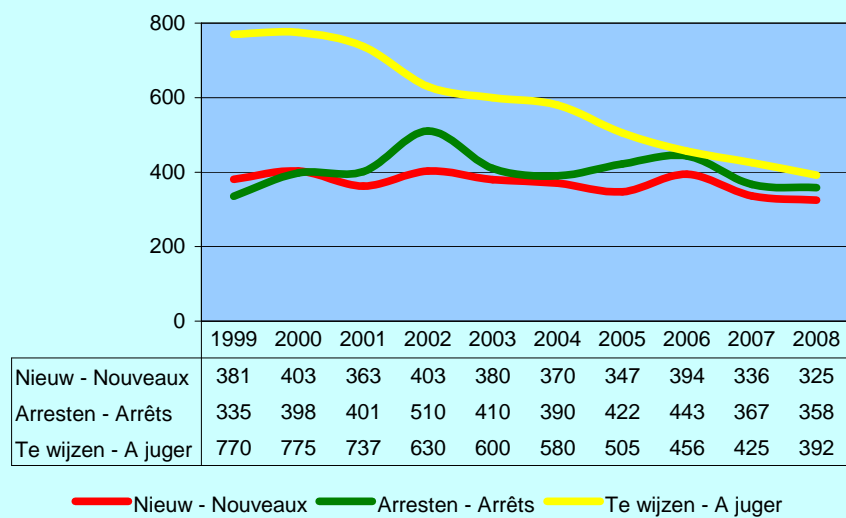
4. C-ZAKEN - RÔLE C

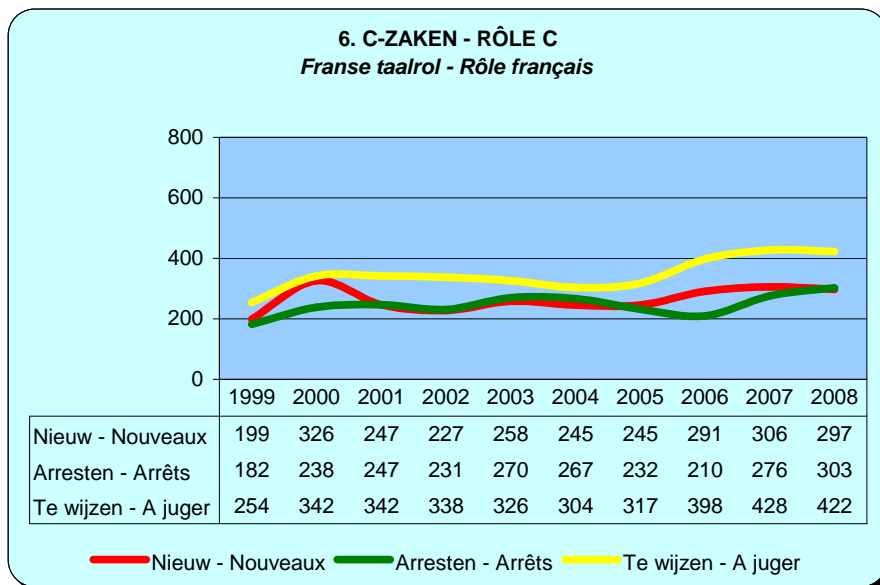
Totaal - Total



5. C-ZAKEN - RÔLE C

Nederlandse taalrol - Rôle néerlandais





§ 2. D-zaken

Het aantal tuchtzaken (zaken van vrije beroepen) blijft zoals de voorbije jaren zeer beperkt. Die zaken worden behandeld op relatief korte termijn aangezien een cassatieberoep in die zaken schorsend werkt en er voor de betrokkene en de maatschappij geen onzekerheid mag heersen.

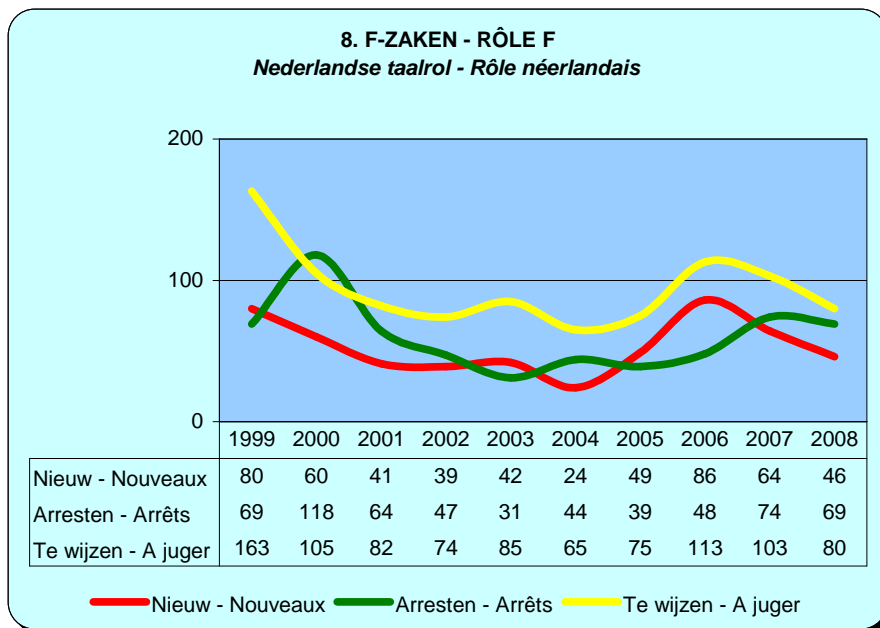
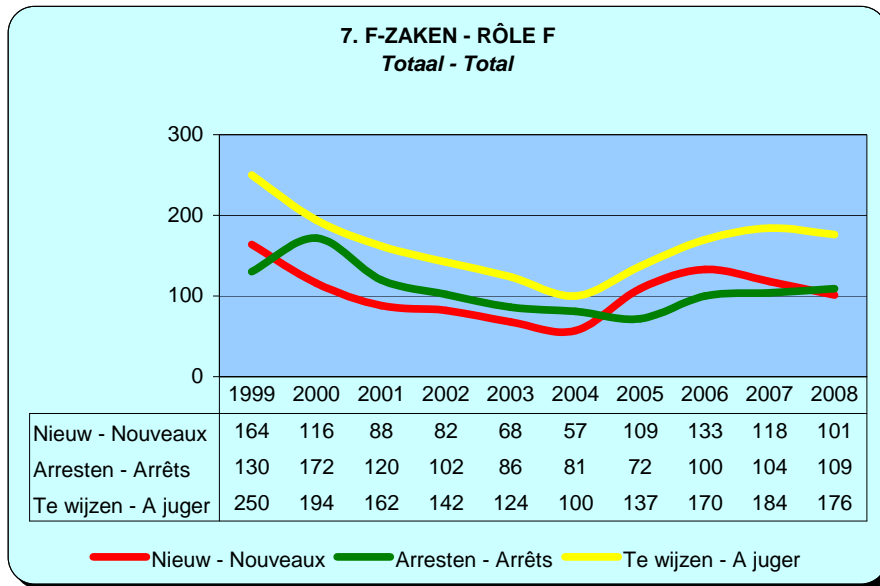
§ 3. Fiscale zaken

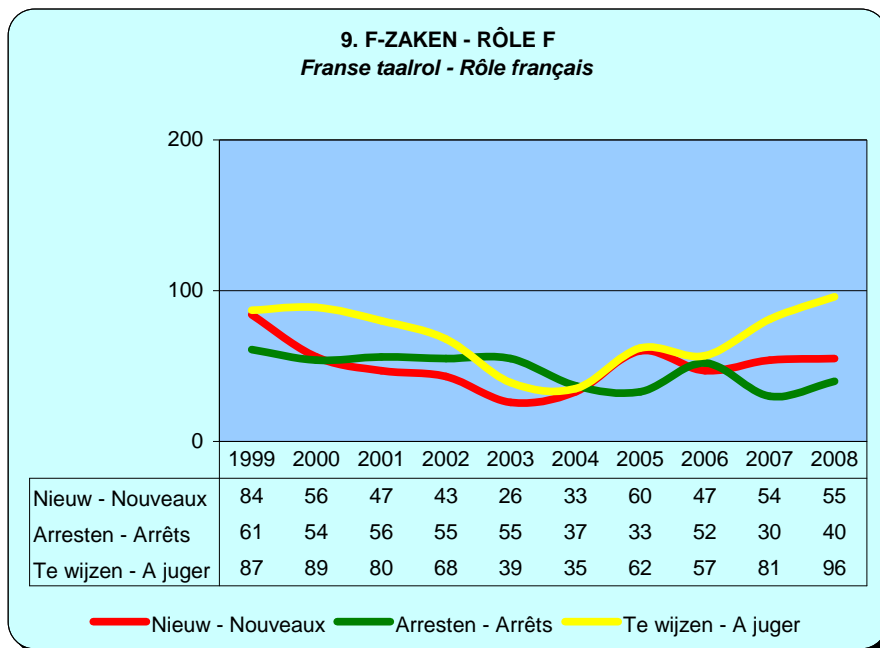
De definitie van de F-zaken is, voor de statistische behoeften van het Hof in 2005 verruimd zodat alle zaken die hoofdzakelijk het fiscaal recht aanbelangen in die categorie worden opgenomen (directe en indirecte belastingen, registratierechten, BTW, douane, enz.). De aflijning van die categorie is evenwel niet eenvoudig zodat er toch nog enkele fiscale zaken in 2008 opgenomen werden in de categorie van de C-zaken.

