

C.20.0106.N

MEMORIE VAN ANTWOORD

VOOR : de **NATIONALE BANK VAN BELGIE NV**, met zetel te 1000 Brussel, Berlaimontlaan 14, met ondernemingsnummer 0203.201.340,

verweerster in cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist, kantoor houdende te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan,

TEGEN : de heer **VAN DER GUCHT Jaak**, wonende te 9420 Erpe-Mere, Dries 39, N.N. 62.01.21-187.07,

eiser tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdende te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, bij wie keuze van woonplaats werd gedaan, en die optreedt op vordering en naar concept.

*

* *

Aan Mevrouw de Eerste Voorzitter en de Heer Voorzitter van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren in het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

Verweerster heeft de eer als volgt te antwoorden op de voorziening die door eiser is gericht tegen het arrest dat op 28 oktober 2019 op tegenspraak tussen de partijen werd gewezen door de 8^e van het Hof van Beroep te Brussel (2015/AR/1427).

Verweerster merkt daarbij op dat de voorziening een materiële vergissing bevat en verkeerdelijk 11 december 2019 vermeldt als arrestdatum.

FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

Verweerster, naar vorm een naamloze vennootschap, is een instelling van algemeen belang die deel uitmaakt van het Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB) en van het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme en in dat kader onder meer de rol vervult van nationale centrale bank en toezichthouder op de nationale financiële instellingen.

Eiser is een particuliere aandeelhouder van verweerster.

Verweerster voert al sinds jaren consequent de volgende boekingen uit op haar jaarrekening:

- Zij boekt de meerwaarden gerealiseerd op arbitragetransacties van goudreserves tegen andere externe reservebestanddelen op een rekening onder passiefrubriek 10.3 ('Overige passiva – Diversen');
- Zij boekt de afschrijvingen onder de post 'Reservefonds' van passiefrubriek 13 ('Kapitaal, reservefonds en beschikbare reserves');
- Zij stelt haar balans op vóór winstbestemming.

Eiser is het oneens met deze wijze van boeken. Hij heeft verweerster gedagvaard voor de Nederlandstalige Koophandel te Brussel teneinde verweerster te horen veroordelen tot *a posteriori* correctie van de jaarrekeningen voor de boekjaren 2012 en 2013 op voormelde drie punten.

Bij vonnis van 22 mei 2015 wees de Nederlandstalige Koophandel te Brussel de vordering van eiser af als ongegrond.

Op 15 juli 2015 heeft eiser hoger beroep ingesteld bij het hof van beroep te Brussel.

In het bestreden arrest wordt het hoger beroep van eiser ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

Tegen dit arrest komt eiser op met drie middelen tot cassatie.

ANTWOORD OP HET EERSTE MIDDEL TOT CASSATE

De appelrechters verwerpen de vordering van eiser in zoverre zij ertoe strekte te horen zeggen voor recht dat de jaarrekeningen van verweerster sedert 2009 niet in overeenstemming zijn met de vereisten van transparantie zoals tot uiting gebracht in de van toepassing zijnde regelgeving. De appelrechters overwegen dat eiser in zijn vordering niet aangeeft waar, hoe en in welk opzicht de jaarrekeningen sinds 2009 transparantievereisten zouden miskennen, dat in de syntheseconclusies evenmin kan worden vastgesteld welke inbreuken er worden beoogd, en dat het voorwerp van de vordering bijgevolg onbepaald is.

In het eerste middel tot cassatie voert eiser aan dat de appelrechters de bewijskracht van zijn appelconclusie hebben miskend, nu hij daarin op omstandige wijze de toepasselijkheid uiteen heeft gezet van de diverse wettelijke bepalingen aangaande de transparantievereisten, evenals de wijze waarop de bedoelde jaarrekeningen deze transparantievereisten miskennen. Tevens zouden de appelrechters aldus de artikelen 702, 3° en 744, 3° van het Gerechtelijk Wetboek hebben geschonden.

Het middel kan niet worden aangenomen.

De rechter is niet verplicht een onduidelijke conclusie te beantwoorden (Cass. 23 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, afl. 9, 1833; Cass. 26 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1393).

