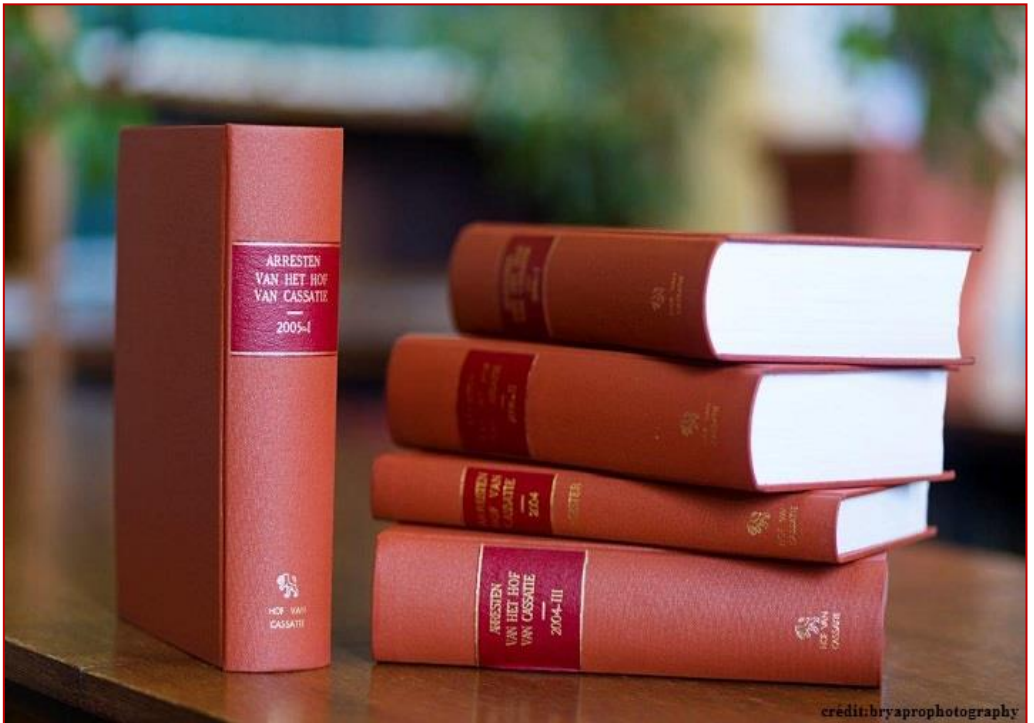


Belangrijke arresten van het Hof



In dit hoofdstuk worden de inhoudelijk belangrijke arresten die het Hof in 2023 heeft gewezen, per materie besproken.

Een onderscheid wordt gemaakt tussen zogenaamde richtinggevende arresten en overige belangrijke arresten. De richtinggevende arresten betreffen arresten die van bijzonder belang zijn voor de ontwikkeling van de rechtspraak of voor de interpretatie van bepaalde wettelijke bepalingen, dan wel die van bijzonder sociaal of maatschappelijk belang zijn. Zij maken het voorwerp uit van een meer grondige bespreking en worden in de rechtspraak en de rechtsleer gekaderd. De overige belangrijke arresten maken het voorwerp uit van een veel kortere bespreking, die zich beperkt tot de algemene regel die het Hof in het arrest heeft geformuleerd.

In de elektronische versie van het jaarverslag, te vinden op de [website van het Hof](#)¹ en via [Stradalex](#)², kan de volledige tekst van de samengevatte arresten worden geraadpleegd door middel een hyperlink bij elk arrest, zowel naar *Juportal* (opgenomen in het rolnummer van elk arrest) als naar de *ECLI*-databank (onderaan elke samenvatting).

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

De in dit hoofdstuk opgenomen samenvattingen vormen geen authentieke uitlegging van de samengevatte arresten en binden het Hof niet.

A. RICHTINGGEVENDE ARRESTEN

Economisch recht

Begrip ‘onderneming’ – Artikel I.1, eerste lid, 1^o, WER – Iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent – Organisatie

Arrest van 23 november 2023 (C.23.0023.N) met conclusie van advocaat-generaal H. Vanderlinden

Krachtens artikel I.1, eerste lid, 1^o, WER wordt, behoudens andersluidende bepaling, voor de toepassing van dit wetboek verstaan onder “*onderneming*”: “*elk van volgende organisaties: (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent; (b) iedere rechtspersoon; (c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid*”.

In verschillende zaken werd het Hof uitgenodigd duidelijkheid te brengen over de voorwaarden waaronder een natuurlijke persoon als onderneming kan worden aangemerkt. In de praktijk is dit vraagstuk vooral relevant in de context van het faillissement. Met name rijst de vraag wanneer een natuurlijke persoon (bv. een vennootschapsbestuurder) toegang krijgt tot de kwijtscheldingsregels van het faillissement.

¹ <https://hofvancassatie.be/nl/jaarverslagen>

² <http://www.stradalex.com>

In een arrest van 18 maart 2022 oordeelde de Franstalige eerste kamer, op gelijklopende conclusie van advocaat-generaal de Koster, dat een natuurlijke persoon slechts kan worden gekwalificeerd als een onderneming wanneer hij een organisatie vormt die bestaat uit een geheel van materiële, financiële of menselijke middelen met het oog op de zelfstandige uitoefening van een beroepsactiviteit. Het Hof verduidelijkte dat daaruit volgt dat de vennootschapsbestuurder die zijn functie buiten een eigen organisatie uitoefent, geen onderneming is in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1^o, WER³.

Dezelfde kamer bevestigde deze rechtspraak in een arrest van 9 februari 2023⁴.

Verschillende auteurs namen een ander standpunt in. Daarbij werd onder meer aangevoerd dat aan het begrip “*organisatie*” geen enige bijzondere betekenis dient te worden gehecht, en dat het geen autonome, bijkomende, voorwaarde uitmaakt. In die visie is iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, *ipso facto* een “*organisatie*”⁵. Het bestaan van een “*organisatie*” is volgens doctrine enkel een zelfstandige toepassingsvoorwaarde voor de “*andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid*”, die in de parlementaire voorbereiding worden omschreven als organisaties die drager zijn van eigen rechten en verplichtingen en die als dusdanig aan het rechtsverkeer deelnemen⁶. Omgekeerd staat deze doctrine kritisch tegenover de toepassing van het criterium van een “*organisatie*” op natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen⁷.

Ondanks deze kritiek bevestigt het Hof, in een arrest van 23 november 2023 gewezen in voltallige zitting en op gelijklopende conclusie van het openbaar ministerie, de eerdere Franstalige arresten. Het Hof oordeelt dat een natuurlijke persoon slechts als onderneming in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1^o, WER kan worden gekwalificeerd wanneer hij aantoonbaar een organisatie te vormen, bestaande uit een geheel van eigen materiële, financiële of menselijke middelen samengebracht met het oog op het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231123.IN.1\)](#)

³ Cass. 18 maart 2022, *DAOR* 2022, 23, noot W. DERIJCKE, *JDSA* 2022, 83, noot J. RENARD en V. GHAZOUANI, *JT* 2022, 324, noot Z. PLETINCKX, *RCJB* 2023, 359, noot J. HENRI, *TRV-RPS* 2022, 495, noot N. APPERMONT en J. VANMALLEGHEM.

⁴ Cass. 9 februari 2023, *JLMB* 2023, 564, noot.

⁵ Zie bv. A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders”, *TBH* 2019, 502; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 717.

⁶ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 29.

⁷ Zie met name J. VANANROYE, “Cass. 18 maart 2022: natuurlijke persoon met zelfstandige beroepsactiviteit is slechts onderneming indien hij ‘een eigen organisatie’ vormt”, *Corporate Finance Lab*, 23 maart 2022, www.corporatefinancelab.org

Fiscaal recht

Inkomstenbelastingen – Ambtshalve ontheffing – Afdoend bevonden nieuw feit – Vaststelling van ongrondwettigheid van een reglementaire bepaling door de rechterlijke macht – Gezag van gewijsde

Arrest van 27 oktober 2023 ([F.22.0067.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal B. Inghels

Het geschil dat tot het arrest van het Hof van 27 oktober 2023 aanleiding heeft gegeven, betrof een door de eisers in cassatie ingestelde vordering tot ambtshalve ontheffing van aanslagen in de personenbelasting.

Artikel 376 WIB92 heeft voor een dergelijke vordering een strikt kader ingevoerd. De vordering moet onder meer steunen op afdoende bevonden nieuwe bescheiden of feiten. Daarbij bepaalt voormeld artikel 376 WIB92 dat een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie niet als een nieuw feit wordt beschouwd⁸.

Aldus verwoord, biedt die bepaling ruimte voor interpretatie. Van oudsher aanvaardt de administratie de arresten van het Grondwettelijk Hof als afdoend bevonden nieuwe feiten in de zin van artikel 376 WIB92⁹. Het Grondwettelijk Hof heeft dit op 8 november 2006¹⁰ uitdrukkelijk bevestigd voor zijn arresten die op een prejudiciële vraag zijn gewezen en voegt hieraan toe dat een andere uitlegging van deze fiscale bepaling een miskenning van de in de artikelen 10, 11 en 172, eerste lid, Grondwet vastgelegde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie zou vormen. De vraag rijst of dezelfde gevolgtrekking zich opdringt wanneer de burgerlijke rechter een ongrondwettige reglementaire bepaling op grond van artikel 159 Grondwet buiten toepassing verklaart. Is een dergelijke beslissing van de burgerlijke rechter een nieuw feit in de zin van artikel 376 WIB92?

Het arrest van het hof van beroep van Luik waartegen in deze zaak cassatieberoep was ingesteld, beantwoordde deze vraag negatief. Met die uitspraak sloot de appelrechter zich bij de overheersende rechtspraak aan¹¹. De discussie betrof *in casu* verschillende

⁸ In een arrest van 21 december 2017 heeft het Hof geoordeeld dat “*alleen als nieuwe feiten of bescheiden gelden, die welke een bewijs kunnen opleveren dat voordien niet is geleverd en dat de belastingplichtige niet kon overleggen of aanvoeren voordat de termijnen van bezwaar of beroep waren verstreken*”. Zie Cass. 21 december 2017, AC 2017, nr. 728, met conclusie van procureur-generaal D. THUIS. Zie ook Cass. 2 december 1999, AC 1999, nr. 652; Cass. 30 april 1968, Pas. 1968, I, 1087.

⁹ Zie administratieve circulaire nr. Ci.RH.862/536.019 van 4 mei 2001.

¹⁰ Zie GwH 8 november 2006, nr. 160/2006, r.o. B.7: “*het is niet redelijk verantwoord geen ambtshalve verleende ontheffing toe te kennen aan de belastingplichtige die is belast met toepassing van een bepaling die ongrondwettig is bevonden en ten aanzien waarvan de administratie het niet nodig acht dat aan het Arbitragehof opnieuw wordt gevraagd of die grondwettig is, terwijl die ontheffing wordt toegekend aan diegene die ‘afdoende nieuwe feiten’ aanvoert*”.

¹¹ Zie *contra*, in de rechtspraak, Rb. Brussel 31 juli 2020, FJF 2021, 186; Rb. Gent 31 januari 2019, RABG 2019, 558, noot H. SYMOENS. Zie *contra*, in de rechtsleer, T. ANDRIES en J. VANDEN BRANDEN, “Arrest van de Raad van Staat – Nieuw feit of geen nieuw feit – *That’s the question?*”, noot onder Cass. 21 december 2017, TFR 2020, 79: “*Verder valt uit niets af te leiden dat enkel een arrest van het GwH als nieuw feit dient te worden aanzien en dat andere uitspraken die ook oordelen over de geldigheid van een rechtsnorm – lees de non-conformiteit van een bepaalde norm met een hogere rechtsnorm – moeten worden uitgesloten van het toepassingsgebied der nieuwe feiten.*”

arresten van de Antwerpse¹² en Gentse¹³ hoven van beroep, die de toepassing van artikel 18, § 3, tweede lid, KB/WIB92 hadden geweigerd en waarnaar de administratie zich bij circulaire had gevoegd¹⁴.

Uit de lezing van de in die zin gewezen beslissingen blijkt dat de arresten van het Grondwettelijk Hof van 26 november 2020¹⁵ en 13 oktober 2022 nochtans op sommigen een blijvende indruk hebben gemaakt¹⁶. Evenwel kunnen die twee arresten niet de draagwijdte hebben die men hen soms toeschrijft¹⁷. Ter herinnering, in het eerste arrest heeft de grondwettelijke rechter beslist dat *“artikel 376 [WIB92] [...] niet onbestaanbaar is met de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, in de interpretatie dat de beslissingen van de hoven en rechtbanken waarbij de ongrondwettigheid van een reglementaire fiscale bepaling wordt vastgesteld, geen nieuw gegeven zijn dat in aanmerking komt voor de ambtshalve ontheffing van overbelastingen”*¹⁸, met name omdat *“wanneer artikel 376 van het WIB 1992 zo zou moeten worden geïnterpreteerd dat een [...] beslissing van de hoven en rechtbanken, buiten het geschil waarin de ongrondwettigheid werd vastgesteld, door de belastingadministratie als een nieuw gegeven moet worden beschouwd dat kan leiden tot een ambtshalve ontheffing van overbelastingen, dan zou aan de voormelde rechterlijke beslissing een gezag worden toegekend dat niet in overeenstemming is met artikel 159 van de Grondwet”*¹⁹. Het Grondwettelijk Hof heeft zijn standpunt herbevestigd in het tweede arrest uit 2022. Toch moet worden vastgesteld dat die arresten enkel zeggen dat, in de uitlegging waarin een door de burgerlijke rechter gedane vaststelling van onwettigheid geen nieuw feit vormt, artikel 376 WIB92 de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie niet miskent. Ze zeggen niet dat een uitlegging *a contrario* wél een dergelijke miskennis zou inhouden. Voor het overige is de grondwettelijke rechter niet bevoegd om de bestaanbaarheid van een wettelijke norm met artikel 159 Grondwet te toetsen, zodat zijn overwegingen over het gezag van de beslissingen van de hoven en rechtbanken voor de rechterlijke macht niet bindend zijn.