Het globaal aantal fiscale zaken daalt, vooral aan Nederlandstalige kant. Dit heeft de afdeling die deze zaken behandelt toegelaten de behandelingstermijn in te korten. Aan Franstalige kant is het aantal nieuwe zaken stabiel maar het aantal uitgesproken arresten is significant lager dan het aantal nieuwe zaken zodat de voorraad onuitgesproken arresten stijgt. Tijdelijke organisatorische factoren hebben hierin een rol gespeeld.

Het is opvallend dat de nieuwe rechterlijke organisatie die op fiscaal vlak in 1999 is ingevoerd, weinig impact heeft gehad op de toevoer van zaken en op de afhandeling ervan. Er zijn opvallend weinig zaken van directe belastingen die ingeleid worden volgens de oude procesregels die nog in werking blijven voor de oudere procedures.

Dit lijkt erop te wijzen dat die vele zaken die aanhangig waren bij de hoven van beroep niet meer actief worden gemaakt. Meer algemeen is het opvallend dat in vergelijking met andere landen, heel weinig fiscale zaken het cassatieniveau bereiken, zowel in het Nederlands als in het Frans.





§ 4. H-zaken

In deze categorie worden de prejudiciële verwijzingen naar het Hof van Cassatie opgenomen. Die mogelijkheid bestaat in zaken van mededinging. In deze gloednieuwe procedure werd 1 zaak ingeleid in november 2007. Een arrest werd in die zaak uitgesproken in 2008.

§ 5. P-zaken

58% van de zaken wordt afgehandeld in het Nederlands, 42% in het Frans. Die verhouding verandert weinig over de jaren heen. Beide afdelingen behandelen de zaken op zeer korte termijn en zelfs op een minimumtermijn.

P-zaken zijn van relatief uiteenlopende aard. De tweede kamer doet o.m. uitspraak over voorlopige hechtenissen en dit zijn er meer dan 200 per jaar die aldus aan het Hof worden voorgelegd. Het aantal zaken blijft vrij stabiel, maar de gevangenisbevolking evolueert ook heel weinig op kwantitatief vlak.

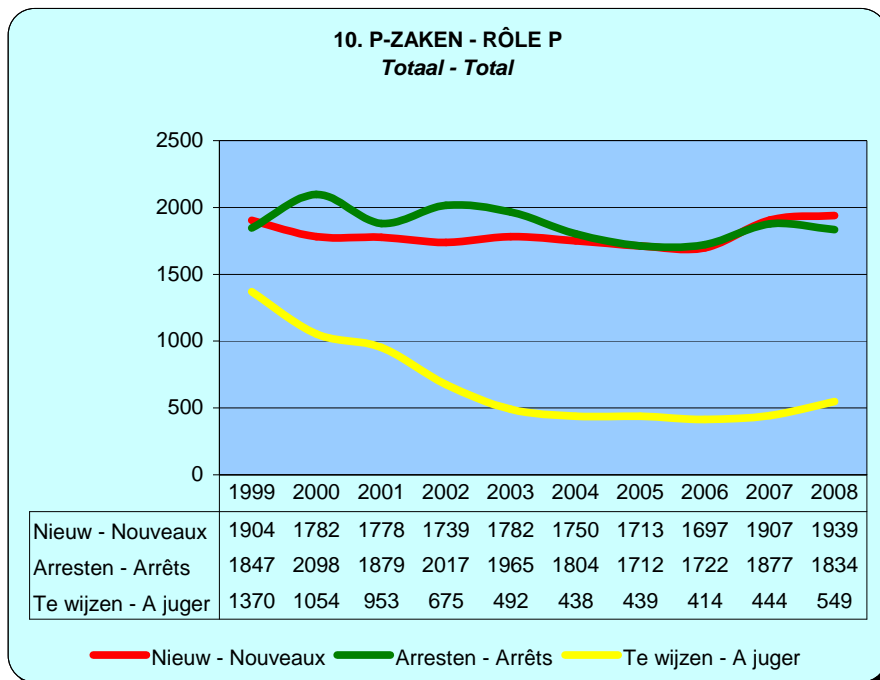
De opvallende stijging van 2007 is vooral te wijten aan het feit dat het cassatieberoep tegen beslissingen van de strafuitvoeringsrechtbanken ongefilterd wordt toegelaten. In 2008, nu de contouren van de nieuwe wet beter bekend zijn, is het aantal cassatieberoepen gedaald.

Opvallend is ook dat in de helft van de gevallen een partij een memorie neerlegt om het cassatieberoep te onderbouwen. Dit betekent met andere woorden dat het Hof

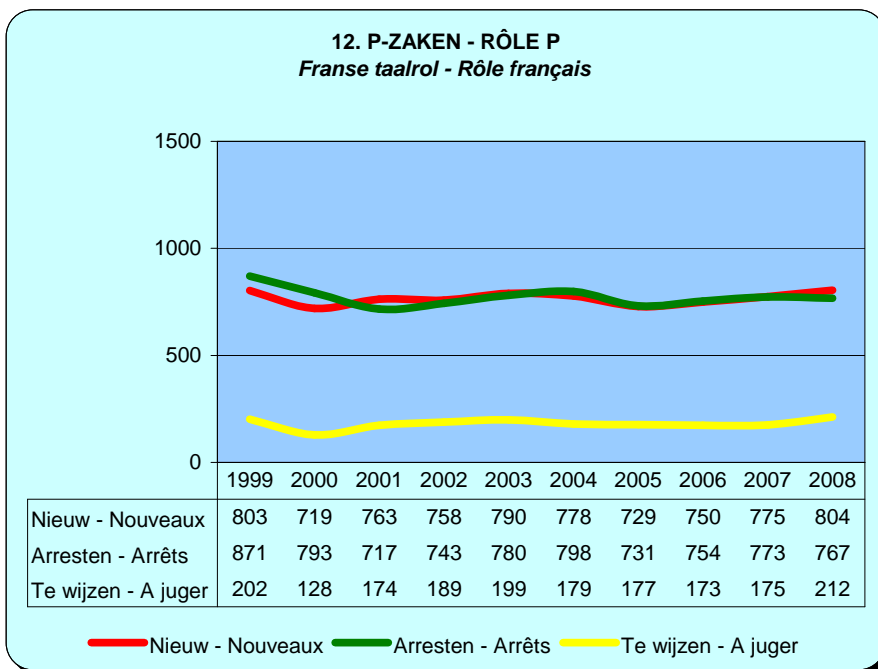
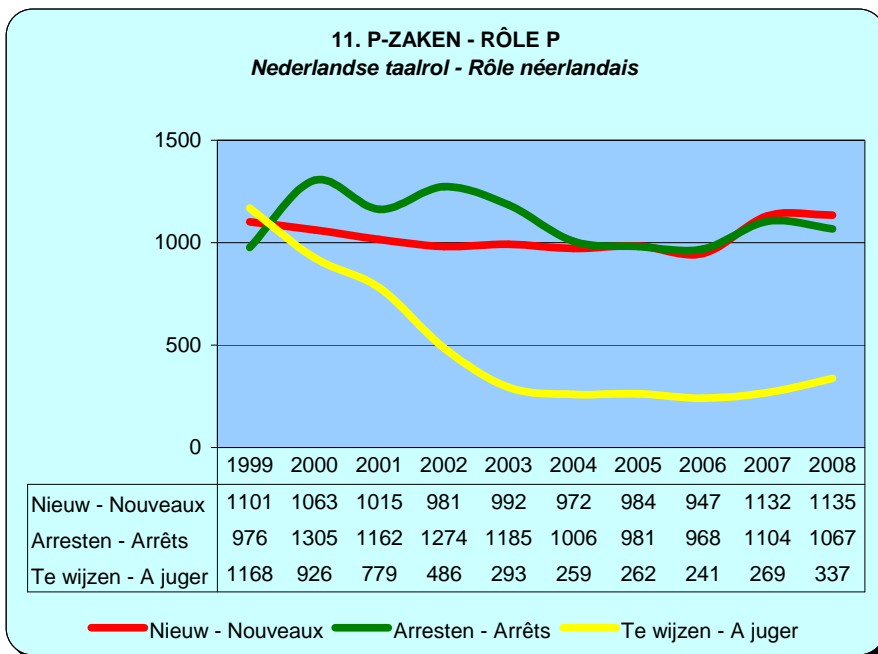
zich in de andere helft van de gevallen kan beperken tot een zeer summiere motivering indien het, na onderzoek, geen ambtshalve middel aanneemt.

