

VOORZIENING IN CASSATIE

VOOR: De heer **VAN DER GUCHT, Jaak Louis**, geboren te Zottegem op 21 januari 1962, met woonplaats te 9420 Erpe-Mere, Dries 39,

EISER TOT CASSATIE,

Bijgestaan en vertegenwoordigd door meester Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, en met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan, die optreedt op vordering en naar concept,

TEGEN: De naamloze vennootschap **NATIONALE BANK VAN BELGIE**, waarvan de vennootschapszetel gevestigd is te 1000 Brussel, Berlaimontlaan 14, ingeschreven bij de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0203.201.340,

VERWEERSTER IN CASSATIE,

Aan Mevrouw de Eerste Voorzitter, de heer Voorzitter, de Dames en Heren Raadsheren, leden van het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiser heeft de eer aan het toezicht van Uw Hof het arrest voor te leggen dat op 11 december 2019 tussen partijen werd gewezen door het hof van beroep te Brussel (rolnummer 2015/AR/1427).

* * *

Tegen deze beslissing meent eiser drie middelen tot cassatie te kunnen aanvoeren, zoals hierna uiteengezet

EERSTE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wettelijke bepalingen:

- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 702, 3° en 744, 3° van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing:

Het hof van beroep verklaart het hoger beroep van eiser tegen het vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 22 mei 2015 ontvankelijk, doch ongegrond. In dit kader verklaart het hof van beroep meer in het bijzonder de vordering van eiser om te horen zeggen voor recht dat de jaarrekeningen van de Nationale Bank betreffende de boekjaren vanaf 1 januari 2009 niet in overeenstemming zijn met de vereisten van transparantie, ongegrond.

De beslissing van het appelgerecht is gebaseerd op volgende redengeving:

“23. Deze vordering van (eiser) strekt ertoe te horen zeggen voor recht dat de jaarrekeningen van de Nationale Bank sedert 2009 niet in overeenstemming zijn met de vereisten van transparantie zoals tot uiting gebracht in de van toepassing zijnde regelgeving inzake de opmaak van de rekeningen van de Nationale Bank, in het bijzonder in (1) artikel 33 van de organieke wet juncto Richtsnoer ECB/2010/20, (2) artikel 30 van de organieke wet, (3) artikel 5 van het K.B. van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt (dat o.a. voorziet in de omzetting van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG) en/of (4) alle overige toepasselijke en geldende wetgeving, regelgeving, gebruiken en normen.

(Eiser) geeft in deze vordering niet aan 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.

24. In ondergeschikte orde tracht (eiser) deze precisering van zijn vordering door te schuiven naar een gerechtsdeskundige. Dit gaat niet. (Eiser) moet zelf aanduiden waar, hoe en in welk opzicht de jaarrekeningen sinds 2009 een inbreuk plegen op welke toepasselijke rechtsregels inzake transparantievereisten. Bovendien zou in de hypothese dat het voorwerp van de vordering bepaald was, een inbreuk op de wettelijke bepalingen door het hof moeten worden beoordeeld. De beoordeling van rechtsvragen kan niet worden overgelaten aan een gerechtsdeskundige”.

(cf. bestreden arrest, pagina 19, randnummers 23 en 24).

Grievens:

1. Uit de artikelen 1319, 1320 en 1322 Burgerlijk Wetboek volgt dat de bewijskracht van een akte en deze wetsartikelen worden geschonden door de rechter die van die akte een uitlegging geeft die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is of, anders uitgedrukt, wanneer de rechter beslist dat de akte een verklaring bevat die er niet in staat of dat zij geen verklaring bevat die er wel in staat.

2. Uit de artikelen 702, 3° juncto 733, 3° van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat de eiser zijn eis alsook de middelen waarop deze eis steunt in zijn conclusie dient te vermelden.

3. De vordering van eiser omvatte in hoofddorde te horen zeggen voor recht dat de jaarrekeningen van de Nationale Bank betreffende de boekjaren vanaf 1 januari 2009 niet in overeenstemming zijn met de vereisten van transparantie.