Het stond het Hof dus geheel vrij om de gegrondheid van het middel van de belastingplichtige in deze zaak te beoordelen, waarin hij de bestreden beslissing verweet te hebben geoordeeld dat de vaststelling, door de Gentse en Antwerpse hoven van beroep, van de ongrondwettigheid van artikel 18, § 3, tweede lid, KB/WIB92 in

¹² Antwerpen 24 januari 2017, 2015/AR/117, onuitg.

¹³ Gent 24 mei 2016 en 20 februari 2018, 2015/AR/1235, onuitg.

¹⁴ Circulaire 2018/C/57 van 15 mei 2018. Zie de veelvuldige verwijzingen geciteerd door A. RAYET, “Le dégrèvement d’office”, *RGCF* 2021, 361, nr. 68, noot 169.

¹⁵ GwH 26 november 2020, nr. 160/2020. Zie m.n. voor een kritische bespreking van dit arrest, L. BOUSEZ, “Le constat d’inconstitutionnalité en tant que motif de dégrèvement d’office? Oui, mais pas n’importe lequel!”, *RGCF* 2022, 152-155; A. RAYET, “Le dégrèvement d’office”, *RGCF* 2021, 362, nrs. 70-71.

¹⁶ GwH 13 oktober 2022 nr. 126/2022.

¹⁷ Zie, in de rechtspraak, T. SAS, “Ambtshalve ontheffing en wijziging jurisprudentie: het ene nieuwe feit is het andere niet”, noot onder GwH 26 november 2020, nr. 160/2020, *TFR* 2021, 763: *“de hoven en rechtbanken zullen zich moeten schikken naar het arrest van het Grondwettelijk Hof. Een rechtscollege zal niet meer kunnen beslissen om rechtspraak van de hoven en rechtbanken, waarin de ongrondwettigheid van een bepaling wordt vastgesteld, te beschouwen als nieuw feit dat een ambtshalve ontheffing rechtvaardigt. Het arrest is bindend, minstens moet het rechtscollege een nieuwe vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof”*.

¹⁸ GwH 26 november 2020, nr. 160/2020, r.o. B.9.

¹⁹ GwH 26 november 2020, nr. 160/2020, r.o. B.6.4.

andere zaken, niet beantwoordde aan het begrip “nieuw feit” dat een ambtshalve ontheffing kan verantwoorden. Het Hof verwerpt dat middel in de volgende bewoordingen: uit artikel 376, §§ 1 en 2, WIB92, artikel 159 Grondwet en artikel 23 Gerechtelijk Wetboek volgt dat “*wanneer een rechter de toepassing van een reglementering weigert omdat deze ongrondwettig is, die beslissing, die tussen de partijen gezag van gewijsde heeft, voor een derde-belastingplichtige geen afdoend bevonden nieuw feit vormt maar een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie*”.

De reden hiervoor dient men te zoeken in de omvang van het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissingen. Immers, terwijl de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof een “relatief versterkt”²⁰ gezag van gewijsde genieten, herhaalt het Hof dat, volgens artikel 23 Gerechtelijk Wetboek, het gezag van het rechterlijk gewijsde van de hoven en rechtbanken zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt. Dit houdt in dat de gevorderde zaak dezelfde moet zijn, dat ze op dezelfde oorzaak moet berusten en dat ze tussen dezelfde partijen moet zijn ingesteld – *quod non* in dit geval.

Het openbaar ministerie had in zijn conclusie zijn voorkeur uitgesproken voor een verruimde opvatting van het gezag van het rechterlijk gewijsde.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231027.1F.7\)](#)

Strafprocedure

Regelmatigheid van bewijs in strafzaken – Antigoon-rechtspraak – Artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering – Miskenning van het recht op een eerlijk proces – Opzettelijk begane of daarmee gelijk te stellen onregelmatigheid

Arresten van 4 april 2023 ([P.22.1730.N](#)) en 25 april 2023 ([P.23.0081.N](#))

In de beide zaken thans besproken, was een soortgelijke problematiek aan de orde, namelijk een onwettige huiszoeking in een woning met het oog op het vaststellen van feiten in verband met prostitutie.

In de eerste zaak (P.22.1730.N) vermoedde de politie, na het uitvlooiën van een website met online advertenties voor sekswerk, dat er in een bepaalde hotelkamer sekswerk tegen betaling zou worden beoefend onder de vorm van een “*gangbang*”, te verstaan als seksuele activiteiten waaraan meerdere personen tegelijkertijd of achtereenvolgens kunnen deelnemen. Een reservatie was niet vereist. Met de zegen van het openbaar ministerie belden enkele politieambtenaren aan om zogezegd als klant deel te nemen aan “*het feestje*”. Eenmaal binnengelaten, maakten zij hun ware hoedanigheid bekend en startten zij hun opsporing die het hier beoordeelde bewijs opleverde.

In de tweede zaak (P.23.0081.N) vermoedde de politie, na het aantreffen van gelijkkluidende online advertenties, dat twee dames zich in eenzelfde gesloten woning met sekswerk tegen betaling inlieten. Hier maakten de politieambtenaren wel een

²⁰ Zie o.a. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Brussel, Larcier, 2021, 716, nr. 632.1; F. DELPEREE en A. RASSON-ROLAND, *La cour d'arbitrage*, Brussel, Larcier, 1996, 108.

afpraak, als klant. Zij betraden de woning nadat de deur was geopend. Vervolgens begonnen zij hun rondgang in het huis, die zijzelf weliswaar omschreven als een administratieve gezondheidscontrole maar die aan de hand van de in het proces-verbaal beschreven handelingen neerkwam op het uitvoeren van opsporingshandelingen. Kennelijk hechtten de verbalisanten er belang aan dat er in de woning niemand was ingeschreven en dat ze te huur stond.

In geen van de gevallen was er sprake van een huiszoekingsbevel van de onderzoeksrechter, van heterdaad of van de toepassing van de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of vrijheidsbeneming mag worden verricht. In de beide gevallen verklaarden de appelrechters dan ook de huiszoekingen – dat is waar de gedragingen van de verbalisanten op neerkwamen – onwettig. Desondanks werd het onwettige bewijs telkens heropgevestigd via de zogenaamde Antigoonleer, op grond waarvan een onregelmatig verkregen bewijs slechts nietig is en bijgevolg uit het debat moet worden gesloten indien de naleving van de overtreden vormvoorwaarden op straffe van nietigheid wordt voorgeschreven, de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Dat laatste criterium, het recht op een eerlijk proces, is hier aan de orde.

De Antigoonleer, voor het eerst aangenomen door het Hof in zijn arrest van 14 oktober 2003 en nadien wettelijk verankerd in artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering²¹, is inmiddels welbekend. Het Hof heeft de toepassing van deze leer, die als dusdanig niet in strijd is met het EVRM²², trouwens verplicht gesteld: het uitsluiten van onregelmatig bewijs uit het debat zonder het uitvoeren van de Antigoontoets, geeft aanleiding tot cassatie met verwijzing²³. Wel heeft het Hof een aantal richtinggevende subcriteria vooropgesteld waaraan de feitenrechter de eventuele bewijssluiting kan toetsen in het licht van het recht op een eerlijk proces²⁴. Wanneer de feitenrechter de Antigoontoets toepast, onderwerpt het Hof die beoordeling bovendien aan een marginale controle, dit wil zeggen dat het Hof nagaat of de feitenrechter uit zijn vaststellingen geen onmogelijk te verantwoorden gevolgen heeft afgeleid. Dit vormt een beperkt toezicht van het Hof op de beoordeling van de feiten door de rechter, die in principe onaantastbaar is.

De Antigoontoets heeft inmiddels ook een meer algemene draagwijdte gekregen dan de bewijsgaring *stricto sensu*. Zij moet eveneens worden toegepast wanneer de onregelmatigheid in de bewijsverkrijging de miskenning impliceert van een wezenlijk vormvoorschrift betreffende de organisatie van de rechterlijke macht, wat bijvoorbeeld het geval is wanneer de onderzoeksrechter buiten zijn saisine treedt en

²¹ Meer bepaald bij de wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden.

²² C. VAN DEN HEYNING, “Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets”, noot onder EHRM 31 januari 2017, 40233/07 (*Kalmeiene t. België*) en HvJ 17 december 2015, C-419/14 (*WebMindLicenses*), *T.Strafr.* 2017, 117-121.

²³ Bv. Cass. 6 februari 2019, P.19.0097.N, ongepubl.; Cass. 22 mei 2018, P.17.0994.N, ongepubl.

²⁴ Bv. Cass. 28 mei 2013, [P.13.0066.N](#), *ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130528.9*. Zie ook de hier besproken arresten (telkens randnummer 2).

er binnen dat kader bewijs is verzameld dat tegen de beklaagde wordt aangewend²⁵. Het gegeven dat de onregelmatigheid een miskenning inhoudt van een grondrecht, zoals het recht op privacy²⁶, speelt geen rol. Daarentegen volstaat het enkele gegeven dat de onregelmatigheid de beklaagde niet belet tegenspraak te voeren over het bewijs of de verkrijging ervan, niet om het gebruik van het onregelmatige bewijs in overeenstemming te achten met het recht op een eerlijk proces²⁷.

De Antigoonleer is echter niet vrij van kritiek, zoals dat kernachtig is uitgedrukt in het volgende citaat: *“Door elke overtreding van procesregels automatisch met de zwaarste sanctie van bewijsuitsluiting te sanctioneren, riskeert men dat verdachten van zware misdrijven de dans ontspringen, wat het rechtsgevoel aantast. Omgekeerd kan het Openbaar Ministerie moeilijk een beklaagde verwijten dat hij de wet overtreedt, wanneer het bewijsmateriaal werd verkregen door opzettelijke onregelmatigheden of zelfs misdrijven²⁸. Niemand pleit voor een terugkeer naar overdreven formalisme, maar de kloof tussen de opsporing “volgens het boekje” en de opsporing in de praktijk mag niet té groot worden. Wanneer procedureregels worden uitgehold en onregelmatigheden niet consequent genoeg worden gesanctioneerd, zullen de vervolgende en opsporende instanties steeds minder geneigd zijn belang te hechten aan een strikte naleving van de wettelijke bepalingen. Vandaag lijkt de slinger te ver doorgeslagen en blijven zeer verregaande inbreuken op substantiële procedureregels die veelal fundamentele rechten en grondrechten beschermen, al te vaak zonder enig gevolg. Ook de waarheidsvinding kent haar grenzen: in een democratische rechtsstaat moet er een tegengewicht bestaan tegen het optreden van politie en gerecht.”²⁹*

Ook in het voorstel van een nieuw Wetboek van Strafvordering wordt een aangepaste bewijsuitsluitingsregeling vooropgesteld: bewijs dat is verkregen in strijd met een aantal fundamentele normen, waaronder de regels inzake de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken, moet in beginsel uit het debat worden geweerd, behoudens wanneer de rechter oordeelt dat de onregelmatigheid niet het resultaat is van een bewuste of onverschoonbare miskenning van het recht of de beschermde waarde, de ernst van de miskenning van het recht of de beschermde waarde minder zwaarwichtig

²⁵ Cass. 10 juni 2014, RW 2014-15, 1189, noot A. DE NAUW, NC 2015, 196, noot R. VERSTRAETEN en P. VERMOOTE: *“Het verbod voor de onderzoeksrechter andere feiten te onderzoeken dan deze die bij hem aanhangig zijn gemaakt, is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid. Bijgevolg kan de rechter het als gevolg van die overschrijding opgeleverde bewijs enkel nietig verklaren of op een andere wijze uitsluiten wanneer hij preciseert hoe en waarom die onregelmatigheid ofwel de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast ofwel tot gevolg heeft dat het gebruik van dat bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.”* Contra, maar vóór de vermelde wet van 24 oktober 2013: Cass. 24 oktober 2013, AC 2013, nr. 254, met conclusie van advocaat-generaal VANDERMEERSCH, RW 2014-15,108, noot B.D.S., RDP 2013, 998, noot C. DE VALKENEER, JT 2013, 416, noot L. KENNES.

²⁶ Bv. Cass., 12 december 2018, [P.18.0924.F](#), ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20181212.2; Cass., 26 september 2018, P.18.0482.F, ongepubl.; Cass. 9 april 2019, P.18.0059.N, ongepubl. (randnummer 8).

²⁷ Cass. 5 mei 2020, [P.19.1272.N](#), ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200505.2N.1.

²⁸ Wat de relatie tussen de Antigoonleer en misdrijven betreft, zie ook hierna.

²⁹ M. VANDERMEERSCH, “Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood?”, *T. Straf.* 2023, 213-221. Zie ook als commentaren op de besproken arresten, R. VERSTRAETEN, “Antigoon en de onverschoonbaarheid van de routine”, noot onder KI Gent 5 april 2022, NC 2023, 300-310; F. LUGENTZ, “Preuve irrégulière dont l’usage porte atteinte au droit à un procès équitable: une approche particulière de la sanction en cas d’illégalité commise intentionnellement ou par l’effet d’une négligence grave?”, *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2023, 863-878.

is dan het maatschappelijk belang bij de vervolging van het betrokken misdrijf³⁰ én het gebruik van het onregelmatig bewijs geen afbreuk doet aan de integriteit van justitie³¹.

De hier besproken arresten dienen gezien te worden in het licht van deze bekommernissen en evolutie. Een regelmatig gehoorde kritiek is dat sommige feitenrechters erg gemakkelijk een onregelmatigheid in de bewijsverkrijging aannemen, om vervolgens het onregelmatige bewijs toch in het debat te houden via een wel erg formele en ruime invulling van de Antigooncriteria (in het bijzonder de verhouding tussen de ernst van de onregelmatigheid en de ernst van het misdrijf, waarbij die laatste ernst steeds de bovenhand haalt). Dat laatste kan ertoe leiden dat bepaalde opsporings- of vervolgingsinstanties zelfs nauwelijks verholen opzettelijke onregelmatigheden niet uit de weg gaan omdat ze rekenen op een zowat systematische dispensatie van de rechter.