Ten slotte zal het aantal zaken van regeling van rechtsgebied logischerwijze ook in de toekomst verder afnemen, na de recente wetwijziging van 8 juni 2008 (artikelen 9 en 10 van de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II)).²

De strafzaken worden dus -sinds vele jaren- snel behandeld door het Hof en kunnen in werkelijkheid niet sneller worden behandeld dan nu reeds het geval is.



² Wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, B.S. 16 juni 2008, 2^{de} editie.

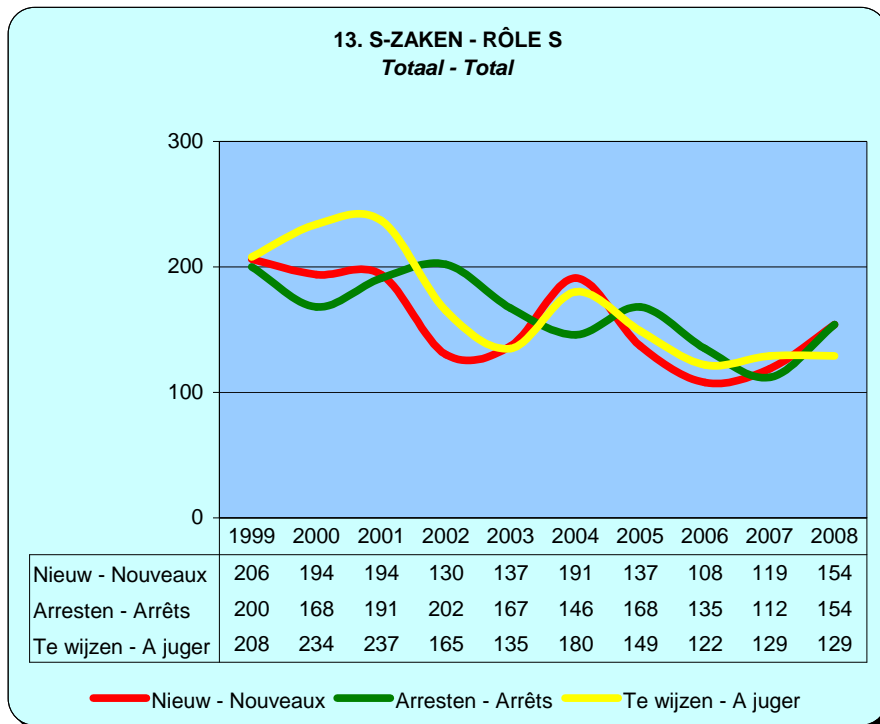


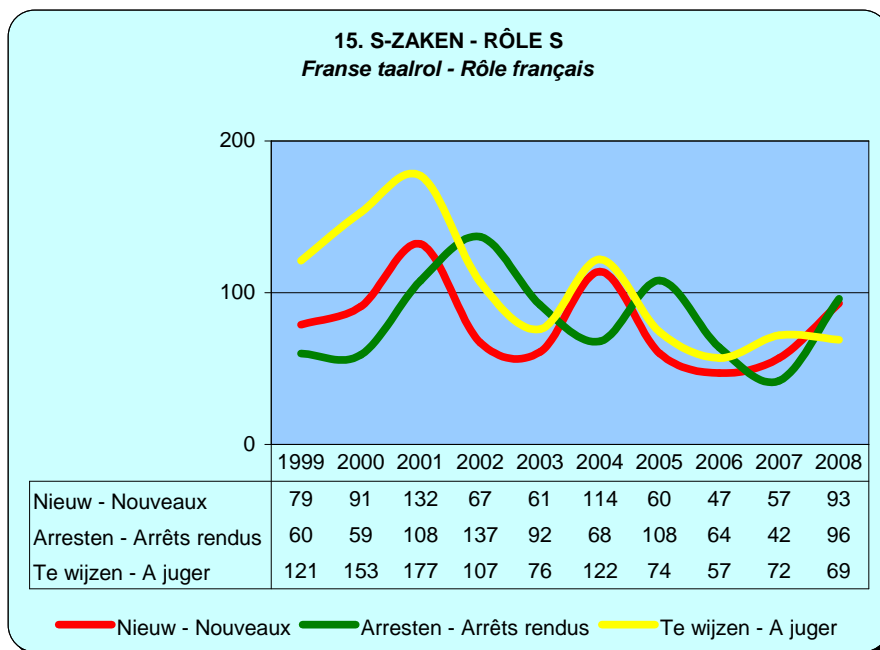
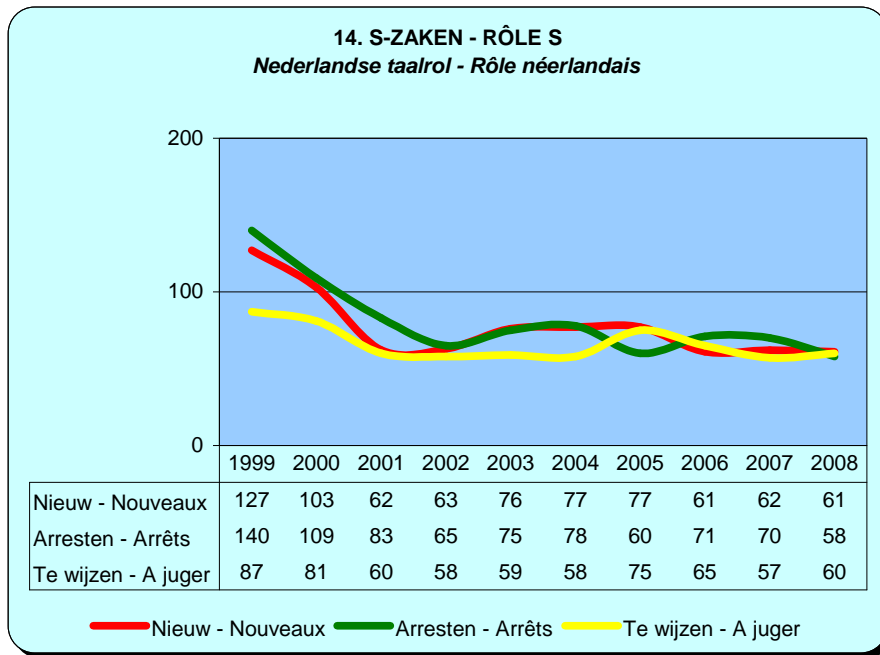
§ 6. S-zaken

Het totaal aantal S-zaken stijgt maar dat is hoofdzakelijk het gevolg van de gelijktijdige inleiding van een groot aantal nieuwe zaken over dezelfde problematiek. De onderliggende trend van nieuwe zaken is evenwel niet gewijzigd.

Volgens de wet moet de derde kamer van het Hof die zaken behandelen; volgens de wet moet ook een proportie van de leden van het Hof ervaring hebben in sociale zaken.

De sociale zaken worden normaal binnen het jaar afgehandeld.





§ 7. G-zaken

De aanvragen tot rechtsbijstand kennen een ononderbroken stijgende trend. In 2008 zijn 248 verzoeken ingeleid.

Ongeveer een derde van de verzoeken leidt, al dan niet na een onderzoek door een advocaat bij het Hof van Cassatie, tot de toekenning van rechtsbijstand.

De monetaire grens om rechtsbijstand geheel of ten dele toe te kennen is ruim gemeten zodat een stijgend aantal rechtsonderhorigen hierop beroep doet.

§ 8. Bijzondere procedures

Er zijn in 2008 nog 27 verzoeken ingediend tot onttrekking van de zaak aan de rechter. Hierbij horen de verzoeken tot onttrekking van de zaak aan de rechter die verzuimd heeft zes maand lang een beslissing uit te spreken. Die laatste categorie zorgt thans voor een meerderheid van de zaken van onttrekking. De klassieke onttrekkingen op grond bij voorbeeld van gewettigde verdenking komen minder voor, aangezien het Hof een verzoek na de inleiding manifest onontvankelijk kan verklaren en de verzoeker zelfs een boete kan opleggen.

Er zijn vier zaken behandeld geworden door de algemene vergadering van het Hof of in verenigde kamers.

Zes zaken zijn behandeld geworden door een voltallige kamer van het Hof.