Eiser hield inzonderheid voor dat de jaarrekeningen niet in overeenstemming zijn met de vereisten van transparantie “zoals tot uiting gebracht in de van toepassing zijnde regelgeving inzake de opmaak van de rekeningen van de NBB” in het bijzonder in:

- (1) artikel 33 van de Wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België juncto het Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten behoeve van de financiële administratie en verslaglegging in het Europees Stelsel van Centrale Banken,*
- (2) artikel 30 van de Wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België,*
- (3) artikel 5 van het Koninklijk Besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt (dat o.a. voorziet in de omzetting van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG) en/of*
- (4) alle overige toepasselijke en geldende wetgeving, regelgeving, gebruiken en normen.*

(cf. syntheseberoepsbesluiten van eiser d.d. 8 februari 2016, p. 16-17).

Eiser zette in conclusie op omstandige wijze de toepasselijkheid uiteen van deze diverse wettelijke bepalingen aangaande de opmaak van de rekeningen van de Nationale Bank en geeft eveneens precies aan hoe en in welk opzicht de bedoelde jaarrekeningen de (bindende) transparantievereisten miskennen zodat duidelijk wordt gemaakt welke inbreuken met deze vordering worden beoogd. De vordering van eiser wordt dan ook duidelijk uiteengezet en op omstandige wijze gestaafd in deze conclusie.

Zo voert eiser in appelconclusie samengevat (en op niet-limitatief opgesomde wijze) aan:

- dat de gerealiseerde meerwaarden in de jaarrekening van de Nationale Bank niet worden uitgedrukt als eigen vermogen, maar worden geboekt onder de post “overige passiva”, wat betekent dat zij tot het vreemd vermogen behoren, hetgeen niet correct is en een schending vormt van de transparantieverplichting uitgewerkt in de verschillende voornoemde juridische teksten,
- dat vermits in de jaarrekening van de Nationale Bank (de gerealiseerde) meerwaarden op de goudreserves niet expliciet worden gepreciseerd als eigen, dan wel vreemd vermogen, er niet voldaan is aan de transparantieverplichting, neergelegd in de voormelde wettelijke bepalingen,
- dat de gecumuleerde afschrijvingen op materiële en immateriële vaste activa in de balans onterecht worden toegevoegd aan het maatschappelijk vermogen onder de rubriek ‘kapitaal, reservefondsen en beschikbare reserve’, terwijl deze vaste investeringen tegen aanschaffingsprijs werden behouden op het activa van de jaarrekening zodat er sprake is van een overwaardering van het eigen vermogen van de Nationale Bank en dit geen correcte weergave vormt van het eigen en vreemd vermogen, hetgeen de enige correcte basis is voor een rechtvaardige beurskoers),
- dat de Nationale Bank haar jaarrekening telkens voorstelt vóór winstbestemming zonder dat enige regelgeving ter zake dergelijke werkwijze oplegt of rechtvaardigt en eveneens ingaat tegen het transparantiebeginsel,

- dat een bedrag tonen als schuld impliceert dat er een effectieve schuldeiser is en dit geenszins kan worden afgeleid uit artikel 30 van de Organieke wet: enkel de Nationale Bank – en geen andere schuldeiser – heeft het eigendomsrecht op de bedoelde reserve. De omstandigheid dat de opbrengst van de activa – die als belegging van deze reserve kunnen worden beschouwd – wordt toegekend aan de Staat, betekent niet dat de Staat de effectieve schuldeiser is geworden van de reserve, met name het kapitaal,
- dat de handelswijze van de Nationale Bank ingaat tegen de expliciete bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20,
- dat de Nationale Bank telkens weer artikel 9bis van haar Organieke wet gebruikt om de beperkingen in de – nu wel erkende - eigendomsrechten betreffende de officiële externe reserves uit te leggen, zij in dit verband stelt dat ingevolge artikel 9bis van de Organieke Wet , de goudvoorraad en andere externe reserves een doelvermogen uitmaken dat enkel kan worden aangewend en waarover enkel kan worden beschikt binnen het kader van de opdrachten van algemeen belang van de Nationale Bank,
- dat door zo te oordelen, de Nationale Bank aldus de “onbeschikbare reserverekening” opneemt onder een rubriek welke niet tot het eigen vermogen kan worden gerekend, doch stelt dat de gebruikers van haar balans hieruit niet mogen afleiden dat deze rubriek een schuld (aan de Staat) zou uitmaken, dat de passiefrubriek 10 “Overige passiva” registreert en niet zoals in het gemeenrechtelijke balansschema “Overige schulden”,
- dat het duidelijk moge zijn dat deze boekingswijze de transparantie en correcte interpretatie van de jaarrekening niet bevordert.

(cf. syntheseberoepsbesluiten van eiser d.d. 8 februari 2016, p. 24-100).