Binnen deze context geven de beide arresten een minder vrijblijvende draagwijdte aan één van de subcriteria die het Hof, zoals gezegd, reeds voorheen heeft uitgewerkt met betrekking tot het gebruik van onregelmatig verkregen bewijs in verhouding tot het recht op een eerlijk proces van de beklaagde. Het betreft het criterium van de opzettelikheden van de onregelmatigheid, wat kan worden geduid als het opzettelijk overtreden of negeren van wettelijke bepalingen die verband houden met de bewijsverkrijging teneinde aanwijzingen of bewijzen van strafbare feiten te vinden. Daartoe behoren ook de met opzet gelijk te stellen onregelmatigheden die getuigen van een grove onachtzaamheid, te duiden als gevallen die in het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak dermate flagrant of ernstig zijn dat zij wel opzettelijk moeten zijn gepleegd of voor opzet niet moeten onderdoen³². In de besproken arresten geeft het Hof enkele voorbeelden van omstandigheden (concrete opdracht, beschikbare middelen, te verwachten parate kennis van de verbalisanten, etc.) die de feitenrechter daarbij in zijn beoordeling kan betrekken. Het is immers ook niet de bedoeling dat elke fout van een opsporings- of vervolgingsinstantie met opzet zou worden gelijkgesteld. Dit is in redelijkheid en met inachtneming van een zekere marge te beoordelen. Uit de rechtspraak van het Hof kan ook worden afgeleid dat het hier bedoelde opzet niet overeenstemt met het wetens en willens handelen dat het voorwerp uitmaakt van het algemeen misdrijfopzet. Het gegeven dat de onregelmatigheid in theorie een (opzettelijk) misdrijf zou kunnen opleveren in hoofde van degene die ze heeft begaan, is dan ook niet bepalend³³.

³⁰ Zie daarover ook Cass. 30 april 2014, [P.13.1869.F](#), [ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140430.2](#): “*L'équilibre des droits entre les parties n'épuise pas la notion de procès équitable. L'idéal de justice en est également une composante. Il en résulte que le poids de l'intérêt public à la poursuite d'une infraction et au jugement de ses auteurs peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement.*”

³¹ Zie Cass. 24 april 2013, [P.12.1919.F](#), [ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130424.3](#).

³² Zie daarover, o.a. over het achterhalen van de psychische ingesteldheid van een justitiële actor, R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, “Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam”, *T. Strafr.* 2005, 289-290.

³³ Zie daarover Cass. 15 juni 2021, [P.21.0260.N](#), [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210615.2N.1](#): “*Gedragingen die de maatschappelijke orde zodanig verstoren dat de wet ze strafbaar stelt en vormvoorwaarden inzake bewijsverkrijging die voor de eerbiediging van het recht op een eerlijk proces en*

De hier besproken arresten gaan ervan uit dat opzettelijkheid of daarmee gelijk te stellen onachtzaamheid leidt tot bewijsuitsluiting, behoudens in uitzonderlijke gevallen, samen te vatten als de kennelijke onevenredigheid tussen de bewijsuitsluiting en het algemeen belang dat samenhangt met de strafvervolging. Zo is het denkbaar dat eenzelfde opzettelijk onregelmatig aangevatte of uitgevoerde huiszoeking een ander gevolg zal hebben wanneer die huiszoeking de vondst oplevert van het slachtoffer van een doodslag dan wanneer de huiszoeking een bewijselement inzake een minder aanstootgevend of minder zwaar bestraft misdrijf aan het licht brengt. Weliswaar zal ook het belang van de strafvervolging niet om het even welke onregelmatigheid in het debat kunnen houden, maar het is niet mogelijk om op voorhand een schaal van gepaste evenredigheid uit te werken. Een *ad hoc*-benadering is telkens vereist.

Daarbij is nog aan te stippen dat de hier bedoelde evenredigheid slaat op de concreet onderzochte of ontdekte feiten zelf en niet op de algemene kwalificatie waarmee die feiten of gewoonlijk ermee samenhangende feiten kunnen worden bekleed. Er kan dan ook geen soelaas worden verwacht van het, aan de hand van kwalificaties, oprekken van het belang van de strafvervolging door het ernstiger voorstellen van de feiten dan ze in werkelijkheid zijn. De vereiste *ad hoc*-beoordeling moet daarenboven voldoende expliciet zijn om het Hof toe te laten zijn wettigheidscontrole uit te oefenen. *In casu* kon het gegeven dat de vermoede feiten – er waren op grond van de beschikbare informatie vóór het uitvoeren van de huiszoekingen geen aanwijzingen van andere misdrijven dan het voeren van reclame voor, dan wel het exploiteren van prostitutie door meerderjarigen – aanleiding konden geven en finaal ook gaven tot (ruime) telastleggingen van mensenhandel en deelname aan een criminele organisatie, het Hof – zelfs in de marge – niet ervan overtuigen dat de ernst van de misdrijven de ernst van de onregelmatigheden overtrof.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230404.2N.10](#) en [ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230425.2N.8](#))

Verjaring van de strafvordering – Uitspraak van de straf – Schorsing van de verjaring tijdens het cassatiegeding – Tijdstip waarop de schorsing eindigt

Arrest van 5 april 2023 ([P.23.0066.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal D. Vandermeersch

Twee beklagden werden in hoger beroep veroordeeld wegens misbruik van vennootschapsgoederen, btw-misdrijven en misdrijven inzake inkomstenbelastingen. De veroordeling ging ook met straffen van verbeurdverklaring van geldsommen gepaard.

Naar aanleiding van een eerste cassatieberoep vernietigde het Hof het arrest van het eerste hof van beroep gedeeltelijk, in zoverre het de bijzondere verbeurdverklaring van een geldsom beval, meer bepaald in zoverre het had verzuimd uitspraak te doen over de vordering van de burgerlijke partij tot toekenning van de in beslag genomen geldsommen, en in zoverre het uitspraak over de burgerlijke rechtsvordering had gedaan.

het recht van verdediging zodanig belangrijk zijn dat de wet ze sanctioneert met nietigheid, maken het voorwerp uit van onderscheiden rechtstoestanden die onderling niet te vergelijken zijn.”

De aldus beperkte zaak werd naar een ander hof van beroep verwezen. Na onderzoek van de stuitings- en schorsingsgronden verklaarde dit hof de strafvordering tegen de beklaagden verjaard.

De procureur-generaal van het tweede hof van beroep voerde tot staving van zijn cassatieberoep aan dat de feiten, in zoverre ze bewezen waren verklaard, niet meer verjaard konden worden verklaard, aangezien de grondslagen van de verjaring moeten worden gezocht in het vermeend vergeten van het misdrijf, wat hier niet het geval was. Volgens het middel kon de strafvordering niet als verjaard worden beschouwd, aangezien de telastleggingen waarop de betwiste straf gegrond was, vóór het verstrijken van de termijn bewezen waren verklaard, wat een beslissing is die door de uitgesproken cassatie ongemoeid was gelaten.

Het arrest verwerpt het cassatieberoep.

Hieruit kunnen twee gevolgtrekkingen worden gemaakt.

Enerzijds omschrijft artikel 1 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering de strafvordering als de “*rechtsvordering tot toepassing van de straffen.*” Hieruit volgt dat zowel de uitspraak van de straf als de schuldigverklaring moeten plaatsvinden vóór de verjaring is ingetreden. Het is dus niet voldoende dat de strafvordering tijdig voor de strafrechter wordt ingesteld. Daarover moet ook binnen de verjaringstermijn definitief uitspraak zijn gedaan.

Anderzijds begint, in geval van cassatie met verwijzing die is beperkt tot de gehele straf of tot een van in de bestreden beslissing uitgesproken straffen, de verjaring van de strafvordering opnieuw te lopen vanaf het arrest van het Hof.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230405.2F.14](#))

Bevoegdheid en aanleg – Strafzaken – Onderzoeksgerecht – Verwijzing naar de correctionele rechtbank – Correctionalisering van een misdaad – Uitwerking – Uitbreiding tot een ander misdrijf dat één enkel feit vormt met die misdaad en als misdaad wordt geherkwalificeerd – Voorwaarden

Arrest van 20 december 2023 ([P.23.0636.F](#))

Een inverdenkinggestelde was naar de correctionele rechtbank verwezen, enerzijds omwille een door de raadkamer wegens verzachtende omstandigheden gecorrectionaliseerde misdaad en anderzijds omwille van een wanbedrijf. Voor de appelrechters werd de inverdenkinggestelde verzocht zich te verdedigen met betrekking tot het wanbedrijf dat wegens de aanwezigheid van een verzwarende omstandigheid als misdaad was geherkwalificeerd. De inverdenkinggestelde werd daarop schuldig verklaard aan de gecorrectionaliseerde misdaad en aan het geherkwalificeerde feit, hoewel de appelrechters voor laatstgenoemd feit niet op hun beurt hadden vastgesteld dat er verzachtende omstandigheden bestonden die hen zouden toelaten om kennis te nemen van de zaak. In hun uitspraak over de op te leggen straf beslisten zij evenwel dat de twee feiten met hetzelfde voornemen waren gepleegd, zodat er slechts één straf, namelijk de zwaarste, moest worden opgelegd.

De beklaagde stelde cassatieberoep in en verweet de appelrechters dat zij, door die herkwalificatie van een wanbedrijf en zonder het bestaan van verzachtende

omstandigheden te hebben vastgesteld (zoals artikel 3, derde lid, Wet Verzachtende Omstandigheden hen toestond), zich de bevoegdheid hebben toegeëigend om kennis te nemen van een misdaad.

Het arrest verwerpt dat verweer: aangezien ten gevolge van de beslissing van het hof van beroep de twee misdrijven door één misdadig opzet zijn verbonden en zij bijgevolg één enkel strafbaar feit vormen, terwijl het tweede misdrijf, zodra het geherkwalificeerd wordt, geen misdaad is die niet mag worden gecorrectionaliseerd³⁴, oordeelt het Hof dat de verzachtende omstandigheden die door het onderzoeksgerecht bij de regeling van de rechtspleging voor het eerste misdrijf waren aangenomen, ook gelden voor het tweede misdrijf zodra dit misdrijf als een misdaad geherkwalificeerd wordt³⁵.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231220.2F.3\)](#)

Voorlopige Hechtenis – Voorlopige invrijheidstelling – Verzoekschrift – Neerlegging via e-Deposit – Huidige stand van de regelgeving

Arrest van 27 december 2023 ([P.23.1720.N](#))

Dit arrest beantwoordt de vraag of het mogelijk is een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling via e-Deposit neer te leggen.

De beklaagde die zich in voorlopige hechtenis bevindt op een ogenblik dat de zaak aanhangig is bij het vonnisgerecht, kan om zijn voorlopige invrijheidstelling verzoeken. Bij toepassing van artikel 27 Voorlopige Hechteniswet kan de voorlopige invrijheidstelling worden verleend op indiening van een verzoekschrift dat wordt neergelegd op de griffie van het gerecht dat hierover uitspraak moet doen. Over het verzoekschrift wordt beslist door het vonnisgerecht in raadkamer (of in voorkomend geval door de kamer van inbeschuldigingstelling) binnen vijf dagen na de neerlegging van het verzoekschrift. De betrokkene moet in vrijheid worden gesteld indien er geen uitspraak over het verzoekschrift is gedaan binnen die termijn van vijf dagen, eventueel verlengd ingevolge een uitstel van de zaak op verzoek van de betrokkene bij toepassing van artikel 32 Voorlopige Hechteniswet.

In de zaak die tot het besproken arrest heeft geleid, verzocht de raadsman van de betrokkene, die hoger beroep had aangetekend tegen een hem veroordelend vonnis van de correctionele rechtbank, dat hij in afwachting van de behandeling door het hof van beroep voorlopig in vrijheid zou worden gesteld. De raadsman van de betrokkene had het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling evenwel niet fysiek ter griffie van het hof van beroep neergelegd (zoals voorgeschreven door artikel 27, § 3, eerste

³⁴ Krachtens het voormelde artikel 2, derde lid, Wet Verzachtende Omstandigheden, opgeheven door artikel 121 wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, dat echter door arrest 148/2017 van het Grondwettelijk Hof van 21 december 2017 werd vernietigd.

³⁵ Ingevolge het collectief misdrijf vormen twee misdrijven slechts één misdrijf en is het bijgevolg ondenkbaar dat de verzachtende omstandigheden die voor één feit worden aangenomen, niet voor het tweede worden aangenomen. Wat betreft dat begrip “één enkel strafbaar feit” en de gevolgen ervan volgens het Hof, uit het oogpunt van de bevoegdheid van de feitenrechter die een wanbedrijf herkwalificeert als misdaad, zie Cass. 9 januari 1980, AC 1980, nr. 279, en de noot onder deze publicatie, P. MORLET, “Changement de qualification – Droits et devoirs du juge”, *RDPC* 1990, 583-584.

lid, Voorlopige Hechteniswet), maar had dit verzoekschrift elektronisch via *e-Deposit* neergelegd. In de bestreden beslissing wijst hof van beroep het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling af als niet ontvankelijk bij gebrek aan een fysieke, handgeschreven handtekening.

Het Hof gaat niet in op dat laatste punt, dat het voorwerp uitmaakt van het aangevoerde middel³⁶. Het antwoord op de vraag naar het vereiste van een handtekening bij de neerlegging van een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling via *e-Deposit* is immers maar aan de orde in zoverre vaststaat dat een dergelijk verzoekschrift inderdaad via *e-Deposit* op een ontvankelijke wijze *kon* worden neergelegd. De vraag naar die mogelijkheid wordt met het besproken arrest negatief beantwoord.