AFDELING 3 - UITSLAG VAN DE CASSATIEBEROEPEN

§ 1. Cassatie in het algemeen

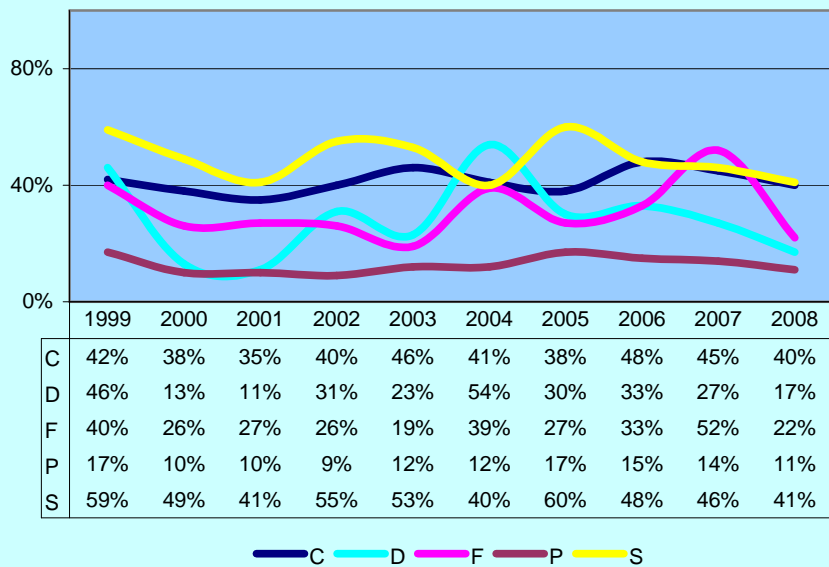
Het aantal cassatieberoepen dat leidt tot cassatie is zeer uiteenlopend. Veel hangt af van de materie waarin cassatieberoep is ingesteld en dus ook van de vraag of de bijstand van een advocaat bij het Hof van Cassatie, van een advocaat of van een advocaat met een bepaalde anciënniteit vereist is.

In civiele zaken, waarin de bijstand van een advocaat bij het Hof van Cassatie in beginsel verplichtend is, is het aantal "geslaagde" cassatieberoepen ongeveer 40%. Dit is hetzelfde als vorig jaar. Tussen de Franse en de Nederlandse afdeling is er in dit opzicht geen significante afwijking.

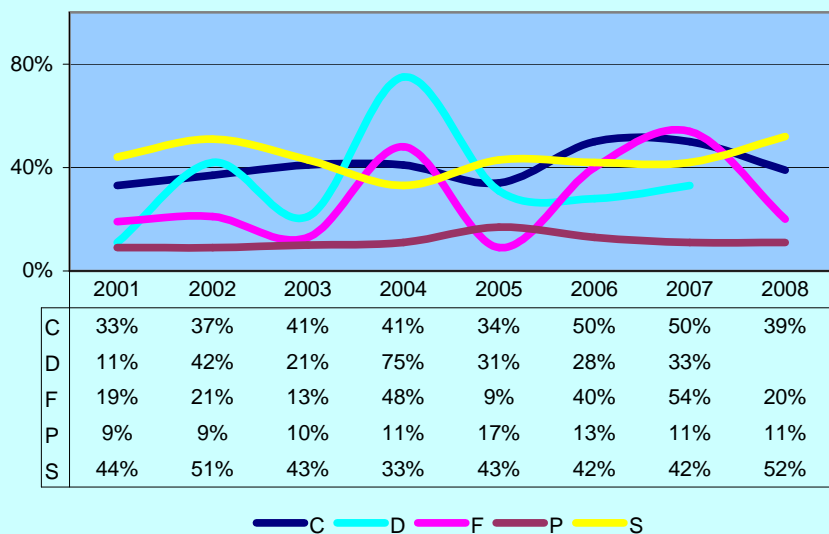
In strafzaken is het aantal vernietigingen opnieuw laag: 11%. In die zaken zijn geen filters ingebouwd, in die zin dat de kostprijs voor de partijen geen drempel kan vormen en dat de bijstand van een advocaat bij het Hof niet vereist is.

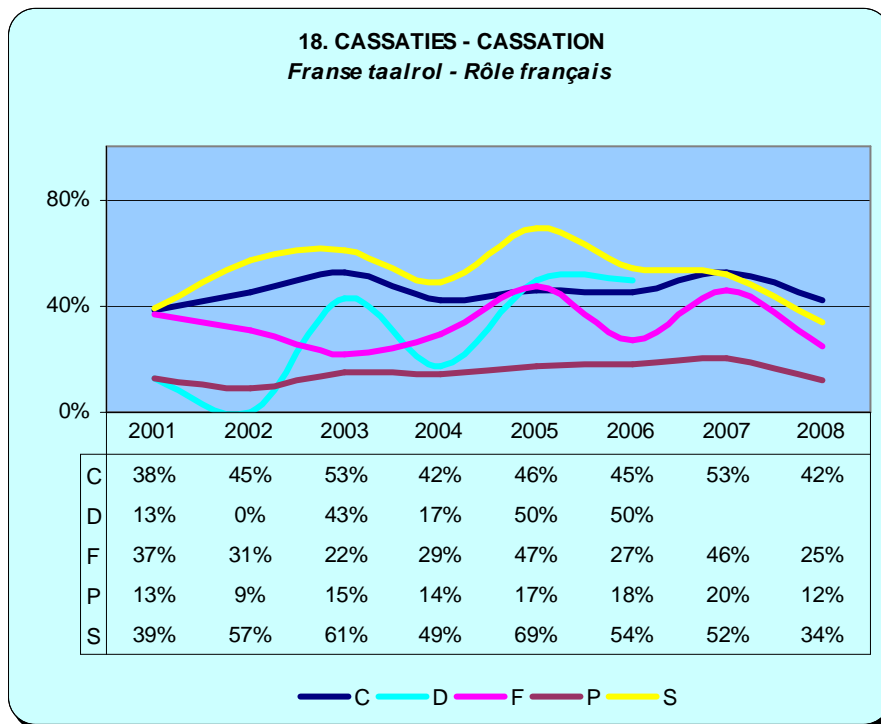
In fiscale zaken waar behalve voor de zaken ingeleid door de Minister van Financiën de bijstand van een advocaat wordt verleend, is het cassatiepercentage 22%. Het beperkt aantal fiscale zaken laat niet toe hieruit veel gevolgen te trekken (in voorbije jaren was het aantal cassaties hoger).

16. CASSATIES - CASSATION
Totaal - Total



17. CASSATIES - CASSATION
Nederlandse taalrol - Rôle néerlandais

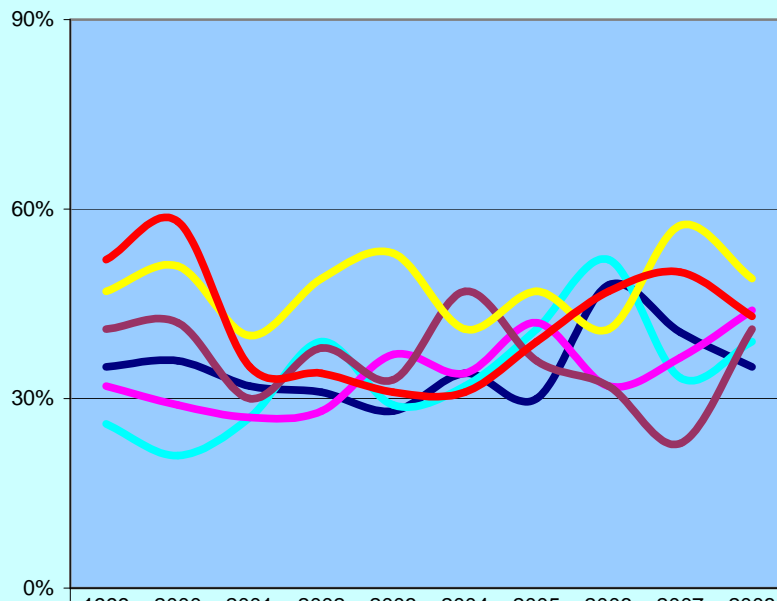




§ 2. Cassaties per ressort

De cassaties per ressort moeten met de nodige omzichtigheid behandeld worden en hier is ook belangrijk dat rekening wordt gehouden met trends. Wanneer het aantal zaken waartegen een cassatieberoep wordt ingesteld in een bepaalde materie laag is, is de kans op extreme cijfers ook hoog, in de ene of de andere zin. Dit kan statistisch een verkeerd of ongenuanceerd beeld opleveren. Het behoort toe aan de hoven van beroep om uit deze cijfers de lessen te trekken die zij nuttig achten.