De appelrechters stellen in die zin vast dat eiser niet aangeeft “*waar, hoe en in welk opzicht de jaarrekeningen sinds 2009 transparantievereisten zouden miskennen. Evenmin kan in zijn syntheseconclusie in hoger beroep worden gedetecteerd en vastgesteld welke inbreuken [eiser] met deze vordering juist beoogt. Het voorwerp van zijn vordering is bijgevolg onbepaald en wordt om die reden afgewezen*”.

De syntheseconclusie van eiser telt 112 bladzijden. Daar waar eiser inderdaad op diverse plaatsen wijst op het belang van transparantie, wordt nergens concreet verduidelijkt op welke wijze de jaarrekeningen van verweerster de vereisten inzake transparantie miskennen.

Verweerster merkt daarbij op dat eiser in zijn cassatiemiddel weliswaar aanvoert dat hij “*precies aan[gaf] hoe en in welk opzicht de bedoelde jaarrekeningen de (bindende) transparantievereisten miskennen*”, doch dat hij zich daarbij beperkt tot een algemene verwijzing naar zijn syntheseconclusie “*p. 24-100*”. Eiser verwijst aldus naar maar liefst 76 bladzijden, ofwel het volledige onderdeel ‘in rechte’ van zijn synthesebesluiten, zonder nader gepreciseerde citaten / paragrafen / randnummers aan te halen waaraan de appelrechters concreet een uitlegging zouden hebben gegeven die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is. In zoverre aldus eiser niet concreet en nauwkeurig aangeeft waar in zijn (omstandige) besluiten hij heeft gepreciseerd op welke wijze de jaarrekeningen van

verweerster de vereisten inzake transparantie miskennen, doch zich beperkt tot een algemene verwijzing naar de volledige titel “*in rechte*” van zijn (omvangrijke) synthesebesluiten, is het middel inzake de miskenning van de bewijskracht **onnauwkeurig en mitsdien onontvankelijk**.

In ieder geval **mist het middel feitelijke grondslag**, nu eiser inderdaad nergens heeft verduidelijkt op welke wijze de jaarrekeningen van verweerster concreet de vereisten inzake transparantie miskennen. De appelrechters geven aan de synthesebesluiten van eiser dan ook geen uitlegging die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is.

Overigens lijst eiser in het middel een aantal grieven op (met name inzake boeking van de onbeschikbare reserverekening, de afwezigheid van een expliciete kwalificatie als schuld / eigen vermogen, de boeking van afschrijvingen op een reserverekening, de opstelling van de jaarrekening vóór winstverdeling, de gevolgen van het bijzondere statuut van de externe reserves als doelvermogen), die betrekking hebben op zijn (andere) vordering inzake correctie van de jaarrekeningen 2012-2014. De appelrechters hebben omstandig op deze punten geantwoord bij de bespreking van deze vordering, die integraal werd afgewezen (bestreden arrest p. 11-19).

Louter ten overvloede merkt verweerster op dat eiser in ieder geval geen genummerd middel heeft opgenomen in zijn synthesebesluiten waarin concreet de miskenning van de transparantieverplichtingen wordt aangevoerd. Bijgevolg dienden de appelrechters hoe dan ook niet afzonderlijk te antwoorden op dit ‘middel’, gelet op het bepaalde in artikel 744 *juncto* 780, eerste lid, 3° van het Gerechtelijk Wetboek.

ANTWOORD OP HET TWEEDE MIDDEL TOT CASSATE

De appelrechters verwerpen de stelling van eiser dat de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 primeren op de bepalingen van de Organieke Wet (Wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België).

In het tweede middel tot cassatie voert eiser aan dat de appelrechters aldus een uitlegging geven aan artikel 33 van de Organieke Wet die ingaat tegen een klare en duidelijke wettekst en onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, zodat de beslissing op dit punt niet naar recht verantwoord is (schending van artikel 33 van de Organieke Wet en van de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20).

Het middel is onontvankelijk in zoverre het de schending aanvoert van “*de bepalingen van het Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten*

behoefte van de financiële administratie en verslaglegging in het Europees Stelsel van Centrale Banken, Pb.L. 9 februari 2011, afl. 35, 31”. Er wordt immers niet gepreciseerd welke bepalingen van dit Richtsnoer dan wel geschonden zouden zijn. De opsomming van de geschonden wetsbepalingen dient voldoende precies te zijn; de loutere verwijzing naar het Richtsnoer in zijn geheel volstaat niet (vgl. Cass. 16 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, afl. 5, 910: is onontvankelijk, het middel dat de schending aanvoert van de Wet 15 december 1872 betreffende het bewijs van handelsverbintenissen; zie ook de vele verwijzingen bij B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 96-97).