De toepassing van *e-Deposit* op het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling wordt door het Hof nochtans niet *a priori* uitgesloten. Het Hof brengt integendeel zijn eerdere rechtspraak in herinnering volgens welke een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling vereist dat het verzoek wordt geformuleerd in een van de verzoeker of zijn raadsman uitgaand geschrift dat op de griffie wordt ingediend of ontvangen³⁷, in voorkomend geval per faxbericht³⁸, “*ofwel dat het verzoekschrift aan de griffie wordt meegedeeld door middel van een informaticasysteem zoals bedoeld in artikel 32ter Gerechtelijk Wetboek*”³⁹.

Artikel 32ter, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat (onder meer) “*elke neerlegging bij de hoven of rechtbanken*” kan gebeuren door middel van het informaticasysteem van Justitie dat door de Koning wordt aangewezen. Volgens artikel 1, 2°, koninklijk besluit van 16 juni 2016 houdende de elektronische communicatie overeenkomstig artikel 32ter van het Gerechtelijk Wetboek (hierna: *KB Elektronische Communicatie*) wordt het *e-Deposit* systeem aangewezen als het informaticasysteem van Justitie bedoeld in die bepaling. Het KB Elektronische Communicatie werd inmiddels reeds gewijzigd bij besluiten van 9 oktober 2018 en van 29 september 2021.

De bepalingen van het KB Elektronische Communicatie impliceren niet *ipso facto* dat het *e-Deposit* systeem ook daadwerkelijk operationeel is voor de erin bedoelde communicatie en diensten. Het concreet operationeel maken van het *e-Deposit* systeem vergt immers technische aanpassingen, wat door het KB Elektronische Communicatie aan de Minister wordt overgelaten. Volgens artikel 10, § 1, KB Elektronische Communicatie kan de Minister immers bepalen ten aanzien van welke

³⁶ Zie over dit punt L. EVENS, “*Signed, sealed and delivered: over de handtekening in het strafrecht*”, noot onder KI Antwerpen 11 mei 2021, *Limb.Rechtsl.* 2022, 72-80.

³⁷ Zie over de ontvangst ter griffie Cass. 28 januari 2014, AC 2014, nr. 75; Cass. 26 november 2019, AC 2019, nr. 629, JT 2020, 82, noot M. REGOUT.

³⁸ Zie over de neerlegging van het verzoekschrift per fax Cass. 3 september 2019, AC 2019, nr. 432, T. *Strafr.* 2020, 60, noot L.D., JT 2020, 82, noot M. REGOUT.

³⁹ Cass. 31 januari 2023, [P.23.0102.N](#), [ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230131.2N.12](#). In dat laatste arrest werd verder ook geoordeeld dat het versturen van een e-mailbericht naar de griffie niet kan worden beschouwd als een verzoekschrift dat wordt ingediend of ontvangen op de griffie in de zin van artikel 27, § 3, eerste lid, Voorlopige Hechteniswet, noch als een neerlegging door middel van een informaticasysteem zoals bedoeld in artikel 32ter Gerechtelijk Wetboek, ongeacht de omstandigheid dat een dergelijk informaticasysteem nog niet operationeel is voor de indiening van een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling op de desbetreffende griffie.

gebruikers en vanaf wanneer het bewuste systeem in werking zal worden gesteld “naargelang de terbeschikkingstelling van de nodige technische middelen”. Dit is gebeurd door het ministerieel besluit van 20 juni 2016⁴⁰, dat sindsdien al enkele keren werd gewijzigd⁴¹.

De mogelijkheid voor de Koning om het materiële en het temporele toepassingsgebied van het *e-Deposit* systeem gefaseerd te laten verlopen, vloeit voort uit de wet. Immers bepaalt artikel 32ter, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek dat de Koning de nadere regels dient te bepalen van het in het eerste lid bedoelde informaticasysteem. De loutere vaststelling dat het *e-Deposit* systeem wordt aangewezen als het informaticasysteem van Justitie, heeft dus niet noodzakelijk tot gevolg dat de neerlegging via het *e-Deposit* systeem van welk (proces)stuk dan ook bij de hoven of rechtbanken regelmatig is: dat laatste is afhankelijk van het voormelde uitvoeringsbesluit (KB Elektronische Communicatie), dat in de mogelijkheid dient te voorzien om het desbetreffende (proces)stuk via *e-Deposit* in te dienen. De omstandigheid dat de neerlegging via *e-Deposit* van een bepaald (proces)stuk feitelijk mogelijk is doordat ingevolge het ministerieel besluit van 20 juni 2016 de elektronische neerlegging ervan technisch kan worden verricht, is hierbij niet van doorslaggevend belang, in die zin dat een regelmatige neerlegging via *e-Deposit* van een bepaald (proces)stuk hoe dan ook veronderstelt dat dit door het KB Elektronische Communicatie wordt voorzien.

Volgens artikel 6, eerste lid, KB Elektronische Communicatie, dat verwijst naar artikel 1, 2°, van datzelfde besluit, is de elektronische communicatie via het *e-Deposit* systeem van toepassing op de communicatie op elektronische wijze met betrekking tot de neerlegging van verzoekschriften op tegenspraak, gezamenlijke verzoekschriften, verzoekschriften tot hoger beroep, eenzijdige verzoekschriften en proceshandelingen gericht aan de rechter in de loop van de procedure, conclusies, memories en stukken, alsmede de begeleidende brieven bij de conclusies, memories en stukken in de zin van artikel 736 e.v. Gerechtelijk Wetboek, en dit zowel in burgerlijke zaken als in strafzaken. In de gevallen waarbij *in strafzaken* bv. conclusies ter griffie moeten worden ingediend (nl. wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 152, § 1, Wetboek van Strafvordering of artikel 4, zesde en tiende lid, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering), kan die neerlegging dus ook gebeuren via het *e-Deposit* systeem, althans in zoverre dit door het ministerieel besluit van 20 juni 2016 technisch mogelijk werd gemaakt, wat voor de hoven van beroep, ook in strafzaken, thans reeds het geval is.

Evenwel somt artikel 1, 2°, KB Elektronische Communicatie op een exhaustieve wijze de *verzoekschriften* op die via *e-Deposit* kunnen worden ingediend (zie hoger). Die opsomming is, ongeacht de verwijzing in het voormelde artikel 1, 2°, naar “*burgerlijke en strafzaken*”, duidelijk op de maat gesneden van verzoekschriften in de *burgerlijke procedure*. Verzoekschriften tot voorlopige invrijheidstelling in de zin van artikel 27 Voorlopige Hechteniswet worden niet in die bepaling vermeld, terwijl uit het verslag aan de Koning bij het KB Elektronische Communicatie en bij de wijzigende besluiten van 9 oktober 2018 en van 29 september 2021 evenmin kan

⁴⁰ Ministerieel besluit van 20 juni 2016 “tot bepaling van de inwerkingstelling van het *e-Box* netwerk en het *e-Deposit* systeem, zoals bedoeld in artikel 10 koninklijk besluit van 16 juni 2016 houdende de elektronische communicatie overeenkomstig artikel 32ter van het Gerechtelijk Wetboek”.

⁴¹ Namelijk bij ministerieel besluit van 9 oktober 2018 en bij ministerieel besluit van 9 maart 2022.

worden afgeleid dat dit (thans reeds) de bedoeling zou zijn geweest. Het Hof merkt in dit verband terloops op dat een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling strekt tot opheffing van de voorlopige hechtenis na de afsluiting van het gerechtelijk onderzoek en een beslissing binnen vijf dagen na de neerlegging ervan vereist, wat ingevolge die korte termijn een bijzondere organisatie van de griffiediensten vergt. De mogelijkheid tot het indienen van een dergelijk verzoekschrift via *e-Deposit* is dan ook bijzonder ingrijpend voor de werking en organisatie van die diensten, zodat die mogelijkheid ondubbelzinnig moet blijken uit het bij toepassing van artikel 32ter, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek te nemen uitvoeringsbesluit.

Op grond hiervan oordeelt het Hof dat een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling *in de huidige stand van de regelgeving* niet op een ontvankelijke wijze kan worden ingediend via het *e-Deposit* systeem, zodat het middel, dat ervan uitging dat dit wél mogelijk is, naar recht faalt. Vanzelfsprekend zal er geen beletsel zijn voor de indiening van een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling via *e-Deposit* van zodra het uitvoeringsbesluit daarin voorziet. Dat was op het ogenblik van het besproken arrest (nog) niet het geval.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231227.2N.3](#))

Straf en strafuitvoering

Verbeurdverklaring van een informaticasysteem – Artikelen 42, 1^o, en 43, eerste lid, Strafwetboek – Artikelen 8 EVRM en 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM – Recht op privéleven en op eigendom – Teruggave van digitale bestanden – Kopie – Vereisten

Arrest van 7 februari 2023 ([P.22.1492.N](#)) met conclusie advocaat-generaal B. De Smet

De beklaagde in deze zaak had met een verborgen camera stiekem beeldopnamen van pornografische aard gemaakt van zijn destijds minderjarige stiefdochter en de beelden opgeslagen in een digitale map op zijn desktop (die map bevond zich blijkbaar op de zevende van negen interne harde schijven waarmee de computer was uitgerust).

De beklaagde werd in eerste aanleg onder meer veroordeeld wegens misbruik van een elektronisch communicatienetwerk (art. 145, § 1, wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie). Zijn desktop werd, als zaak die werd gebruikt om het misdrijf te plegen, verbeurdverklaard, zoals verplicht door de artikelen 42, 1^o, en 43, eerste lid, Strafwetboek.

In hoger beroep betwistte de beklaagde de verbeurdverklaring van zijn ganse desktop omdat de beelden die door het misdrijf werden opgeleverd, enkel op één van de interne harde schijven van de desktop waren opgeslagen en meer bepaald in één digitale map op die specifieke harde schijf aangemaakt. De beklaagde vroeg dus om de overige harde schijven, waarop persoonlijke gegevens waren opgeslagen die geen verband hielden met enig misdrijf, niet verbeurd te verklaren en ze terug te geven. De appelrechters verwierpen dat verweer en bevestigden de verbeurdverklaring van de integrale desktop. Zij achtten die verbeurdverklaring, rekening houdend met onder meer de aard van de feiten, niet disproportioneel met het recht op privéleven en op eigendom van de beklaagde.

De kernvraag in deze is wat moet worden verstaan onder “zaken” in de zin van artikel 42, 1°, Strafwetboek. Het spreekt voor zich dat de strafwetgever bij de invoering van deze bepaling geen informaticacontext voor ogen had, in het kader waarvan er een onderscheid kan bestaan tussen een verschijningsvorm zoals een met een toestel opgenomen beeld en het materiële voorwerp met behulp waarvan die verschijningsvorm tot uitdrukking wordt gebracht (een computer, een harde schijf, een moederbord, etc.). Laat staan dat de wetgever had gedacht aan het bestaan van een *cloud*, waarbij de eigendom van het voorwerp of een deel ervan (bv. een server beheerd door een *cloud*dienst) en de eigendom van de verschijningsvorm (bv. een digitaal beeld) kan zijn opgedeeld tussen verschillende personen, in zoverre er contractueel of ingevolge de toepassing van intellectuele eigendomsrechten al sprake kan zijn van eigendom in de strikte zin van het woord. Die technische evolutie is, behoudens voor wat betreft een aantal aspecten inzake het strafonderzoek (bv. artt. 39bis-39quinquies W.Sv.), nog niet in de strafwetgeving doorgedrongen. Die evolutie stelt de rechtspraak dan ook voor uitdagingen, en dat niet enkel in België.

Zo kan worden verwezen naar een arrest van het Gerechtshof te Den Haag van 3 mei 2018, waarbij eveneens de teruggave (zij het in een beslagcontext) aan de orde was van niet-strafbare gegevensbestanden die zich bevonden op een in beslag genomen gegevensdrager waarop ook kinderpornografische gegevensbestanden waren opgeslagen⁴². Het Gerechtshof vertrekt van de premisse dat de Nederlandse wetssystematiek zoals van toepassing alsnog geen expliciete juridische grondslag biedt om gegevens los te zien van de in beslag genomen gegevensdrager waarop zij zich bevinden, zodat slechts voorwerpen (*in casu* de laptop) als geheel vatbaar zijn voor beslag en teruggave. Dit zou tot gevolg hebben dat een rechter zich niet zou kunnen uitspreken over de belangen van de verdachte of een derde belanghebbende bij het behoud van de zich eventueel op de gegevensdrager bevindende andere gegevensbestanden die een legaal karakter hebben. Ook stelt het Gerechtshof vast dat de oude wetgever zich geen rekenschap heeft kunnen geven van de stormachtige maatschappelijke en technologische ontwikkelingen met betrekking tot gegevensopslag, waarbij zowel de opslagcapaciteit per gegevensdrager als het gebruik en de afhankelijkheid van digitale gegevens in de maatschappij enorm zijn toegenomen. Verder verwijst het Gerechtshof naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, op grond waarvan de inbeslagname van een gegevensdrager in zijn geheel weliswaar niet per definitie een schending van artikel 8 EVRM uitmaakt, maar er wel een onderscheid moet worden gemaakt tussen relevante en irrelevante informatie en dit onder een effectief rechterlijk toezicht (o.a. EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, *Prezhdarovi t. Bulgarije*). Op grond hiervan acht het Gerechtshof zich bevoegd om in het kader van een concrete belangenafweging over te gaan tot een nader onderzoek naar inzonderheid de evenredigheid van het in beslag houden van de teruggevraagde gegevensbestanden met de aan de orde zijnde strafvorderlijke vereisten. Ten slotte duidt het Gerechtshof aan welke aspecten het voor die belangenafweging pertinent acht en stelt het de zaak in voortzetting voor een

⁴² Rolnummer 22-000548-17, *ECLI:NL:GHDHA:2018:1074*.

nader onderzoek daaromtrent. Dit arrest⁴³ vormde een van de inspiratiebronnen voor het Hof.