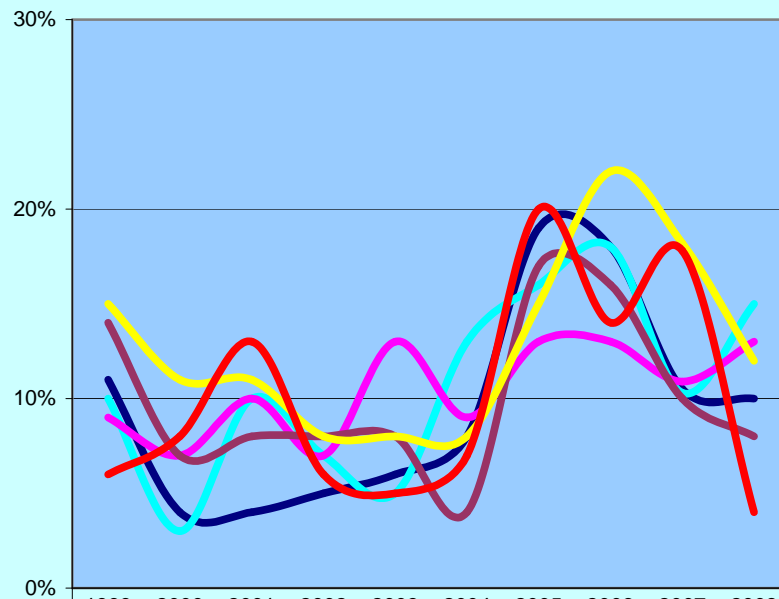
19. CASSATIES - CASSATION
C-zaken - Affaires C



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Antwerpen	35%	36%	32%	31%	28%	34%	30%	48%	41%	35%
Brussel N	26%	21%	27%	39%	29%	32%	41%	52%	33%	39%
Bruxelles F	32%	29%	27%	28%	37%	34%	42%	32%	37%	44%
Gent	41%	42%	30%	38%	33%	47%	36%	32%	23%	41%
Liège	47%	51%	40%	49%	53%	41%	47%	41%	57%	49%
Mons	52%	58%	35%	34%	31%	31%	39%	47%	50%	43%

— Antwerpen — Brussel N — Bruxelles F — Gent — Liège — Mons

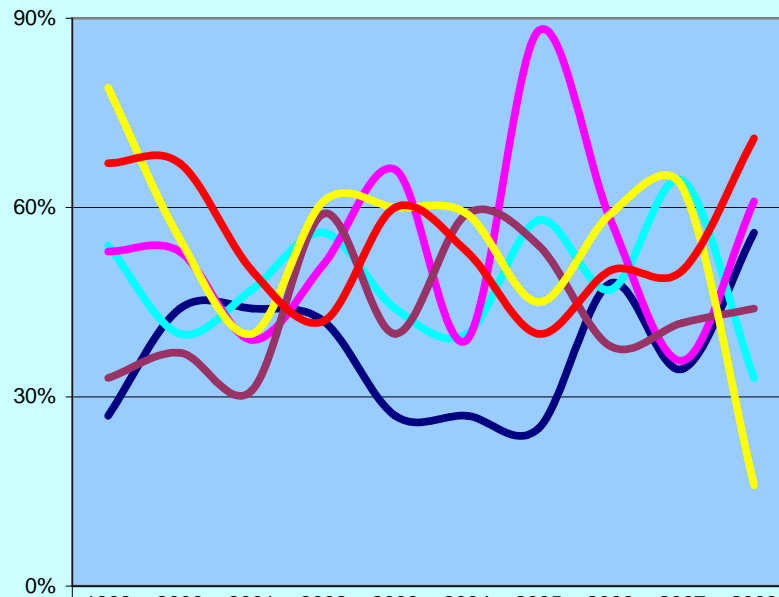
20. CASSATIES - CASSATION
P-zaken - Affaires P



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Antwerpen	11%	4%	4%	5%	6%	8%	19%	18%	11%	10%
Brussel N	10%	3%	10%	7%	5%	13%	16%	18%	10%	15%
Bruxelles F	9%	7%	10%	7%	13%	9%	13%	13%	11%	13%
Gent	14%	7%	8%	8%	8%	4%	17%	16%	10%	8%
Liège	15%	11%	11%	8%	8%	8%	15%	22%	18%	12%
Mons	6%	8%	13%	6%	5%	7%	20%	14%	18%	4%

— Antwerpen — Brussel N — Bruxelles F — Gent — Liège — Mons

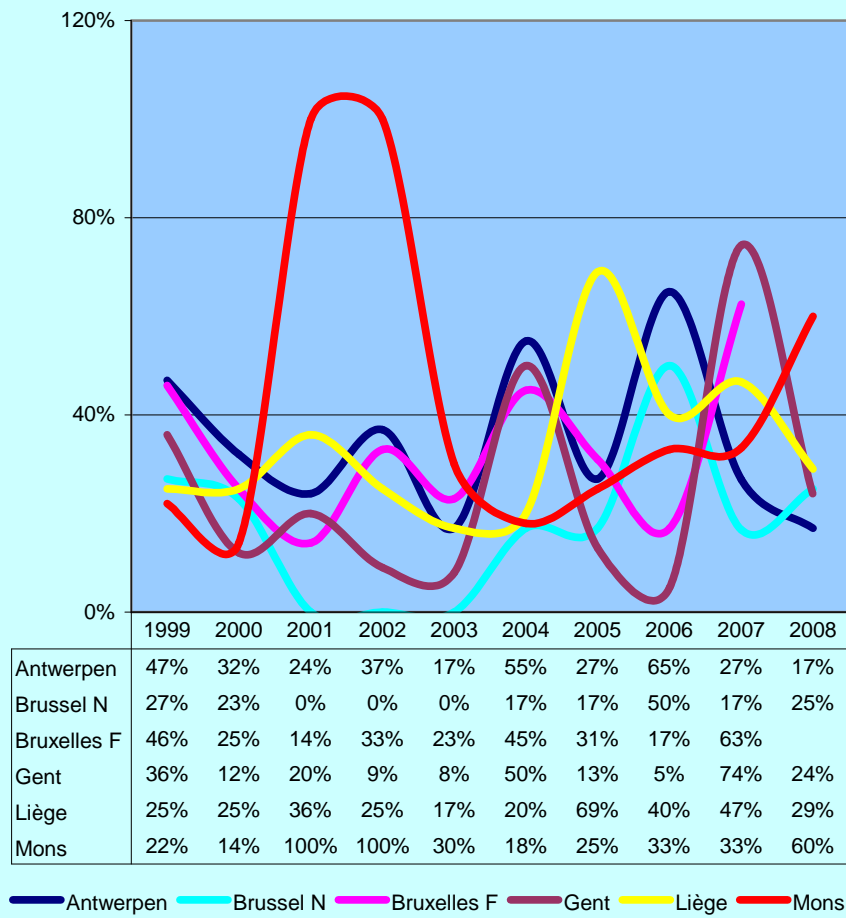
21. CASSATIES - CASSATION
S-zaken - Affaires S



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Antwerpen	27%	44%	44%	42%	27%	27%	25%	48%	34%	56%
Brussel N	54%	40%	47%	56%	44%	40%	58%	47%	64%	33%
Bruxelles F	53%	53%	39%	51%	66%	39%	88%	58%	36%	61%
Gent	33%	37%	31%	59%	40%	59%	54%	38%	42%	44%
Liège	79%	55%	40%	61%	60%	59%	45%	59%	63%	16%
Mons	67%	67%	50%	42%	60%	53%	40%	50%	50%	71%

— Antwerpen — Brussel N — Bruxelles F — Gent — Liège — Mons

22. CASSATIES - CASSATION
F-zaken - Affaires F



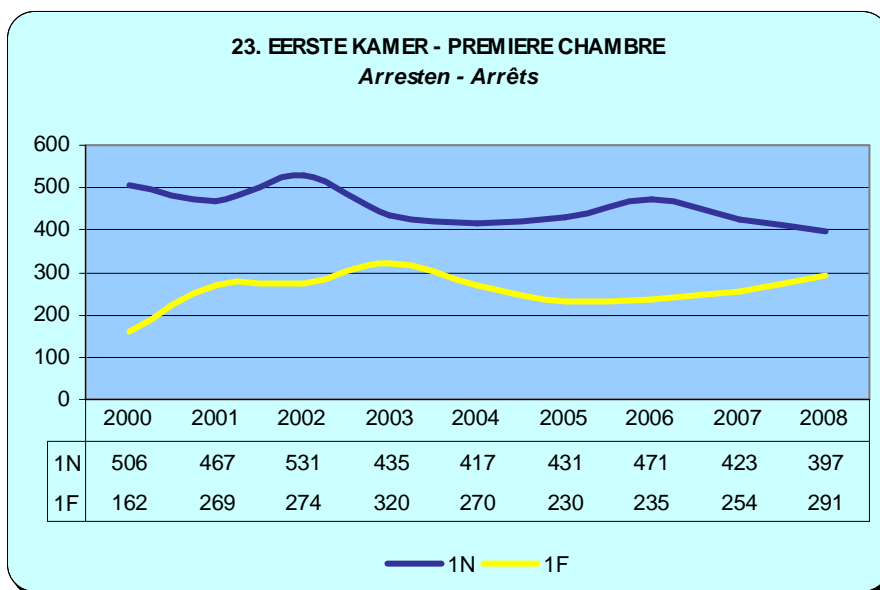
AFDELING 4 - UITSLAGEN PER KAMER

De publicatie van het aantal uitspraken per kamer is nuttig op twee vlakken: voor de leden van de kamer is het een gelegenheid om een balans te maken van de activiteit en te zien of er problemen zijn, voor de rechtzoekende is het ook belangrijk om te weten op welke termijn zijn zaak die voor een bepaalde kamer aanhangig is zal genomen worden.