Voorts merkt verweerster op, voor zoveel als nodig, dat eiser in zijn toelichting weliswaar verwijst naar “*de primauteit van het Unierecht*”, doch dat hij in het middel op geen enkele wijze de schending aanvoert van de wetsbepalingen die deze primauteit ondersteunen, noch in de uiteenzetting van de grieven noch in de oplijsting van geschonden wetsbepalingen.

Evenmin duidt hij in de hoofding van het middel als geschonden aan het algemeen rechtsbeginsel inzake de primauteit van het internationale recht op het interne recht.

Overigens geldt het primaat van Unierecht enkel binnen zijn toepassingsgebied. Welnu, artikel 2.2 van Richtsnoer ECB/2010/20 bepaalt uitdrukkelijk dat haar toepassingsgebied beperkt is tot de interne financiële rapportering binnen het Eurosysteem, en dat zij niet geldt voor de nationale financiële rekeningen van de nationale centrale banken.

Derhalve rest enkel nog de beweerde schending van artikel 33 van de Organieke Wet. Deze bepaling luidt als volgt:

De rekeningen en, in voorkomend geval, de geconsolideerde rekeningen van de Bank worden opgemaakt :

1° overeenkomstig deze wet en de bindende regels vastgesteld met toepassing van artikel 26.4 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank;

2° voor het overige overeenkomstig de regels vastgesteld door de Regentenraad.

De artikelen 2 tot 4, 6 tot 9 en 16 van de wet van 17 juli 1975 betreffende de boekhouding van de ondernemingen en de besluiten genomen ter uitvoering ervan zijn van toepassing op de Bank met uitzondering van de besluiten genomen ter uitvoering van de artikelen 4, zesde lid, en 9, § 2.

De ‘regels vastgesteld met toepassing van artikel 26.4 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank’, waarvan sprake in artikel 33, eerste lid, 1°, zijn de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 (waarvan de bepalingen ondertussen herschikt zijn in Richtsnoer ECB/2016/34). Dit richtsnoer bevat een aantal *bindende* bepalingen en een aantal *facultatieve* bepalingen.

Artikel 2.2 van Richtsnoer ECB/2010/20 luidt als volgt:

Het toepassingsgebied van dit richtsnoer is beperkt tot de financiële administratie en verslaglegging van het Eurosysteem zoals vastgelegd door de ESCB-statuten. Als gevolg is het niet van toepassing op de nationale rapportage en financiële rekeningen van NCB's. Omwille van consistentie en vergelijkbaarheid tussen het Eurosysteem en de nationale stelsels, zij aanbevolen dat de NCB's, voor zover mogelijk, voor hun nationale rapportage en financiële rekeningen de in dit richtsnoer gestipuleerde regels volgen.

De Belgische wetgever heeft deze aanbeveling ter harte genomen en hij heeft via artikel 33, eerste lid, 1° van de Organieke Wet, de bindende bepalingen van voormeld Richtsnoer ook van toepassing gemaakt op de nationale rapportage en financiële rekeningen. Het is dus enkel door toedoen van de wetgever, via artikel 33, eerste lid, 1° van de Organieke Wet, dat (de bindende bepalingen van) voormeld Richtsnoer geïntegreerd is (zijn) in het nationaal kader en er deel van uitmaakt.

Daarbij heeft de wetgever ook meteen de rangorde bepaald: uit artikel 33 van de Organieke Wet kan inderdaad worden afgeleid dat de rekeningen en geconsolideerde rekeningen worden opgemaakt:

- In hoofddorde, overeenkomstig de Organieke Wet;
- In ondergeschikte orde, overeenkomstig de bindende regels vastgesteld met toepassing van artikel 26.4 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank;
- In nog meer ondergeschikte orde, overeenkomstig de regels vastgesteld door de Regentenraad.