Het Hof neemt dan ook een genuanceerd standpunt in. Eensdeels moet hier wel degelijk de ganse desktop met alle toebehoren worden verbeurdverklaard, omdat een desktop enkel kan dienen tot het doel waarvoor hij bestemd is met behulp van alle componenten die de werking ervan verzekeren, zonder dat de rechter een informaticadeskundige moet zijn of moet overgaan tot technische detailonderzoeken. Ook pakweg een voertuig dat als instrument voor een misdrijf heeft gediend, moet in zijn geheel worden verbeurdverklaard, zonder uitzondering voor pakweg de passagierszetel waarop voor de gelegenheid niemand heeft plaatsgenomen (maar eventueel wel met uitzondering voor het kinderspeelgoed in de koffer). Het Hof gaat op grond van eenzelfde logica evenmin in op het argument dat de digitale beelden moeten worden onderscheiden van de harde schijf waarop zij zich bevinden of dat enkel de digitale map waarin de beelden zijn opgeslagen, voor verbeurdverklaring in aanmerking komt. Anderdeels erkent het Hof wel, via een evolutieve interpretatie van de artikelen 42, 1°, en 43, eerste lid, Strafwetboek, aan de hand van de artikelen 8 EVRM en 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM, dat in de huidige technische en maatschappelijke context een beklagde onevenredig kan worden geschaad in zijn recht op privéleven en op eigendom wanneer de verbeurdverklaring van het ganse informaticasysteem botweg tot gevolg heeft dat aan de beklagde ook onschuldige, maar voor hem belangrijke en unieke privébestanden worden ontnomen. In dat geval heeft de beklagde weliswaar geen recht op een (gedeeltelijke) niet-verbeurdverklaring van het informaticasysteem (dat blijft namelijk een verplichte straf voor wat betreft het gehele systeem), maar wel op de (naar redelijke maatstaven risicoloos bevonden) teruggave van een digitale kopie van de bestanden die hem professioneel of privé nauw aan het hart liggen. Verder geeft het Hof een aantal richtlijnen over hoe de werkbaarheid van die teruggave eruit moet zien⁴⁴. Het spreekt voor zich dat de feitenrechter daarover in redelijkheid moet oordelen, wat hij in principe onaantastbaar doet, maar wel onder het marginale toezicht van het Hof.

Het bestreden arrest dat de door het Hof vooropgestelde afwegingen niet heeft gemaakt, wordt gecasseerd. Die cassatie blijft beperkt tot de betwiste beslissing over de verbeurdverklaring.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230207.2N.9\)](#)

⁴³ Zie ook de commentaar in D.A.G. VAN TOOR en D. VAN OS, “Partiële of geschoonde teruggave van gegevensdragers. Naar een gemoderniseerde beslagregeling voor elektronische gegevensdragers”, *TBS&H* 2020, nr. 5

⁴⁴ Zie daarover, alsmede in verband met andere interessante beschouwingen in de marge van het arrest: F. VERBRUGGEN en E. VANDEBROEK, “Ze werken op mijn systeem: afgrenzing van de verplichte verbeurdverklaring van informaticasystemen als middel en/of van de gegevens erin”, noot onder Cass. 7 februari 2023, *NC* 2023, 294-299.

1. Verbeurdverklaring van een vermogensvoordeel rechtstreeks voortkomend uit sluiwerk – Bedrag

2. Materiële bestanddelen van het misdrijf actieve omkoping – Aanbod dat aan een tussenpersoon maar niet aan de ambtenaar is bezorgd

Arrest van 8 februari 2023 ([P.22.1021.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal M. Nolet de Brauwere

Dit arrest is belangwekkend op meerdere gebieden.

1. Een beklaagde was veroordeeld wegens overtreding van de wet van 6 juli 1976 tot beteugeling van het sluiwerk met handels- of ambachtsskarakter, die sluiwerk zoals gedefinieerd in artikel 2 verbiedt.

Het misdrijf werd niet betwist en de beklaagde had verklaard dat een aanzienlijke geldsom die in zijn bezit werd aangetroffen, voortkwam uit die illegale activiteit, in dit geval de exploitatie van een clandestiene carrosseriewerkplaats. Het openbaar ministerie had de verbeurdverklaring van dat hele bedrag gevorderd, op grond dat het ging om een vermogensvoordeel dat rechtstreeks uit het misdrijf sluiwerk was verkregen. Het hof van beroep oordeelde dat het geen gevolg kon geven aan die vorderingen, aangezien uit het onderzoek niet was gebleken welk gedeelte van het in beslag genomen bedrag bestond uit belastingen en socialezekerheidsbijdragen die de beklaagde via de illegale uitvoering van zijn werk had kunnen uitsparen.

Op het cassatieberoep van het openbaar ministerie vernietigt het Hof het bestreden arrest. Het oordeelt dat *“overeenkomstig artikel 2, § 1, wet van 6 juli 1976, onder sluiwerk wordt verstaan het werk dat het voorwerp kan zijn van een beroep behorend tot het ambachtswezen, de handel of de industrie en dat niet in ondergeschikt verband wordt verricht door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die ofwel niet is ingeschreven in het ambachts- of handelsregister, ofwel de wettelijke voorschriften inzake vergunning, verzekeringsplicht of inschrijving in verband met de uitoefening van dit beroep overtreedt, voor zover dat werk hetzij door zijn omvang en zijn technische aard, hetzij door zijn frequentie, hetzij door het aanwenden van materieel of werktuigen, een specifiek professioneel karakter heeft”*, en leidt hieruit af dat *“de inkomsten die zijn ontvangen uit het misdrijf dat erin bestaat een dergelijk werk te hebben uitgevoerd, rechtstreeks daaruit voortvloeiende vermogensvoordelen vormen”*.

Het Hof oordeelt dus dat sluiwerk op zich verboden is, ongeacht de aard van de uitgeoefende activiteit: de omstandigheid dat die activiteit op zich niet verboden zou zijn (bijvoorbeeld: werken in de bouwsector, het herstellen van auto's), is dus niet van belang. De uit dat misdrijf verkregen vermogensvoordelen die in beslag genomen mogen worden, zijn bijgevolg niet beperkt tot de belastingen of socialezekerheidsbijdragen die dankzij de illegaliteit van de feiten werden uitgespaard. Het gehele bedrag van de hieruit verkregen inkomsten kan in beslag worden genomen. Vanuit dit oogpunt bestaat er geen verschil tussen sluiwerk en, bijvoorbeeld, de handel in verdovende middelen.

Wat de verbeurdverklaring betreft, zij wordt in die aangelegenheid bevolen op grond van de artikelen 42, 3°, en 43bis Strafwetboek, die van toepassing zijn op het misdrijf dat voortvloeit uit een bepaalde wet, overeenkomstig artikel 100 Strafwetboek.

Uit dit arrest kan nog een tweede les worden getrokken.

Eenzijds kunnen dergelijke sommen tijdens het onderzoek in beslag worden genomen, ook per equivalent, overeenkomstig de artikelen 35 e.v. Wetboek van Strafvordering.

Anderzijds zullen die illegale inkomsten als ze werden gemanipuleerd op één van de in artikel 505, eerste lid, 2° tot 4°, Strafwetboek bedoelde wijzen, het voorwerp kunnen uitmaken van een telastlegging van witwaspraktijken.

2. In dezelfde zaak werd een beklagde vervolgd wegens poging tot omkoping van een politieagent.

Hij had daartoe een derde, die overigens werd veroordeeld wegens passieve omkoping in het voordeel van andere beklagden, opgedragen om contact op te nemen met de politieagent en hem een bepaalde geldsom aan te bieden in ruil voor het opstellen van een vals stuk. Het was niet bewezen dat het aanbod aan zijn bestemming kon worden bezorgd. De beklagde betwistte zijn veroordeling wegens actieve omkoping op grond dat, volgens hem, het in artikel 246, § 2, Strafwetboek bedoelde misdrijf vereist dat het voorstel de ambtenaar moet hebben bereikt.

Het Hof van Cassatie verwerpt dat middel omdat het faalt naar recht: het Hof oordeelt dat het misdrijf actieve omkoping is voltrokken zodra het aanbod is gedaan, zelfs als dat geschiedt via een tussenpersoon die het aanbod ter kennis van de ambtenaar moet brengen en dat voorstel vervolgens nooit aan de bestemming zou zijn bezorgd⁴⁵.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230208.2F.4\)](#)

Sociaal recht

Sociale zekerheid van werknemers – Voorwaarden voor de toekenning en het behoud van het recht op werkloosheidsuitkering – Arbeidsgeschiktheid – Werkloze die zichzelf ongeschikt verklaart zonder vermelding op de controlekaart van de letter “Z” – Advies van de controlearts – Gevolgen in de tijd van de beslissing van de directeur van het werkloosheidsbureau

Arrest van 12 juni 2023 ([S.21.0014.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal H. Mormont

De artikelen 60 tot 62 Werkloosheidsbesluit⁴⁶ handelen over arbeidsgeschiktheid als voorwaarde voor de toekenning van de werkloosheidsuitkeringen. Krachtens artikel 60 moet de werknemer, om uitkeringen te kunnen genieten, arbeidsgeschikt zijn in de zin van de wetgeving op de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. Artikel 61 somt vervolgens meerdere gevallen op waarin uitkeringen worden ontvangen wegens

⁴⁵ Zie met name D. FLORE, “La corruption” in H.D. BOSLY en C. DE VALKENEER, *Les infractions*, I, *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2016, 393.

⁴⁶ Koninklijk besluit van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering (“Werkloosheidsbesluit”).

een arbeidsongeschiktheid en die zich, behoudens afwijking, tegen de toekenning van werkloosheidsuitkeringen verzetten. Ten slotte bepaalt artikel 62, § 1, eerste lid, dat de werknemer geen uitkeringen kan genieten wanneer hij, op advies van de voor het werkloosheidsbureau aangewezen geneesheer, overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 141, door de directeur wordt beschouwd als ongeschikt tot werken, waarbij de beslissing van laatstgenoemde uitwerking heeft de dag volgend op de afgifte ter post van de brief waarbij de beslissing ter kennis van de werkloze wordt gebracht.

Tegen deze achtergrond moet voorsnog de draagwijdte van voornoemd artikel 60 worden bepaald.

Het is het een of het ander: ofwel kan dit artikel autonoom worden toegepast, ofwel moet het samen gelezen worden met de daaropvolgende bepalingen, zodat de uitsluiting van een werknemer van het voordeel van de werkloosheidsuitkeringen veronderstelt dat voldaan is aan een van de in artikel 61 bedoelde gevallen voor het ontvangen van uitkeringen of dat de ongeschiktheid wordt vastgesteld voor de toekomst via het in artikel 62 bedoelde geneeskundig onderzoek.

De zaak die tot het arrest van 12 juni 2023 van het Hof heeft geleid, illustreert de praktische gevolgen van dit debat. In dit geval had de verweerder in cassatie bij de *Office wallon de la formation professionnelle et de l'emploi* (FOREM), in het kader van het toezicht op zijn beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt, medische attesten ingediend voor de tijdvakken tussen 4 januari 2016 en 30 april 2018. Voor die tijdvakken had hij echter niet de vermelding “Z” op zijn controlekaart aangebracht. Bijgevolg werden hem werkloosheidsuitkeringen betaald, zonder dat hij uitkeringen van zijn verzekeringsinstelling voor geneeskundige verzorging en uitkeringen ontving. Wanneer de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening door de FOREM werd ingelicht over het bestaan van de medische attesten waaruit de arbeidsongeschiktheid bleek, besliste zij, enkel op grond van die attesten en zonder verder onderzoek, om de door de verweerder voor de betrokken tijdvakken ontvangen werkloosheidsuitkeringen terug te vorderen. Uit juridisch oogpunt is een dergelijke terugvordering van de uitkeringen met terugwerkende kracht enkel te verantwoorden als men uitgaat van de autonome toepassing van artikel 60 Werkloosheidsbesluit. Die terugvordering is verboden als, integendeel, beschouwd moet worden dat artikel 60 slechts een algemene bepaling is die ingevolge de artikelen 61 en 62 wordt toegepast. In dat geval had de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening immers de in artikel 62, § 1, bepaalde procedure moeten toepassen: haar beslissing moest gebaseerd zijn op de uitkomst van het geneeskundig onderzoek en kon, krachtens de laatste zin van het eerste lid van die bepaling, slechts voor de toekomst gevolgen hebben. Hierin schuilt de werkelijke inzet van het debat: kan de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, wanneer de werknemer zichzelf arbeidsongeschikt verklaart, hem in dat geval de niet-terugwerkende kracht van artikel 62, eerste lid, ontzeggen en, bijgevolg, de bedragen terugvorderen die ze hem heeft toegekend? Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie aangeeft⁴⁷, is deze vraag slechts relevant indien de werknemer zijn ziekte niet aangeeft door op zijn controlekaart de vermelding “Z” aan te brengen. In het tegenovergestelde geval vraagt de werknemer geen werkloosheidsuitkeringen aan en

⁴⁷ Zie conclusie van advocaat-generaal H. MORMONT vóór het becommentarieerd arrest, 4, nr. 9.

ontvangt hij er ook geen: de mogelijke uitsluiting, met terugwerkende kracht, van de werknemer door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening komt dus niet ter sprake.

In verschillende artikelen van het Werkloosheidsbesluit wordt uitgegaan van het beginsel van een voorwaarde voor het recht op de werkloosheidsuitkeringen die enkel kan worden toegepast en enkel tot de weigering of de terugvordering van uitkeringen kan leiden volgens welbepaalde modaliteiten die in andere bepalingen zijn vastgelegd. Dit geldt onder meer voor de artikelen 44 en 51 en volgende voor de voorwaarde van de onvrijwillige aard van de werkloosheid.