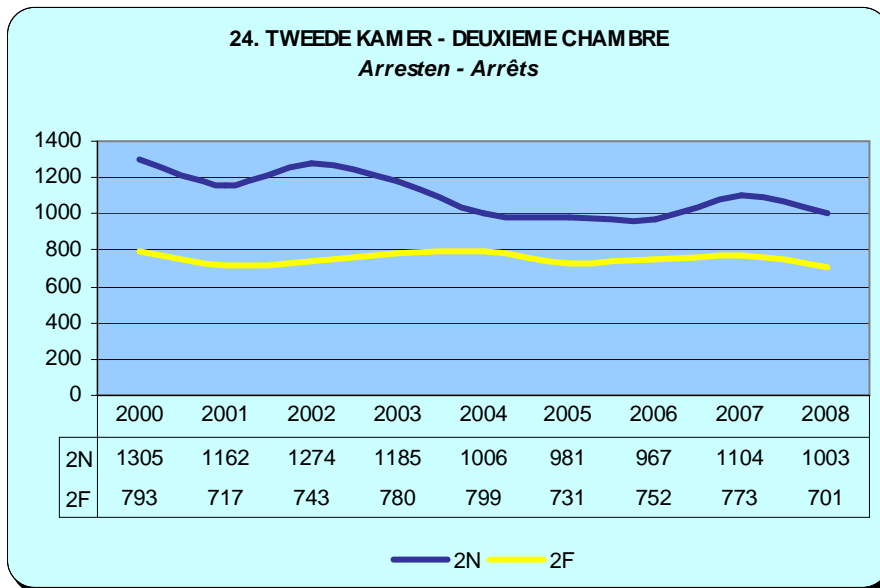
Voor alle kamers geldt dezelfde opmerking. Het gebrek aan wetenschappelijke medewerkers (13 referendarissen effectief in dienst in 2008 op een wettelijk kader van 30) is een rem op de opvoering van de productiviteit op een wijze die de kwaliteit niet in gevaar brengt.

Voor de eerste Nederlandstalige kamer zijn in 2008 397 arresten uitgesproken, dit is een behoud van de cijfers van de voorgaande jaren. Die afdeling heeft als streefdoel 400 arresten per jaar te wijzen. Dat dit lukt is te danken aan het feit dat de afdeling, voor eenvoudige zaken, zitting neemt in een beperkte samenstelling met drie raadsheren en op die wijze meer zittingen kan houden. De lichte neerwaartse trend is nochtans een teken dat er grenzen waren aan de toename van de productiviteit.

Voor de eerste kamer, Franstalige afdeling, zijn dit jaar 291 arresten uitgesproken. Hier is er sprake van een toename van het aantal arresten. Dit volstaat niet om de bestaande achterstand in belangrijke mate weg te werken.

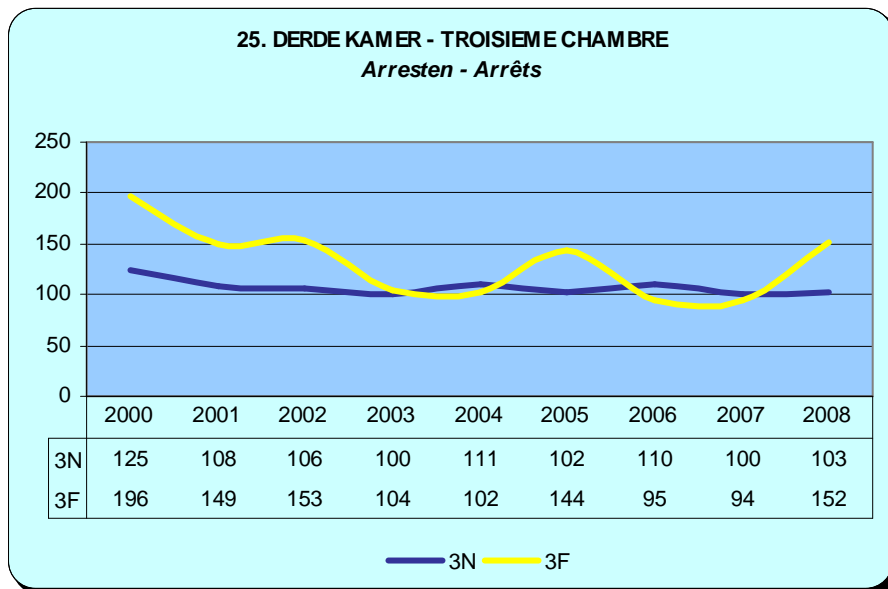


De beide afdelingen van de tweede kamer behandelen alleen P-zaken zodat wij kunnen verwijzen naar de commentaar gegeven over de P-zaken.



De derde kamer, Nederlandse afdeling, heeft dit jaar 103 arresten gewezen, dit is iets meer dan in 2007. De afdeling heeft ook 45 C-zaken behandeld.

De derde kamer, Franstalige afdeling, heeft 152 arresten uitgesproken, waarvan 56 civiele zaken opgenomen ter ontlasting van de Franstalige afdeling van de eerste kamer.



AFDELING 5 - CONCLUSIE

De algemene conclusie is dat het Hof van Cassatie globaal genomen de kwantitatieve problemen goed beheerst. In bepaalde domeinen kan nog vooruitgang worden geboekt maar dit veronderstelt dat de wetenschappelijke omkadering van het Hof door het opvullen van het wettelijk kader van referendarissen zou worden verwezenlijkt. De hoofduitdaging van het Hof bevindt zich niet zozeer op het vlak van de doorlooptijd, die wellicht marginaal nog kan worden verbeterd maar in feite, zeker in vergelijking met de buurlanden, bevredigend is. De uitdaging is een kwalitatieve uitdaging: aan de burger en aan de gemeenschap goede, doordachte en pedagogische beslissingen aanreiken.

HOOFDSTUK IX - REGISTER VAN OPENINGSREDES EN STUDIES
GEDURENDE DE VOORBIJE TIEN JAAR

AFDELING 1 - REGISTER VAN OPENINGSREDES

- “Bescheiden bijdrage tot een beschouwing over een gewichtig probleem: de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de federale ministers”, rede uitgesproken door mevrouw E. Liekendael, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van 1 september 1998, Jaarverslag, 1998, p. 85.
- “Een eeuw bedenkingen over de justitie”, rede uitgesproken door de heer J.-M. Piret, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van 1 september 1999, Jaarverslag, 1999, p. 119.
- “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie”, uittreksel uit de vertaling van de rede uitgesproken door baron J. du Jardin, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van 1 september 2000, Jaarverslag, 2000, p. 159.
- “Voltallige zittingen voor een eenduidige interpretatie van het recht”, uittreksels uit de rede uitgesproken door baron J. du Jardin, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 3 september 2001, Jaarverslag, 2001, p. 271.
- “Begrip ongeval overkomen tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst in de leer van de arresten van het Hof”, Uittreksels uit de rede uitgesproken door de heer J.-F. Leclercq, eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 2 september 2002, Jaarverslag, 2002, p. 496.
- “Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003)”, rede uitgesproken door baron J. du Jardin, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 1 september 2003, Jaarverslag, 2003, I, p. 200.
- “De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie”, rede uitgesproken door baron J. du Jardin, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 1 september 2004, Jaarverslag, 2004, p. 256.
- “Penaal cassatieberoep van nu en straks: enkele denkrichtingen voor de toekomst”, rede uitgesproken door de heer M. de Swaef, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 1 september 2005, Jaarverslag, 2005, p. 114.
- “Nieuw licht op het Benelux-recht, een onbekend recht?”, rede uitgesproken door de heer J.-F. Leclercq, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 1 september 2006, Jaarverslag, 2006, p. 141.
- “Sociale zekerheid: honderduizend of niets, stop je of ga je verder?”, rede uitgesproken door de heer J.-F. Leclercq, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige zitting van 3 september 2007, Jaarverslag, 2007, p. 142.