De appelrechters verwijzen in die zin wettig naar “*de volgorde waarin de toepasselijke normen in artikel 33 van de organieke wet van 22 februari 1998 door de Belgische wetgever worden opgesomd*”, waaruit inderdaad de hiërarchie van deze normen blijkt.

Zelfs indien de volgorde van artikel 33, eerste lid, 1° van de Organieke Wet (“*deze wet en de bindende regels vastgesteld met toepassing van artikel 26.4 van het Protocol*”) niet begrepen moet worden als een hiërarchische schikking maar als een nevenschikking, blijft de vaststelling overeind dat de nationaalrechtelijke Organieke Wet, die specifiek van toepassing is op de Belgische Nationale Bank, een *lex specialis* vormt ten aanzien van de generieke regels vervat in het Richtsnoer. Deze generieke regels vormen inzake nationale rapportage een algemene standaard ten aanzien van alle leden van het Europees Stelsel van centrale banken. In zoverre de Belgische wetgever deze Europese aanbevelingen kracht van wet heeft gegeven in de Belgische rechtsorde via de verwijzing in artikel 33, eerste lid, 1° van de Organieke

Wet, blijven deze Europese normen uit hun aard een *lex generalis* ten aanzien van de meer specifieke, op maat van de Belgische Nationale Bank geschreven regels die rechtstreeks zijn vastgelegd in de Organieke Wet.

De appelrechters overwegen in die zin wettig dat “*de Belgische wetgever redelijkerwijze niet [kan] worden geacht daarmee te willen afwijken van de bijzondere regels die hij heeft vastgelegd in de organieke wet van 22 februari 1998, indien hij dit niet expliciet verduidelijkt*”, en dat “*door de keuze van de wetgever om de bindende regels van Richtsnoer ECB/2010/20 op te nemen in het referentiekader voor de nationale financiële rekeningen van de Nationale Bank, deze regels op het niveau van de Belgische wet worden gebracht en bijgevolg ondergeschikt zijn aan de Belgische lex specialis, in casu de organieke wet*”.

ANTWOORD OP HET DERDE MIDDEL TOT CASSATE

De appelrechters verwerpen de vordering van eiser tot correctie van de jaarrekeningen 2012, 2013 en 2014.

In het derde middel tot cassatie voert eiser aan dat de appelrechters ten onrechte oordelen dat artikel 9bis van de Organieke Wet geen wettelijke grondslag kan vormen voor de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op goud onder de rubriek ‘Overige passiva’, dat zij ten onrechte oordelen dat een boeking onder passiefrubriek 10.3 voorzichtiger en dus beter is dan een boeking onder passiefrubriek 13 gelet op de onbeschikbaarheid van de reserve voor uitkering aan de aandeelhouders, en dat zij, in zoverre zij impliciet doch zeker oordelen dat verweerster geen inbreuk pleegt op de Organieke Wet of enige andere bindende boekhoudregel, zij artikel 3 a) en het begrip ‘passiva’ schenden gedefinieerd in bijlage II van Richtsnoer ECB/2010/20.

Artikel 9bis van de Organieke Wet luidt als volgt:

In het kader vastgesteld door artikel 105(2) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie en door de artikelen 30 en 31 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank, worden de officiële externe reserves van de Belgische Staat aangehouden en beheerd door de Bank. Deze tegoeden vormen een doelvermogen dat bestemd is voor de taken en verrichtingen die onder dit hoofdstuk vallen, evenals voor de andere opdrachten van algemeen belang die door de Staat aan de Bank zijn toevertrouwd. De Bank boekt deze tegoeden en de betreffende opbrengsten en kosten in haar rekeningen overeenkomstig de regels bedoeld in artikel 33.

Artikel 30, eerste lid van de Organieke Wet luidt als volgt:

De meerwaarde die door de Bank wordt gerealiseerd naar aanleiding van arbitragetransacties van activa in goud tegen andere externe reservebestanddelen wordt geboekt op een bijzondere onbeschikbare reserverekening. Zij is vrijgesteld van alle belasting. Ingeval evenwel sommige externe reservebestanddelen worden gearbitrageerd tegen goud, wordt het verschil tussen de aanschafprijs van dat goud en de gemiddelde verkrijgingsprijs van de bestaande goudvoorraad in mindering gebracht van het bedrag van die bijzondere rekening.