4. Het appelgerecht verwerpt de vordering van eiser nopens de schending van de transparantievereisten op basis van de motivering dat eiser in zijn vordering niet aangeeft waar, hoe en in welk opzicht de jaarrekeningen van de Nationale Bank sinds 2009 transparantievereisten miskennen en in de syntheseconclusie van eiser niet kan worden gedetecteerd en vastgesteld welke inbreuken eiser met deze vordering juist beoogt (cf. bestreden arrest, p. 19, nrs. 23-24).

5. In zover het appelgerecht beslist dat in de syntheseconclusie van eiser in hoger beroep niet kan worden gedetecteerd en vastgesteld welke inbreuken eiser met deze vordering beoogt, leest het iets niet in deze syntheseconclusie dat er wel in is aan te treffen en geeft het aan deze conclusie een uitlegging die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, zodat het de *bewijskracht* van deze syntheseconclusie schendt (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

In zover het hof van beroep op basis van een onjuiste lezing van de syntheseconclusie van eiser oordeelt dat het voorwerp van de vordering van eiser obscuur is, terwijl de syntheseconclusie van eiser duidelijk aangeeft wat zijn eis is en welke middelen tot staving ervan hij inroept, eiser in het bijzonder aangeeft waar, hoe en in welk opzicht de bedoelde jaarrekeningen (bindende) transparantievereisten miskennen en het arrest de vordering op basis van die redengeving verwerpt, is deze beslissing evenmin naar recht verantwoord (schending van de artikelen 702, 3° en 744, 3° van het Gerechtelijk Wetboek).

TOELICHTING BIJ HET EERSTE MIDDEL TOT CASSATIE

De rechter schendt de bewijskracht van een akte (waarnaar het uitdrukkelijk verwijst) wanneer het in de akte iets in leest dat er niet in voorkomt ofwel te verklaren dat de akte een vermelding bevat die wel erin voorkomt, met andere woorden dat het van de akte een uitlegging geeft die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is (artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek) (vaste rechtspraak van Uw Hof, o.m.: Cass. 23 september 2015, A.R. P.15.0576.F, www.juridat.be; Cass. 8 december 2010, A.R. P.10.1046.F, met

conclusie Procureur-Generaal J.F. LECLERCQ, www.juridat.be; Cass. 9 november 2000, Arr. Cass. 2000, nr. 611; Cass. 26 oktober 2000, Arr. Cass. 2000, nr. 577; Cass. 19 oktober 2000, Arr. Cass. 2000, nr. 561; Cass. 21 april 1999, Arr. Cass. 1999, nr. 231; Cass. 15 maart 1999, Arr. Cass. 1999, nr. 156; Cass. 27 oktober 1997, Arr. Cass. 1997).

TWEEDE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wettelijke bepalingen:

Schending van artikel 33 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het Organiek statuut van de nationale bank (BS 28 maart 1998, 9377) (hierna afgekort Organieke wet), *en voor zoveel als nodig* de bepalingen van het Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten behoeve van de financiële administratie en verslaglegging in het Europees Stelsel van Centrale Banken, *Pb.L.* 9 februari 2011, afl. 35, 31 (hierna afgekort Richtsnoer ECB/2010/20).

Aangevochten beslissing:

Het hof van beroep verklaart het hoger beroep van eiser tegen het vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 22 mei 2015 ontvankelijk, doch ongegrond. Meer in het bijzonder verklaart het hof van beroep de vordering van eiser *“(verweester) te horen bevelen haar jaarrekeningen betreffende boekjaar 2012 en 2013, en bij uitbreiding van eis de jaarrekening betreffende het boekjaar 2014, binnen een termijn van twee maanden vanaf het te wijzen arrest te corrigeren en/of op te stellen”*, ongegrond op basis van de redengeving dat de bindende bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 te dezen geen toepassing kunnen vinden en niet behoren tot het toepasselijke rechtskader.

De redengeving van het hof van beroep ter zake is o.m. gebaseerd op volgende redengeving:

“III. Rechtskader

(...)

8. *Wat de financiële rekeningen en rapportering van de Nationale Bank betreft, luidt artikel 33 van de organieke wet 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.

9. *De bindende regels vastgesteld met toepassing van artikel 26.4 van het Protocol nr.4 zijn de bindende bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 (thans herschikt in Richtsnoer ECB/2016/34).*

Partijen zijn het oneens over de vraag of de regels van Richtsnoer ECB/2010/20 voorrang hebben op de bepalingen van de organieke wet van 22 februari 1998. Volgens appellant is dit het geval. De Nationale Bank betwist dit.