AFDELING 2 - REGISTER VAN STUDIES

- “De redenen van de arresten van het Hof”, Jaarverslag, 1998, p. 75.
- “Onttrekking en wraking”, Jaarverslag, 1999, p. 61.
- “Rechtsbijstand voor het Hof van Cassatie”, Jaarverslag, 1999, p. 75.
- “Eerste toepassingen van de wet Franchimont”, Jaarverslag, 1999, p. 97.
- “Het Hof van Cassatie en het Arbitragehof”, Jaarverslag, 1999, p. 105.
- “Enkele bijzondere aangelegenheden”, Jaarverslag, 2000, p. 99.
- “Het openbaar ministerie in de procedure voor het Hof van Cassatie en de nieuwe proceduremodaliteiten voor het Hof na de hervorming van 14 november 2000”, opgesteld door voorzitter I. Verougstraete en advocaat-generaal G. Bresseleers, Jaarverslag, 2001, p. 31.
- “Voorlopige hechtenis”, opgesteld door procureur-generaal J. du Jardin, raadsheren L. Huybrechts en J. de Codt, advocaten-generaal M. De Swaef en P. Duinslaeger en referendaris bij het Hof van Cassatie F. Swennen, Jaarverslag, 2001, p. 183.
- “Het Hof van Cassatie en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”, opgesteld door referendarissen bij het Hof van Cassatie G.-F. Raneri en A. De Wolf, o.l.v. voorzitter I. Verougstraete, eerste advocaat-generaal J.-F. Leclercq en afdelingsvoorzitter M. Lahousse, Jaarverslag, 2002, p. 420.
- “Aanpassing van de vordering in de zin van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie S. Mosselmans, Jaarverslag, 2002, p. 468.
- “Algemene rechtsbeginselen”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie A. Bossuyt, onder toezicht van voorzitter I. Verougstraete, Jaarverslag, 2003, I, p. 112.
- “Onmiddellijk cassatieberoep tegen beslissingen die geen eindbeslissingen zijn, in de zin van artikel 416, tweede lid, van het wetboek van strafvordering”, opgesteld door raadsheer L. Huybrechts en referendaris bij het Hof van Cassatie G.-F. Raneri, Jaarverslag, 2003, I, p. 163.
- “Omvang van de vernietiging in strafzaken en de regel van de eenheid – onsplitsbaarheid van de beslissing over de schuld en de straf – evolutie van de rechtspraak van het Hof, in het spoor van het arrest van Esbroeck van 8 februari 2000”, opgesteld door procureur-generaal J. du Jardin, met de medewerking van referendaris bij het Hof van Cassatie M. Traest en magistraat met opdracht M.-R. Monami, Jaarverslag, 2003, II, p. 255.

- “Beschouwingen over de geschillen voorgelegd aan het Hof van Cassatie over de regulering ervan”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie T. Erniqui in samenwerking met raadsheer S. Velu, Jaarverslag, 2003, II, p. 266.
- “Administratieve sancties”, opgesteld door de referendarissen bij het Hof van Cassatie I. Boone en G. Van Haegenborgh, onder toezicht van raadsheer L. Huybrechts, eerste advocaat-generaal J.-F. Leclercq en voorzitter I. Verougstraete, Jaarverslag, 2004, p. 185.
- “De toepassing van het gerechtelijk wetboek in strafzaken: artikelsgewijze bespreking van de rechtspraak van het Hof”, opgesteld door de referendarissen bij het Hof van Cassatie G.-F. Raneri en M. Traest, onder de leiding van afdelingsvoorzitter F. Fischer, raadsheer P. Mathieu en advocaat-generaal met opdracht Ph. de Koster, Jaarverslag, 2005, p. 176.
- “De procedurele aspecten van de substitutie van motieven door het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie David De Roy, onder de leiding van afdelingsvoorzitter E. WaÛters, raadsheer J. De Codt en advocaat-generaal G. Dubrulle, Jaarverslag, 2006, p. 181.
- “De “wet” in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie P. Lecroart, onder de leiding van afdelingsvoorzitter C. Parmentier en advocaat-generaal met opdracht Ph. de Koster, Jaarverslag, 2006, p. 200.
- “De in de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging voorziene prejudiciële vraag aan het Hof van Cassatie”, opgesteld door referendaris bij het Hof van Cassatie A. Bossuyt, onder leiding van voorzitter I. Verougstraete, advocaat-generaal D. Thijs en advocaat-generaal met opdracht Ph. de Koster, Jaarverslag, 2007, p. 213.

BIJLAGE I – ORGANIGRAM EN SAMENSTELLING VAN HET HOF VAN CASSATIE
EN HET OPENBAAR MINISTERIE

AFDELING 1 - ORGANIGRAM EN SAMENSTELLING VAN DE ZETEL OP 31
DECEMBER 2008

§ 1. Organigram

- 1 Eerste Voorzitter (N)
- 2 Voorzitters (1N en 1F)
- 6 afdelingsvoorzitters (3N en 3F)
- 21 raadsheren (11F en 10N)

Onder de magistraten van de zetel hebben 11 leden het wettelijk bewijs geleverd van de kennis van de andere landstaal; één lid levert het bewijs van de kennis van de Duitse taal.

§ 2. Samenstelling

Algemene leiding: Eerste Voorzitter G. Londers

EERSTE KAMER

Leiding: Voorzitter I. Verougstraete

FRANSE AFDELING

voorzitter Ch. Storck
 afdelingsvoorzitter Cl. Parmentier
 raadsheren D. Batselé
 A. Fettweis
 D. Plas
 Ch. Matray
 S. Velu
 M. Regout
 A. Simon

Plaatsvervangers
 afdelingsvoorzitter J. de Codt
 raadsheren P. Mathieu
 B. Dejemeppe
 P. Cornelis

**NEDERLANDSE
AFDELING**

voorzitter I. Verougstraete
 afdelingsvoorzitters R. Boes
 E. Waùters
 raadsheren E. Dirix
 E. Stassijns
 A. Fettweis
 B. Deconinck
 A. Smetryns

Plaatsvervangers
 afdelingsvoorzitter E. Forrier
 raadsheren L. Huybrechts
 E. Goethals
 P. Maffei
 B. Dejemeppe

TWEEDE KAMER

Leiding: afdelingsvoorzitter E. Forrier

FRANSE AFDELING

Afdelingsvoorzitters J. de Codt
F. Close
Raadsheren P. Mathieu
B. Dejemeppe
J. Bodson
P. Cornelis

Plaatsvervangers
Raadsheren A. Fettweis
M. Regout
A. Simon

NEDERLANDSE AFDELING

afdelingsvoorzitter
raadsheren E. Forrier
L. Huybrechts
E. Goethals
J.-P. Frère
P. Maffei
L. Van hoogenbemt
K. Mestdagh

Plaatsvervangers
raadsheren E. Dirix
E. Stassijns
B. Deconinck
A. Smetryns

DERDE KAMER

Leiding: Voorzitter Ch. Storck

FRANSE AFDELING

Voorzitter Ch. Storck
Afdelingsvoorzitter Cl. Parmentier
Raadsheren D. Plas
Ch. Matray
S. Velu
M. Regout
A. Simon

Plaatsvervangers
Raadsheren P. Mathieu
D. Batselé
J. Bodson

NEDERLANDSE AFDELING

voorzitter
afdelingsvoorzitters
raadsheren I. Verougstraete
R. Boes
E. WaÛters
E. Dirix
E. Stassijns
B. Deconinck
A. Smetryns
K. Mestdagh

Plaatsvervangers
raadsheren L. Huybrechts
J.-P. Frère
L. Van hoogenbemt

BUREAU VOOR RECHTSBIJSTAND

Voorzitter: J.-P. Frère

Plaatsvervangende voorzitters: afdelingsvoorzitter F. Close en raadsheer A. Fettweis

AFDELING 2 - ORGANIGRAM EN SAMENSTELLING VAN HET OPENBAAR
MINISTERIE OP 31 DECEMBER 2008

§ 1. Organigram

- 1 Procureur-generaal (F)
- 1 Eerste advocaat-generaal (N)
- 12 advocaten-generaal (6N en 6F)
- 2 advocaten-generaal met opdracht (1N en 1F)
- d.i. een totaal van 16 magistraten; één onder hen werd (voltijds) als bureaulid van de Commissie voor de Modernisering van de rechterlijke orde aangewezen.