De bewoordingen van de artikelen 60 tot 62 kunnen op beide manieren worden uitgelegd. De rechtspraak is eerder van mening dat het eerstgenoemde artikel niet onafhankelijk van de daaropvolgende artikelen kan worden toegepast. In dat verband schrijven M. Jourdan en S. Remouchamps dat “[l]’avis médical est préalable et obligatoire [...]”. *Ce caractère obligatoire permet de poser la question de la validité d’une décision administrative prise quant à l’aptitude, sans recours à l’avis préalable du médecin-conseil*⁴⁸. De weinige rechtspraak hierover – wat allicht wijst op een kwestie die in de praktijk weinig wordt besproken – is het doorgaans erover eens dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de arbeidsongeschiktheid enkel kan vaststellen met inachtneming van de in de artikelen 62 en 141 vastgelegde procedure⁴⁹. Het bestreden arrest van het arbeidshof te Luik illustreert deze tendens om voor de continuïteit van de sociale bescherming te kiezen. De appelrechters hebben geoordeeld dat “[de] RVA, ten onrechte, enkel op grond van de voormelde medische attesten heeft geoordeeld dat [de verweerder], voor de in de bestreden beslissing vermelde tijdvakken, ongeschikt was in de zin van artikel 60 Werkloosheidsbesluit. Bij gebrek aan een voorafgaand medisch advies, overeenkomstig artikel 62 Werkloosheidsbesluit, is de ongeschiktheid [van de verweerder] voor de in de litigieuze beslissing bedoelde tijdvakken niet aangetoond”. Het standpunt dat aldus in de rechtsleer en de rechtspraak wordt verkondigd, komt tegemoet aan de bekommernis van de wetgever om de continuïteit van het vervangingsinkomen te verzekeren⁵⁰. Die bekommernis uit zich op verschillende plaatsen in de reglementering en door, zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie

⁴⁸ Zie M. JOURDAN en S. REMOUCHAMPS, “La prise en compte de l’état de santé du chômeur dans la réglementation de l’assurance-chômage dans La réglementation du chômage” in J.-F. NEVEN en S. GILSON (eds.), *La réglementation du chômage: vingt ans d’application de l’arrêté royal du 25 novembre 1991*, Waterloo, Kluwer, 2011, 243. Zie ook P. PALSTERMAN, “L’incapacité de travail des travailleurs salariés. Approche transversale” in M. DAVAGLE (ed.), *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthemis, 2018, 27; J.-F. FUNCK en L. MARKEY, “Chômage” in *Guide social permanent*, IV, *Droit de la sécurité sociale: commentaire*, Mechelen, Kluwer, 2019, deel I, boek IV, titel III, hfdst. V, nr. 190.

⁴⁹ Zie Arbh. Brussel, 2 september 2015, AR 2013/AB/79, ongepubl.; Arbh. Luik, 5 maart 2020, *Sem. soc.* 2022, 37; Arbh. Luik, 6 mei 2003, AR 7125/2002, ongepubl. Zie *contra*, Arbh. Brussel, 22 december 2016, AR 2015/AB/754, ongepubl.: de artikelen 62 en 141 zijn niet van toepassing wanneer de werkloze zichzelf arbeidsongeschikt verklaart.

⁵⁰ Zie, m.n., over die wil van de wetgever, V. DE GREEF, “L’activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l’assurance chômage”, *RDS* 2016, 264; L. MARKEY, *Études pratiques de droit social*, vol. 1, *Le chômage: conditions d’admission, conditions d’octroi et indemnisation*, Waterloo, Kluwer, 2017, 412.

beklemtoont⁵¹, in de omschrijving van de arbeidsongeschiktheid naar de wetgeving op de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering te verwijzen.

Op het cassatieberoep van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening beslist het Hof, dat niet nalaat die doelstelling van de teksten te preciseren, dat uit de artikelen 60, 61, § 1, § 2 en § 3, 62, § 1, eerste lid, en 141 Werkloosheidsbesluit volgt dat “*de werknemer die niet onder de gevallen van uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkeringen valt, zoals bepaald in artikel 61, § 1, § 2 en § 3, Werkloosheidsbesluit, en die op zijn controlekaart geen melding maakt van de letter ‘Z’, waarmee hij verklaart geen uitkeringen aan te vragen, overeenkomstig artikel 62, § 1, enkel wegens arbeidsongeschiktheid kan worden uitgesloten van het recht op werkloosheidsuitkeringen op advies van de voor het werkloosheidsbureau aangewezen geneesheer, waarbij de beslissing van de directeur uitwerking heeft voor de toekomst*”. Aldus sluit het Hof zich bij de overheersende rechtsleer en rechtspraak aan en verwerpt het de theorie van het autonoom karakter van artikel 60 Werkloosheidsbesluit.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230612.3F.16\)](#)

Gerechtigd recht

Arrest van de Raad van State dat een beroep tot nietigverklaring verwerpt – Gezag van gewijsde

Arrest van 6 maart 2023 ([C.22.0128.N](#)) met conclusie van advocaat-generaal H. Vanderlinden

In een arrest van 6 maart 2023 klaart het Hof enkele aspecten uit van het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State ten aanzien van de burgerlijke rechter.

Een onderneming liep een overheidsopdracht mis omdat ze, hoewel ze de laagste inschrijver was, bepaalde vereiste attesten niet had overgelegd. Voor de Raad van State vroeg ze de vernietiging van de overheidsbeslissing omdat de vereiste attesten niet wettig zouden kunnen worden gevraagd in het licht van het toen toepasselijke artikel 19 koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Lopende de administratieve procedure leidde de onderneming ook een procedure voor de burgerlijke rechter in om van de overheid schadevergoeding te verkrijgen.

De Raad van State oordeelde op 30 juni 2011 dat er geen onwettigheid kleefde aan de vereiste van attestering vanuit de optiek van voormeld artikel 19. Op burgerrechtelijk vlak oordeelde de appelrechter, in lijn met de eerste rechter, dat de vordering tot schadevergoeding geënt was op het vraagstuk van de rechtmatigheid en rechtsgeldigheid van de vereiste attestering, waaromtrent de Raad van State al oordeelde. Met verwijzing naar het Gerechtigd Wetboek oordeelde de appelrechter dan ook dat dezelfde betwisting niet nogmaals voor de burgerlijke rechter kon worden gebracht zonder het aan de beslissing van de Raad van State verbonden gezag van

⁵¹ Zie conclusie van advocaat-generaal H. MORMONT vóór het becommentarieerd arrest, p. 3, nr. 7.

gewijsde te miskennen. Daaraan deed volgens hem geen afbreuk dat met betrekking tot het geschil bepaalde andere middelen konden worden ingeroepen die niet aan het oordeel van de Raad van State waren onderworpen. Het geschilpunt bleef volgens de appelrechter definitief door de Raad van State beoordeeld.

De onderneming ging in haar enige cassatiemiddel uit van de vooronderstelling dat de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling of de overheid een fout beging door een onwettige bestuurshandeling te stellen, geenszins werd beperkt door wat de Raad van State in een verwerpingsarrest ter zake besliste. Als een verwerpingsarrest al gezag van gewijsde kent, dan zou dat slechts betrekkelijk zijn, in die zin dat het enkel zou spelen indien dezelfde partijen nogmaals voor de Raad van State de reeds aangevoerde middelen voordragen. Bovendien zou dergelijk gezag van gewijsde niet steunen op de artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek, maar wel op een algemeen rechtsbeginsel van administratief recht. Daarenboven zou het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest niet spelen gelet op het verschil in voorwerp en oorzaak van een vordering voor de burgerlijke rechter respectievelijk de Raad van State. Tot slot zou het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest niet verhinderen dat de burgerlijke rechter bepaalde “middelen” beoordeelt die door de Raad van State als laattijdig buiten de discussie waren gelaten.

Het Hof van Cassatie deelt de standpunten van de onderneming niet, op de grondslag van het gezag van gewijsde na, zodat het haar grieven die op deze standpunten steunen of voortbouwen, verwerpt.

Het Hof oordeelt in uitdrukkelijke bewoordingen dat een verwerpingsarrest van de Raad van State een relatief gezag van gewijsde kent. Daarmee slaat het Hof de weg in die zijn parket de wetgever in 2009 wees. Het parket stelde toen *de lege ferenda* voor om verwerpingsarresten van de Raad van State met een zeker gezag van gewijsde te bekleden om zo meer harmonie te scheppen in de opeenvolgende tussenkomsten van de Raad van State en de burgerlijke rechter, zodoende de rechtszekerheid voor de rechtzoekende (meer) te vrijwaren, en de verzaaging van de hoven en rechtbanken een dienst te bewijzen door de proceseconomie aan te scherpen⁵².

Het relatieve karakter ziet het Hof ruimer dan de klagende onderneming. In lijn met zijn rechtspraak uit 2015 oordeelt het Hof dat het relatief gezag van gewijsde zich uitstrekt tot de beslissing van de Raad van State omtrent de toepassing van eenzelfde rechtsnorm als deze die voor de Raad van State wordt aangevoerd op dezelfde feiten als deze die in een navolgend geding aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd⁵³. Hoewel een verwerpingsarrest van de Raad van State niet betekent dat de akte of het reglement foutloos is genomen of geen onwettigheid inhoudt, is de burgerlijke rechter dus wel gebonden door de beslissing van de Raad van State om een bepaalde voor haar opgeworpen onwettigheid te verwerpen, op voorwaarde dat aan de burgerlijke

⁵² Zie de *de lege ferenda*-voorstellen van het openbaar ministerie in E. DIRIX, M. DE SWAEF, P. LECROART en S. LIERMAN (eds.), *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2009*, Brussel, Larcier, 2010, 176-177.

⁵³ Cass. 14 december 2015, AC 2015, 2923, *JLMB* 2016, 1111, noot, *Pas.* 2015, 2860, met conclusie van advocaat-generaal J. GENICOT, *RCJB* 2018, 277, noot D. DELVAX.

rechter dezelfde feiten worden voorgelegd met de vraag om ze te beoordelen naar de rechtsnorm die de Raad reeds hanteerde⁵⁴.

Wat de grondslag betreft, treedt het Hof de klagende onderneming bij, zonder daarom de aangevochten beslissing te moeten vernietigen, gelet op de aangewende techniek van de substitutie van motieven. Het Hof preciseert dat het relatief gezag van gewijsde steunt op een administratiefrechtelijk algemeen rechtsbeginsel en niet op artikel 23 Gerechtelijk Wetboek. Het Hof bouwt daarmee voort op zijn eerdere rechtspraak inzake vernietigingsarresten van de Raad van State⁵⁵. De universeel erkende, dwingende maatschappelijke noodwendigheid dat aan alle procederen een einde moet komen (*lites finiri oportet*), ligt aan de basis van het gezag van gewijsde niet enkel in het subjectieve contentieux waaromtrent de burgerlijke rechter rechtsmacht geniet, maar ook in het objectieve contentieux waarbinnen de Raad van State rechtsmacht heeft. Artikel 23 Gerechtelijk Wetboek geeft voor het subjectief contentieux uitdrukking aan de voormelde noodwendigheid⁵⁶. Bij gebrek aan een wettelijke bepaling in die zin, komt binnen het objectieve contentieux een algemeen rechtsbeginsel aan deze noodwendigheid tegemoet.

Daarnaast verwerpt het Hof de voorziening in cassatie ook in zoverre de onderneming hekelt dat de appelrechter zich niet uitsprak over bepaalde “middelen” die door de Raad van State als laattijdig buiten de discussie waren gelaten. Voor het Hof zijn de “middelen” waarvan sprake vooreerst geen werkelijke middelen, maar wel argumenten ter ondersteuning van (een) middel(en). In dat licht schrijft het Hof dat het gezag van gewijsde van een verwerpingsbeslissing van de Raad stand houdt, ook al heeft die Raad voor zijn beslissing de voorgedragen argumenten niet beoordeeld. Advocaat-generaal Vanderlinden concludeerde eerder dat een vordering gesteund op een daadwerkelijk rechtsmiddel (en dus niet louter argumenten), waarover de Raad van State niet ten gronde oordeelde, op generlei wijze wordt gehinderd door een gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State⁵⁷.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230306.3N.6\)](#)

⁵⁴ Zie ook M. NIHOUL, “L’autorité de la chose jugée relative des arrêts de rejet du Conseil d’État devant le pouvoir judiciaire enfin affirmée?”, *APT* 2016, 714.

⁵⁵ Cass. 18 oktober 2013, *AC* 2013, 2145; Cass. 25 april 2013, *AC* 2013, 979, *Pas.* 2013, 939, met conclusie van advocaat-generaal T. WERQUIN; Cass. 6 februari 2009, *AC* 2009, 407; Cass. 21 juni 2004, *AC* 2004, 1149. Zie ook S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 219-221.

⁵⁶ P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 16-17 en 43.

⁵⁷ Conclusie advocaat-generaal H. VANDERLINDEN onder Cass. 6 maart 2023, [C.22.0128.N](#), [ECLI:BE:CASS:2023:CONC.20230306.3N.6](#).

Geschil over de beëindiging van een concessie van alleenverkoop – Rechtskeuzebeding – Arbitragebeding – Exceptie van rechtsmacht – Taak van de rechter – Artikelen X.35 tot en met X.40 WER – Beschermde belangen – Toepasselijkheid artikel 9.1 Rome I-verordening

Arrest van 7 april 2023 (C.21.0325.N) met conclusie van advocaat-generaal E. Herregodts

De besproken zaak betrof de beëindiging van een concessie van alleenverkoop toegestaan door een Oostenrijkse concessiegever aan een Belgische concessiehouder voor het Belgische grondgebied. De overeenkomst bevatte een rechtskeuzebeding voor het Oostenrijks recht en daarnaast ook een beding dat voorzag dat geschillen in verband met de overeenkomst door arbitrage in Oostenrijk beslecht zouden worden. Nadat de concessiegever de overeenkomst met onmiddellijke ingang had beëindigd, ging de concessiehouder over tot dagvaarding van de Oostenrijkse concessiegever voor de ondernemingsrechtbank te Antwerpen. De concessiehouder vorderde de veroordeling van de concessiegever tot betaling van een opzegvervangende vergoeding op grond van artikel X.36 WER, van een billijke bijkomende vergoeding op grond van artikel X.37 WER en van een schadevergoeding wegens oneerlijke marktpraktijken. De concessiegever beriep zich op het arbitragebeding en vroeg dat de rechtbank zich zonder rechtsmacht zou verklaren. Voor de rechtbank en nadien voor het hof van beroep te Antwerpen ontspoon zich een discussie over de geldigheid van het arbitragebeding. Bij het in cassatie bestreden arrest van 10 maart 2021 oordeelde het Antwerpse hof van beroep dat het geschil tussen de partijen krachtens de Belgische relevante rechtsregels, meer bepaald de artikelen 1676, § 1, en 1676, § 4, Gerechtelijk Wetboek en artikel X.39 WER, voor arbitrage in aanmerking kwam, dat het arbitragebeding geldig was en dat de Belgische rechtbanken bijgevolg geen rechtsmacht hadden om kennis te nemen van het geschil.