Geen van deze bepalingen, noch enige andere wettelijke bepaling schrijft een bijzondere wijze of plaats van boeking van de onbeschikbare reserverekening voor. Dit wordt ook met zoveel woorden vastgesteld door de appelrechters (arrest p. 14). Dit neemt uiteraard niet weg dat de onbeschikbare reserverekening een plaats in de boeken moet krijgen. Verweerster heeft er sinds jaren consequent voor gekozen om deze rekening te boeken onder passiefrubriek 10.3 ('Overige passiva – Diversen'), met een toelichting bij de jaarrekening dat het gaat om gerealiseerde meerwaarden op goudreserves die krachtens artikel 30 van de Organieke Wet een onbeschikbare reserve uitmaken.

Aangezien geen enkele wettelijke bepaling op dwingende wijze voorschrijft onder welke rubriek deze onbeschikbare reserverekening moet worden geboekt, kan er aan verweerster op dit punt geen schending van de wet worden verweten. Deze vaststelling volstaat reeds om het middel te verwerpen. Een en ander werd door verweerster ook voor de appelrechters opgemerkt (Syntheseconclusie verweerster p. 31: "*Nu derhalve geen schending van een bindende boekhoudregel aanwijsbaar is, is er geen grond tot correctie a posteriori van de jaarrekeningen 2012, 2013 en 2014*").

Eiser meent dat de onbeschikbare reserverekening geboekt moet worden onder passiefrubriek 13 ('Kapitaal, reservefonds en beschikbare reserves'). Hij verwijst naar artikel 3 a) van Richtsnoer ECB/2010/20. Krachtens deze bepaling weerspiegelen de methoden van administreren en de financiële verslaglegging de economische realiteit, zij zijn transparant en voldoen aan de gestelde eisen van inzichtelijkheid, relevantie, betrouwbaarheid en vergelijkbaarheid. Transacties worden geboekt en weergegeven rekening houdend met hun inhoud en economische realiteit en niet uitsluitend met inachtneming van hun juridische vorm.

Hoe uit deze bepaling zou voortvloeien dat de onbeschikbare reserverekening niet wettig geboekt kan worden onder passiefrubriek 10.3 ('Overige passiva – Diversen'), en in plaats daarvan geboekt moet worden onder passiefrubriek 13 ('Kapitaal, reservefonds en beschikbare reserves'), is voor verweerster een raadsel. Een boeking onder passiefrubriek 10.3 met een uitdrukkelijke toelichting in de jaarrekening, waarin nader verklaard wordt dat

het gaat om de onbeschikbare reserverekening, voldoet in ieder geval aan alle vereisten van transparantie en betrouwbaarheid, minstens maakt eiser niet duidelijk waarom dit niet het geval zou zijn. Voor zoveel als nodig verwijst verweerster naar haar uitgebreide toelichting aan de appelrechters betreffende de wijze van boeking en de achterliggende redenen (Syntheseconclusie verweerster p. 32-34).

Eiser verwijst voorts naar de ‘verklarende begrippenlijst’ die als Bijlage II bij voormeld Richtsnoer is gevoegd, waarin ‘passiva’ worden gedefinieerd als de *“huidige verplichting van de onderneming die is ontstaan uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de verevening naar verwachting zal leiden tot een uitstroom van middelen die economische baten vertegenwoordigen”*. Echter, deze verklarende begrippenlijst strekt ertoe de begrippen te verklaren zoals zij in het Richtsnoer worden gehanteerd. Nu eiser niet de schending aanvoert van een bepaling van het Richtsnoer waarin het begrip ‘passiva’ voorkomt, is het verweerster niet duidelijk waarom deze definitie relevant zou zijn. Eiser voert in het middel overigens geen enkele geschonden rechtsnorm aan waarin het begrip ‘passiva’ voorkomt.

Het derde middel kan dan ook geen doel treffen.

*

*

*

Op deze gronden en overwegingen besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie voor verweerster dat het U, Hooggeachte Dames en Heren, moge behagen de voorziening te verwerpen en uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

Antwerpen, 26 mei 2020

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'J' and 'V' followed by a long horizontal stroke.

Johan Verbist

Bij de indiening ter griffie wordt bij deze memorie het bericht van kennisgeving aan Mr. Huguette Geinger gevoegd.