Onder de magistraten van het parket hebben 7 leden het bewijs geleverd van de kennis van de andere landstaal; één lid leverde het bewijs van de kennis van de Duitse taal

Onder voorbehoud van wijzigingen die zich in de loop van het jaar hebben voorgedaan, werd de dienst van de zittingen als volgt onder de magistraten van het parket verdeeld:

- **Eerste kamer** (burgerlijke zaken, handelszaken en fiscale zaken)
 - Nederlandstalige afdeling: vijf advocaten-generaal, onder wie één met opdracht
 - Franstalige afdeling: drie advocaten-generaal, onder wie één met opdracht
- **Tweede kamer** (strafzaken)
 - Nederlandstalige afdeling: de eerste advocaat-generaal en twee advocaten-generaal
 - Franstalige afdeling: de procureur-generaal en twee advocaten-generaal
- **Derde kamer** (sociale zaken en, af en toe, burgerlijke en fiscale zaken)
 - Nederlandstalige afdeling: één advocaat-generaal
 - Franstalige afdeling: twee advocaten-generaal en een advocaat-generaal met opdracht
- **tuchtzaken:**
 - Nederlandstalige afdeling: de eerste advocaat-generaal en twee advocaten-generaal
 - Franstalige afdeling: de procureur-generaal en twee advocaten-generaal

In voorkomend geval worden die magistraten vervangen door een door de procureur-generaal aangewezen lid van het parket of worden de zaken over een bepaalde materie verdeeld onder de advocaten-generaal van een andere kamer
- **de rechtsbijstand** (N en F): twee advocaten-generaal, onder wie één met opdracht

§ 2. Samenstelling

Procureur-generaal: J.-F. Leclercq
Eerste advocaat-generaal: M. De Swaef

Advocaten-generaal:
G. Dubrulle
X. de Riemaecker (voltijds aangewezen bureaulid van de Commissie voor de modernisering van de rechterlijke orde)
A. Henkes
R. Loop
P. Duinslaeger

Th. Werquin
M. Timperman
D. Thijs
D. Vandermeersch
J.-M. Genicot
C. Vandewal
R. Mortier
Ph. de Koster (gedelegeerd)
A. Van Ingelgem (dedelegeerd)

AFDELING 3 - REFERENDARISSEN

A. Bossuyt
A. De Wolf (verlof zonder wedde)
V. Vanovermeire
G. Van Haegenborgh
I. Boone
D. De Roy
M. Traest
D. Patart
G.-F. Raneri
P. Lecroart
S. Lierman
B. Vanermen
T. Boute
N.
N.

AFDELING 4 - MAGISTRATEN MET OPDRACHT

F. Stévenart Meeûs
I. Dijon
E. Van Dooren
P. Dauw
D. Ryckx
J. Bourlet
B. Lambert
N.
N.

AFDELING 5 - GRIFFIERS

§ 1. Organigram

A. PERSONEELSBESTAND

1. Wettelijk kader

- 1 hoofdgriffier (voltallig)
- 1 griffier-hoofd van dienst (voltallig)
- 11 griffiers (twee vacant)

- 14 assistenten (vier vacant)
- 18 medewerkers (twee vacant)

2. *Buiten kader*

- 1 griffier (afgevaardigd door de militaire rechtcolleges)
- 1 deskundige gebouwenbeheerder
- 2 medewerkers (chauffeurs van de Eerste Voorzitter)
- 8 contractuele medewerkers
- 4 contractuele medewerkers (arbeiders gebouwenbeheer)
- 3 contractuele medewerkers (onthaal)
- 4 contractuele medewerkers (Rosetta) (onthaal)
- 9 contractuele medewerkers Toezicht (twee vacant)

3. *Tijdelijk afwezig*

- 2 assistenten (de eerste: delegatie FOD Justitie, Dienst Gebouwen en materieel, maar blijft functioneel verbonden met de dienst gebouwenbeheer Justitiepaleis Brussel, de tweede: Arbeidsrechtbank te Brussel)
- 1 medewerker (Vrederecht te Leuven)

B. VERDELING VAN DE PERSONEELSLEDEN PER DIENST: REËLE BEZETTING

1. *Algemene leiding*

- 1 hoofdgriffier
- 1 griffier hoofd van dienst
- 2 contractuele medewerker

2. *Griffie*

(1) Beheer rollen-dossiers

- 1 assistent
- 3 medewerkers

(2) Dienst boekhouding (briefwisseling- afleveren expedities, kopies enz.)

- 1 medewerker

(3) Dienst zittingen

- 9 griffiers (onder wie één afgevaardigd)
- 1 afgevaardigd griffiers (tijdelijk)
- 1 assistent
- 8 medewerkers

(4) Dienst uitgave Arresten van Cassatie en Dienst Toezicht

- 1 afgevaardigd griffier (tijdelijk)

(5) Dienst beheer informaticasysteem

- 1 assistent (thans afgevaardigd griffier)

(6) Secretariaat van de Eerste Voorzitter en de Voorzitter

- 1 griffier (kabinetssecretaris)
- 1 assistent
- 3 medewerkers (onder wie 1 contractueel)

(7) Dienst documentatie

- 3 assistenten
- 1 medewerker

(8) Dienst expeditie en verdeling externe en interne post, zittingen

- 3 medewerkers

(9) Dienst beheer gerechtsgebouwen

- 1 deskundige gebouwenbeheerder
- 1 assistent
- 1 medewerker
- 4 medewerkers arbeiders

(10) Dienst onthaal gerechtsgebouw

- 4 medewerkers
- 3 medewerkers (Rosetta)

(11) Chauffeurs Eerste Voorzitter

- 2 medewerkers

(12) Dienst Toezicht

- 9 medewerkers (twee vacant)

§ 2. Samenstelling

Hoofdgriffier: C. Van der Kelen

Griffier-hoofd van dienst: K. Merckx

Griffiers:

M.-J. Massart

J. Pigeolet

A. Clément

F. Adriaensen

Ph. Van Geem

V. Kosynsky (afg.)

F. Gobert

J. Pafenols

P. De Wadripont

T. Fenaux

N.

N.

AFDELING 6 - SECRETARIAAT VAN HET PARKET

§ 1. Organigram

- 1 Hoofdsecretaris (N)
- 1 Secretaris-hoofd van dienst (F)
- 5 Secretarissen (3N en 2F), waarvan één gedelegeerd
- 1 bibliotheekbeheerder (1F)
- 4 assistenten (2N) en twee vacant
- 6 medewerkers (5N)
- 1 technisch gerechtelijk assistent (N)

- 3 contractuele medewerkers (2F en 1N)

§ 2. Samenstelling

Hoofdsecretaris: E. Derdelinckx
 Secretaris-hoofd van dienst: E. Ruytenbeek
 Secretarissen:
 N. Van den Broeck
 V. Dumoulin
 J. Cornet
 J. Wyns
 I. Neckebroeck (gedelegeerd)

AFDELING 7 - SECRETARIAAT VAN DE EERSTE VOORZITTER

Kabinetssecretaris-griffier: A. Clément

Assistente: S. Samijn
 Medewerksters:
 N. Tieleman
 E. De Rouck

AFDELING 8 - DIENST OVEREENSTEMMING DER TEKSTEN EN DOCUMENTATIEDIENST

11 attachés (statutair) zijn verbonden aan deze dienst die onder het gezamenlijke gezag en leiding staat van de Eerste Voorzitter en de Procureur-generaal.

§ 1. Dienst overeenstemming der teksten

Directeurs: L. Vande Velde
 R. Leune
 M. Kindt
 Attaché, hoofd van dienst: A.-F. Latteur
 Eerste attachés: D. Huys
 S. De Wilde
 Attachés: V. Bonaventure
 H. Giraldo
 M. Maillard
 A. Brouillard
 B. De Luyck

§ 2. Documentatiedienst

Assistenten: B. Docquier
 Ch. Dubuisson
 M. Michelot
 Medewerkster: A.-M. Erauw

BIJLAGE II – NEVENACTIVITEITEN VAN DE LEDEN VAN HET HOF VAN CASSATIE EN VAN HET OPENBAAR MINISTERIE OP 31 DECEMBER 2008

RECHTERLIJKE ORGANEN

- Benelux-Gerechtshof
- Commissie onwerkzame hechtenis

ONDERWIJS

- Katholieke Universiteit Leuven
- Universiteit Gent
- Universiteit Antwerpen
- Facultés universitaires catholiques de Mons
- Université de Liège
- Université Catholique de Louvain-La-Neuve
- Facultés universitaires Saint-Louis
- Université libre de Bruxelles
- Facultés Universitaires Notre Dame de la Paix
- Faculté universitaire de théologie protestante de Bruxelles
- Koninklijke Militaire School

ANDERE

- Adviescommissie voor de benoemingen van de advocaten bij het Hof van Cassatie
- Adviesraad van de magistratuur
- Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde
- Cel voor Financiële Informatieverwerking
- Centrale commissie voor de documentatie
- Commissie voor de Modernisering van de rechterlijke orde
- De Raad voor de beroepsopleiding van de balie van cassatie
- Ethisch comité van de Faculteit geneeskunde te Luik
- Hoge Raad voor de Justitie
- Juridat
- Jury voor diverse examens georganiseerd door SELOR
- Jury voor het vergelijkend examen met het oog op de aanwerving van referendarissen
- Kruispuntbank Belgiëlex
- Nationale Tuchtraad
- Phenix
- Solimag
- Vaste vergadering van de Korpschefs van en bij het Hof van Cassatie en de hoven van beroep
- Vorming der magistraten en gerechtelijke stagiaires