De Belgische concessiehouder stelde tegen deze beslissing cassatieberoep in. Met verwijzing naar een arrest van het Hof van 28 juni 1978⁵⁸ voerde hij aan dat artikel X.39 WER⁵⁹ tot doel heeft in alle gevallen aan de concessiehouder het recht te verzekeren zich op de bescherming van de Belgische wet te beroepen, tenzij hij daarvan heeft afgezien in een overeenkomst na de beëindiging van het contract, en dat wanneer een arbitragebeding in een overeenkomst van internationale concessie die bescherming aan de concessiehouder ontnemt, het beding ongeldig is of minstens geen uitwerking kan hebben. Door niet vast te stellen dat het op de overeenkomst toepasselijk verklaarde Oostenrijkse recht aan de concessiehouder een gelijkaardige bescherming biedt als de bescherming geboden door de Belgische wet, kon de appelrechter, zo betoogde de concessiehouder, niet wettig oordelen dat het arbitragebeding geldig was en schond hij de artikelen X.39 WER en 1676, §§ 1 en 4 Gerechtelijk Wetboek.

In zijn arrest van 7 april 2023 verwerpt het Hof dit standpunt. Het wijst vooreerst erop dat uit artikel 6.2, laatste lid, Europees Verdrag van 21 april 1961 inzake de internationale handelsarbitrage volgt dat de rechter voor wie een exceptie van

⁵⁸ Cass. 28 juni 1979, AC 1978-79, 1303, gekend onder de benaming *Audi-NSU*-arrest; zie eveneens de conclusie van toenmalig advocaat-generaal KRINGS voor dit arrest, gepubliceerd in *Pas.* 1979, I, 1260.

⁵⁹ Het vroegere artikel 4 wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop.

afwezigheid van rechtsmacht wordt opgeworpen, de arbitrage moet uitsluiten wanneer het geschil krachtens alle relevante rechtsregels van de *lex fori* niet aan de rechtsmacht van de nationale rechter mag worden onttrokken. De vraag rees dus of de Belgische relevante rechtsregels verhinderen dat een geschil over de beëindiging van een concessie van alleenverkoop verstrekt door een Oostenrijkse concessiegever aan een Belgische concessiehouder met betrekking tot het Belgische grondgebied, via een arbitragebeding aan de Belgische rechtbanken werd onttrokken. Daarbij stelt het Hof in de eerste plaats vast dat geschillen inzake de beëindiging van een concessie van alleenverkoop geschillen van vermogensrechtelijke aard zijn in de zin van artikel 1676, § 1, Gerechtelijk Wetboek, zodat zij in beginsel vatbaar zijn voor arbitrage. Vervolgens onderzoekt het Hof of artikel X.39 WER – krachtens hetwelk de benadeelde concessiehouder, bij de beëindiging van een verkoopconcessie met uitwerking voor het gehele Belgische grondgebied of een deel ervan, in elk geval de concessiegever in België kan dagvaarden en dat ingeval het geschil voor een Belgische rechtbank wordt gebracht, deze uitsluitend de Belgische wet zal toepassen – inderdaad, zoals de concessiehouder voorhield, tot gevolg heeft dat de rechter een arbitragebeding slechts geldig kan verklaren indien hij vaststelt dat de arbiters hetzij Belgisch recht zullen toepassen, hetzij op zijn minst vreemd recht dat aan de concessiehouder een gelijkaardige bescherming biedt. Het Hof beantwoordt deze vraag, in de Europese context die in de voorliggende zaak aan de orde was, ontkennend. Om tot dit besluit te komen, herinnert het Hof vooreerst eraan dat krachtens artikel 3.1 van de hier van toepassing zijnde Rome I-verordening, een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen en dat dit gekozen recht, met toepassing van de artikelen 9.1 en 9.2 Rome I-verordening, slechts moet wijken voor bepalingen van bijzonder dwingend recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is. Vervolgens oordeelt Hof, onder verwijzing naar het arrest *Unamar* van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁶⁰, dat de artikelen X.35 tot en met X.40 WER in verband met de eenzijdige beëindiging van voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop in hoofdzaak particuliere belangen beschermen en bijgevolg geen bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn in de zin van artikel 9.1 Rome I-verordening. Hieruit en uit het beginsel van de voorrang van het Unierecht op het nationaal recht volgt dat de Belgische rechter die wordt gevat van een betwisting over de beëindiging van een concessie van alleenverkoop waarop de Rome I-verordening van toepassing is, in weerwil van het bepaalde in artikel X.39 WER, het door de partijen gekozen vreemd recht niet terzijde kan schuiven om toepassing te maken van de voormelde Belgische bepalingen. En hieruit vloeit dan op zijn beurt voort, zo stelt het Hof, dat de Belgische rechter de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de beëindiging van een concessie van alleenverkoop waarop de Rome I-verordening van toepassing is, niet kan laten afhangen van de voorwaarde dat de arbiters toepassing zullen maken van de voormelde Belgische bepalingen of van een vreemd recht dat een gelijkwaardige bescherming biedt. Het middel dat ervan uitgaat dat wanneer een arbitragebeding in een internationale concessie van alleenverkoop met uitwerking op het Belgisch grondgebied of een deel ervan, de concessiehouder de bescherming van de Belgische wet ontnemt, het beding ongeldig is, berust, althans in een Europese context, op een onjuiste rechtsopvatting en faalt bijgevolg naar recht.

⁶⁰ HvJ 17 oktober 2013, C-184/12, *Unamar*.

Arbitrage – Toepasselijk recht – Gerechtelijk Wetboek – Verbod voor de rechter om zijn rechtsmacht over te dragen

Arrest van 24 april 2023 ([C.21.0548.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal H. Mormont

Het arrest van het Hof van 24 april 2023 vormt de ontkenning van een procedure tot vernietiging van een arbitrale uitspraak die in de gespecialiseerde rechtsleer met belangstelling werd gevolgd.

Het betreft een geschil tussen de eiseressen in cassatie, aannemers, en de Europese Unie, verweerster, bouwheer en projectontwerper, over in Cyprus verrichte installatiewerkzaamheden van pompstations en een netwerk voor afwatering en waterdistributie, behept met allerlei gebreken. In februari 2018 belastten de partijen een scheidsgerecht met de beslechting van hun geschil overeenkomstig de regels van de *International Chamber of Commerce* (hierna ICC). In maart 2019, enkele maanden na de ondertekening van de akte van opdracht, stelde het scheidsgerecht de partijen voor om zich te laten bijstaan door een administratief secretaris die zich heeft verbonden tot het handelen overeenkomstig de “*Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*”. De partijen stemden met die aanstelling in. De rol van die secretaris zou vervolgens tot tussengeschillen leiden.

In die context stelden de eiseressen voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel een vordering in tot vernietiging van de gedeeltelijke uitspraak van 11 februari 2020 over de aansprakelijkheden, met name wegens onregelmatigheid van de samenstelling van het scheidsgerecht en van de rechtspleging. Volgens de eiseressen zou de secretaris zijn prerogatieven, zoals afgebakend door de artikelen 183 tot 188 van de ICC-nota, te buiten zijn gegaan en zou er sprake geweest zijn van een overdracht van beslissingsbevoegdheid, met als gevolg hiervan de onregelmatigheid van de arbitrageprocedure. Op 17 juni 2021⁶¹ verwierp de Franstalige burgerlijke rechtbank te Brussel de door de eiseressen ingestelde vordering tot vernietiging van de uitspraak. De rechtbank wees op het *intuitu personae*-karakter van de opdracht van de arbiters, maar oordeelde, in hoofdzaak, dat de loutere omstandigheid dat de secretaris de gehele of een gedeelte van de uitspraak en de vragenlijst voor de deskundigen had opgesteld, op zich niet de overdracht van beslissingsbevoegdheid van de arbiters aan hem bewees.

Verschillende auteurs hebben erop gewezen dat deze beslissing van de rechtbank in België onuitgegeven was⁶². Zij zijn de mening toegedaan dat de belangrijkste bijdrage van die beslissing erin bestaat de ICC-nota, zoals van toepassing in 2019, uit te leggen in de zin dat ze “*impliciet maar stellig toelaat dat de administratief secretaris de gehele of een gedeelte van de ontwerpuitpraak opstelt, maar dat het scheidsgerecht gehouden is het dossier persoonlijk na te kijken en het voormelde ontwerp goed te*

⁶¹ Zie Rb. Brussel 17 juni 2021, *JT* 2022, 128.

⁶² Zie Y. HERINCKX, “Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal”, *b-Arbitra* 2021, 416, nr. 1; M. DAL en E. LEVY, “Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire?”, *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2022, 61.

keuren of te verbeteren in het licht van zijn onderzoek van het dossier”⁶³. Hoewel uniek voor België, dient te worden opgemerkt dat dit vonnis op internationaal niveau geen opzichzelfstaande uitspraak is⁶⁴ – denken we in het bijzonder aan de opzienbarende zaak *Yukos* die door het hof van beroep te Den Haag⁶⁵ werd beslecht – en dat dit vonnis bovendien de weerspiegeling vormt van sommige rechtsleer⁶⁶.

Voor het Hof had het debat betrekking op de wettigheid van het bestreden vonnis en werd het bijgevolg niet op dezelfde wijze gevoerd. De eiseressen voerden in hun enige middel hoofdzakelijk de volgende twee grieven aan.

Het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel voerde aan dat de rechtbank van eerste aanleg, in de uitlegging die ze aan de ICC-nota geeft, de bewijskracht van de artikelen 185 en 187 van die nota heeft miskend, door na te laten daarin iets te lezen dat erin is vermeld, te weten de verplichting voor het scheidsgerecht om zelf de uitspraak op te stellen, waarbij enkel en alleen voorbehoud wordt gemaakt voor een mogelijke tussenkomst van de administratief secretaris bij de opmaak van de gedeelten van de uitspraak die het feitenrelaas betreffen.

De bewijskracht van een akte bestaat in de vereiste eerbiediging van hetgeen daarin schriftelijk is vastgesteld. Het Hof oefent op dat vlak slechts een marginale toetsing uit: de uitlegging van een akte maakt immers deel uit van de onaantastbare beoordeling door de feitenrechter, maar hij mag aan die akte geen uitlegging geven die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is. *In casu* verwerpt het Hof het middel van de eiseressen op grond van de overweging dat, op basis van de opgegeven analyse van de litigieuze bepalingen van de nota, “het bestreden vonnis, dat te kennen geeft dat het verbod voor het scheidsgerecht om zijn rechtsmacht over te dragen niet belet dat de administratief secretaris nota’s en memoranda voorbereidt die, hetzij deel

⁶³ Een gedurfde uitlegging volgens Y. HERINCKX, “Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal”, *b-Arbitra* 2021, 419-420, nr. 7: “*En réalité, la CCI n’a jamais voulu autoriser expressément la rédaction de parties décisives d’une sentence par les secrétaires. En témoignent la formulation du point 185 de la Note, qui ne vise que ‘la préparation de projets d’ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d’une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties)’*, ainsi que le qualificatif ‘administratif’ que la CCI persiste à accoler au titre de secrétaire”. In diezelfde zin schrijft P. DI PIETRO over de met artikel 187 overeenstemmende bepaling in de versie van de ICC-nota die in 2017 van toepassing was, dat “[t]he difficulty in this regard is the broad notion of decision-making functions or more specifically, the lack of consensus in this regard. For example, to some, the award is nothing but the recording of the decision of the members of the arbitral tribunal who can instruct someone – such as an administrative secretary – to carry out such a recording. Supporters of this approach contend that administrative secretaries increase the efficiency of arbitration proceedings by allowing arbitrators to focus on the merits, thereby enabling them to render awards of better quality and more expeditiously, as well as in a more cost-effective manner. For others, the drafting of the award is viewed as a decision-making function, and as such, it is considered inappropriate for anyone else than a member of the arbitral tribunal to do it.” Zie P. DI PIETRO, “The ICC’s Perspective on the Practice of Administrative Secretaries in Arbitral Secretaries” in F. DE LY en L. DEMEYERE (eds.), *Arbitral secretaries - Actes du colloque du CEPANI du 5 octobre 2017*, Mechelen, Kluwer, 2018, 105.

⁶⁴ Zie de verwijzingen vermeld door M. DAL en E. LEVY, “Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage* 2022, 61 en door Y. HERINCKX, “Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal”, *b-Arbitra* 2021, 420 e.v., nr. 8.

⁶⁵ Zie Den Haag 18 februari 2020, *Yukos*, [ECLI:NL:GHDHA:2020:234](#).

⁶⁶ Zie met name Y. DERAINS, “Le professionnalisme des arbitres internationaux”, *Revue de l’arbitrage* 2019, 659 e.v., nr. 28, geciteerd door M. DAL en E. LEVY, “Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage* 2022, 61.

zullen uitmaken van de uitspraak nadat ze door het scheidsgerecht, op grond van een persoonlijk onderzoek van het dossier, zijn nagekeken, goedgekeurd of verbeterd, hetzij, na datzelfde persoonlijk onderzoek, als basis kunnen dienen voor het vaststellen van de uitspraak door dat scheidsgerecht, [...] geen uitlegging geeft van de [artikelen 183 tot 188] van de [...] nota die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is en bijgevolg niet de bewijskracht schendt van de akte waarin ze staan”.

In het eerste onderdeel voerden de eiseressen schending aan van artikel 11, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat de rechters hun rechtsmacht niet kunnen overdragen. Volgens de eiseressen kon het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat de administratief secretaris een gedeelte van de uitspraak en van de vragenlijst aan de deskundigen had opgesteld, niet beslissen dat het scheidsgerecht zijn rechtsmacht niet aan de administratief secretaris had overgedragen. Aldus doet het middel de vraag rijzen naar de toepasselijkheid van de regels van het Gerechtelijk Wetboek op arbitrageprocedures. De parlementaire voorbereiding van de wet van 24 juni 2013⁶⁷, die de laatste hervorming ter zake bevat, is wat dat betreft niet eenduidig. Enerzijds leest men dat de integratie van de arbitrage in het Gerechtelijk Wetboek verantwoord is omdat “*die benadering [...] het voordeel biedt dat zij toelaat om bepaalde procedurele moeilijkheden op te lossen door een verwijzing naar de algemene bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek*”,⁶⁸ anderzijds drukt de parlementaire voorbereiding de bedoeling van de wetgever uit om de arbitrageprocedure te laten afhangen van de wil van de partijen, door enkel de voorwaarden voor de arbitrage en de rechtsmiddelen voor de nationale rechtbanken te regelen, en, om internationale arbitrages⁶⁹ te bevorderen, in het bijzonder door de keuze voor een “*globale hervorming, die gebaseerd is op de UNCITRAL[United Nations Commission on International Trade Law]-Modelwet*”⁷⁰. Die uitgesproken wil van de wetgever om in België grote internationale arbitrages aan te trekken, lijkt evenwel moeilijk verenigbaar met een te belangrijke rol voor het Belgische procesrecht, zelfs als suppletieve regeling. Ondanks die onzekerheid in de parlementaire voorbereiding, moet worden vastgesteld dat de hedendaagse rechtsleer duidelijk het standpunt inneemt dat, aangezien artikel 1700, § 1 en § 2, Gerechtelijk Wetboek het overwicht geeft aan de overeenkomst tussen de partijen, en, in geval er geen overeenkomst is, aan het scheidsgerecht, de arbitrageprocedure niet onder de regels van het Gerechtelijk Wetboek valt⁷¹, op grond van artikel 2 van dat wetboek volgens hetwelk de in het Gerechtelijk Wetboek gestelde regels van toepassing zijn op alle rechtsplegingen,

⁶⁷ Wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage.

⁶⁸ Zie Wetsontwerp tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *Parl.St. Kamer*, 2012-13, nr. 2743/001, p. 6 en 8.

⁶⁹ Zie Wetsontwerp tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *Parl.St. Kamer*, 2012-13, nr. 2743/001, p. 8.

⁷⁰ Zie Wetsontwerp tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *Parl.St. Kamer*, 2012-13, nr. 2743/001, p. 8.

⁷¹ Zie O. CAPRASSE, “Arbitration in Belgium: An Introduction” in N. BASSIRI en M. DRAYE (eds.), *Arbitration in Belgium – A Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 2016, 3; S. SOBRIE, “Art. 2 Ger.W” in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I, *Algemene beginselen*, hfdst. I, Kluwer, 2014, 26. *Contra* maar voorafgaand aan de wet van 24 juni 2013, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Brussel, Larcier, 2010, 31 e.v.

behoudens wanneer deze worden geregeld door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dat wetboek. Het is deze oplossing die het Hof in zijn arrest van 24 april 2023 heeft aangenomen. Het Hof verwerpt de argumentatie van de eiseressen en oordeelt dat uit de samenhang tussen voornoemde bepalingen volgt dat, “*met uitzondering van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek, de bepalingen van dat wetboek, waaronder het verbod voor de rechter om zijn rechtsmacht over te dragen, niet van toepassing zijn op de arbitrageprocedure*”.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230424.3F.1](#))

Publiek en administratief recht

Legaliteitsbeginsel in strafzaken (artikel 7 EVRM) – Administratieve geldboete met repressief karakter (artikel 6 EVRM) – Strafmaat – Beoordelingsbevoegdheid van het bestuur binnen de wettelijke grenzen – Wettigheidstoets van de administratieve sanctie door de rechter – Geen vereiste van voorafgaande bekendmaking door het bestuur van intern boetebeleid of draaiboek

Arrest van 10 februari 2023 ([C.22.0184.N](#)) met conclusie van advocaat-generaal E. Herregodts

De aanleiding voor deze zaak was een onderzoek dat de eiseres (FSMA) op 14 januari 2016 was gestart naar mogelijke inbreuken door de verweerders op artikel 25, § 1, 2°, wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, zoals van toepassing voor de wijziging ervan bij wet van 27 juni 2016. Bij beslissing van 6 oktober 2020 oordeelde de sanctiecommissie van de eiseres dat de verweerders het verbod van marktmanipulatie, zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van voormelde wet, hadden overtreden. Een schending van het verbod zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van deze wet, werd niet bewezen geacht. De sanctiecommissie legde aan de verweerders een administratieve geldboete op van respectievelijk 40.000 euro en 60.000 euro en oordeelde dat de beslissing op de website van de eiseres bekend zou worden gemaakt.

Op 5 november 2020 stelden de verweerders bij het Marktenhof tegen deze beslissing beroep in. Bij het bestreden arrest van 23 maart 2022 verklaarde het Marktenhof dit beroep ontvankelijk en gegrond en vernietigde het de beslissing van de sanctiecommissie van de eiseres, behalve in zoverre deze vaststelt dat geen bewijs voorligt van een schending van het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), wet van 2 augustus 2002. Tevens werd de verwijdering bevolen van de publicatie van de beslissing van de website van de eiseres. Het Marktenhof steunde de vernietiging van de beslissing van de sanctiecommissie van de eiseres op twee gronden. Ten eerste oordeelde het Marktenhof dat de eiseres het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht miskende, doordat zij niet beschikte over een voorafgaandelijk bekendgemaakt boetebeleid of draaiboek met daarin een methodologie ter beoordeling van de omvang van de geldboete. Ten tweede oordeelde het Marktenhof dat het, als regel van behoorlijk bestuur, onontbeerlijk is dat de sanctiecommissie de vermeende overtreder voorafgaand aan het opleggen van een

sanctie in kennis stelt van de sanctie die zij zich voorneemt toe te passen, terwijl zij dit in het voorliggende geval ten onrechte niet had gedaan.

In zijn arrest van 10 februari 2023 vernietigt het Hof – op gelijklopende conclusie van de advocaat-generaal – dit arrest. Met betrekking tot de eerste grond waarop het Marktenhof steunde om de beslissing van de sanctiecommissie te vernietigen, oordeelt het Hof, conform zijn vaste rechtspraak⁷² en in lijn met de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁷³, dat het algemeen rechtsbeginsel van de legaliteit in strafzaken, zoals vervat in artikel 7 EVRM, vereist dat een strafbepaling voldoende toegankelijk is en, als dusdanig of in samenhang met andere bepalingen, op voldoende precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging en de op te lopen straf omschrijft, zodat de draagwijdte ervan redelijk voorzienbaar is. Het gegeven dat de rechter of het bestuur, wanneer het een administratieve sanctie oplegt met een repressief karakter in de zin van artikel 6 EVRM, over een zekere beoordelingsbevoegdheid beschikt, is als dusdanig niet strijdig met dit vereiste van redelijke voorzienbaarheid. Het Hof oordeelt, in lijn met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, dat het aan de wetgever toekomt de grenzen en de bedragen van de straf vast te leggen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de rechter of van het bestuur moet worden uitgeoefend⁷⁴. Het legaliteitsbeginsel vereist volgens het Hof uitsluitend dat de rechter of het bestuur een straf oplegt die bepaald is door de wet en die de wettelijke grenzen niet overschrijdt⁷⁵. Het Hof oordeelt dat dit beginsel echter niet bijkomend vereist dat het bestuur, wanneer dit een administratieve sanctie oplegt met een repressief karakter in de zin van artikel 6 EVRM, voorafgaand een intern beleid of draaiboek kenbaar maakt waarin het zijn beoordelingsbevoegdheid binnen de wettelijke grenzen van de strafmaat nader concretiseert.

Vervolgens oordeelt het Hof, in overeenstemming met zijn vaste rechtspraak, dat de rechter aan wie wordt gevraagd een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van artikel 6 EVRM, de wettigheid van die sanctie moet onderzoeken en in het bijzonder mag nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen. Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van die omvang⁷⁶. Het Hof oordeelt dat noch het evenredigheidsbeginsel noch het redelijkheidsbeginsel vereisen dat het

⁷² Cass. 29 november 2011, [P.10.1766.N](#), *ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20111129.1*; Cass. 22 mei 2012, [P.11.1723.N](#), *ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120522.6*; Cass. 24 maart 2015, [P.13.1134.N](#), *ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150324.4*; Cass. 16 januari 2018, [P.17.0281.N](#), *ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180116.2*.

⁷³ GwH 26 januari 2005, nr. 24/2005; GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005; GwH 18 april 2007, nr. 60/2007; GwH 20 oktober 2011, nr. 158/2011; GwH 6 december 2012, nr. 145/2012; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016; GwH 8 november 2018, nr. 153/2018.

⁷⁴ GwH 26 juni 2008, nr. 93/2008; GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016.

⁷⁵ In die zin I. MOREAU en D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Brussel, la Charte, 2019, 16 en 212. Zie ook EHRM, *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme*, bijgewerkt tot 31 augustus 2022, 13; EHRM 17 maart 2009, *Ould Dah t. Frankrijk*, nr. 13113/03; EHRM 22 januari 2013, *Camilleri t. Malta*, nr. 42931/10.

⁷⁶ Bv. Cass. 17 mei 2013, [F.11.0155.N](#), *ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130517.2*; Cass. 26 juni 2015, [D.13.0025.N](#), *ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150626.4*.

bestuur voorafgaand aan het opleggen van een administratieve sanctie met een repressief karakter in de zin van artikel 6 EVRM, een beleid of draaiboek kenbaar maakt waarin het zijn beoordelingsbevoegdheid binnen de wettelijke grenzen van de strafmaat nader concretiseert. Het volstaat volgens het Hof dat het bestuur aan zijn formele en materiële motiveringsplicht voldoet door zijn beslissing uitdrukkelijk te steunen op afdoende juridische en feitelijke motieven en dat de rechter op basis van deze motieven de sanctie aan deze beginselen kan toetsen⁷⁷. Het Hof voegt hieraan toe dat, indien de wetgever een ruime marge vastlegt tussen de boven- en benedengrens van de strafmaat, waarbinnen het bestuur een grote beoordelingsbevoegdheid heeft, de motiveringsverplichting van het bestuur omvangrijker is⁷⁸.

Het Hof besluit dat de appelrechters hun beslissing niet naar recht hebben verantwoord door de beslissing van de sanctiecommissie te vernietigen op de grond dat zij niet beschikte over een voorafgaandelijk bekendgemaakt intern boetebeleid of draaiboek met methodologie ter beoordeling van de omvang van de geldboete.

Met betrekking tot de tweede grond waarop het Marktenhof de vernietiging van de beslissing van de sanctiecommissie steunde, oordeelt het Hof dat uit het geheel van de artikelen 70, 71 en 72 wet van 2 augustus 2002 en de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever een organieke scheiding heeft willen invoeren tussen, enerzijds, het onderzoek door de auditeur en de vervolging op beslissing van het directiecomité en, anderzijds, de beslissing ten gronde van de sanctiecommissie, die in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid oordeelt na een procedure op tegenspraak⁷⁹. Krachtens artikel 71, § 2, van voormelde wet worden de betrokken partijen vooraf in kennis gesteld van de beslissing tot vervolging van het directiecomité, met inbegrip van de grieven en het onderzoeksverslag. Krachtens artikel 72, § 1 en § 3, van voornoemde wet kunnen partijen vervolgens hun standpunt kenbaar maken tijdens een procedure op tegenspraak voor de sanctiecommissie. Hun recht van verdediging, zoals vervat in artikel 6 EVRM, wordt hierdoor volgens het Hof voldoende gewaarborgd. Het Hof oordeelt dat niet kan worden vereist dat de sanctiecommissie zelf, voor de aanvang van een procedure op tegenspraak, de betrokken partijen daarenboven in kennis stelt van de door haar voorgenomen administratieve geldboete. Dit zou immers afbreuk doen aan haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid en de organieke scheiding tussen onderzoek en vervolging en de beslissing ten gronde in het gedrang brengen.

De appelrechters stelden vast dat het directiecomité van de eiseres de verweersters, op grond van artikel 71, § 2, van de vernoemde wet, op 23 oktober 2019 in kennis had gesteld van het bedrag van de voorgestelde geldboete en van de criteria waarmee het bij de bepaling van het bedrag rekening had gehouden. Het Hof besluit dat de

⁷⁷ Zie J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 73 e.v. en 927-928; P. VAN ORSHOVEN, “De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen”, *RW* 1991-92, 488.

⁷⁸ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 928-929.

⁷⁹ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 5 februari 2010 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België, en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, DOC 52-2408/001, 12 en 16-17. Zie ook P.-J. VAN DE WEYER, “Rechterlijke toetsing van bestuurshandelen: hoe vol moet die rechtsmacht juist zijn?”, *TBP* 2021, 83, nr. 50, die eveneens het belang van deze organieke scheiding benadrukt.

appelrechters hun beslissing niet naar recht verantwoorden door niettemin, als regel van behoorlijk bestuur, te vereisen dat de sanctiecommissie daarenboven, voorafgaand aan het opleggen van een sanctie, de vermeende overtreder in kennis stelt van de sanctie die zij zich voorneemt toe te passen.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230210.IN.8](#))