Het hof overweegt als volgt.

Overeenkomstig artikel 26, lid 4, van Protocol nr. 4 legt Richtsnoer ECB/2010/20 enkel regels vast voor de standaardisatie van de financiële administratie en rapportering door de nationale centrale banken en de ECB binnen het kader van het Eurosysteem (considerans (4) en artikel 2 van Richtsnoer ECB/2010/20).

Deze regels, inclusief de bindende bepalingen ervan, gelden niet voor de nationale financiële rekeningen en rapportering van de nationale centrale banken. Er wordt enkel "aanbevolen" dat de centrale banken deze regels "voor zover mogelijk" ook in hun nationale financiële verslaggeving zouden volgen omwille van de vergelijkbaarheid (artikel 2, lid 2, van Richtsnoer ECB/2010/20).

De nationale financiële rekeningen van de Nationale Bank zijn dan ook een zaak van Belgisch recht. In dit kader heeft de Belgische wetgever er in artikel 33 van de organieke wet van 22 februari 1998 voor geopteerd om de bindende regels van Richtsnoer ECB/2010/20 te integreren in het Belgisch rechtskader voor de opmaak van de nationale rekeningen van de Nationale Bank.

Door deze keuze kan de Belgische wetgever redelijkerwijze niet 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.

De door (eiser) gehuldigde stelling gaat voorbij aan de vaststelling 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. Als de wetgever de bepalingen van het Richtsnoer niet in het Belgische referentiekader had geïntegreerd, dan waren deze bepalingen niet van toepassing geweest op de opmaak van de nationale rekeningen van de Bank.

Gelet op het toepassingsgebied van Richtsnoer ECB/2010/20 kan de voorrang van dit Richtsnoer op de organieke wet in deze materie ook niet worden afgeleid uit het primaat van het Unierecht zoals appellant ten onrechte stelt.

De hiërarchische volgorde die de Nationale Bank voorstaat, sluit ook aan bij de volgorde waarin de toepasselijke normen in artikel 33 van de organieke wet van 22 februari 1998 door de Belgische wetgever worden opgesomd.

De stelling van (eiser) dat de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 primeren op de bepalingen van de organieke wet wordt bijgevolg niet bijgetreden (...).

(cf. bestreden arrest, p. 7-19).

Grieven:

1. De opmaak van de rekeningen van de Nationale Bank wordt op nationaal niveau geregeld door de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het Organiek statuut van de nationale bank (BS 28 maart 1998, 9377) (hierna afgekort Organieke wet).

Artikel 2 van de Organieke Wet bepaalt *“De Nationale Bank van België maakt integrerend deel uit van het Europees stelsel van centrale banken, hierna ESCB genoemd, waarvan de statuten werden vastgelegd in het desbetreffend Protocol gehecht aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie.*

Daarenboven gelden voor de Bank deze wet, haar eigen statuten en, aanvullend, de bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen”.

Artikel 141, § 1 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (BS 4 september 2002) bepaalt wat volgt: *“De woorden “en, aanvullend, de bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen” in artikel 2, tweede lid, van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België worden uitgelegd in die zin dat de bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen slechts van toepassing zijn op de Nationale Bank van België : 1° voor de aangelegenheden die niet worden geregeld door de bepalingen van titel VII van het derde deel van het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie en van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank, noch door voornoemde wet van 22 februari 1998 of de statuten van de Nationale Bank van België; en 2° voor zover zij niet strijdig zijn met de bepalingen bedoeld in 1°”.*

Uit artikel 2 van de Organieke wet en de interpretatieve bepaling van artikel 141, § 1 van de voormelde wet van 2 augustus 2002, volgt dat het statuut en de werking van de Nationale Bank van België wordt beheerst door volgende bepalingen:

- de bepalingen van titel VII van het derde deel van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), thans titel VIII van het derde deel van VWEU, en het daaraan gehecht Protocol (nr. 4) betreffende de statuten van het Europees Stelsel van Centrale Bank en van de ECB (hierna Protocol nr. 4),
- de organieke wet van 22 februari 1998,
- de statuten van de Nationale Bank, goedgekeurd bij Koninklijk Besluit; en
- aanvullend, d.w.z. voor zaken niet geregeld door de voorgaande bepalingen en voor zover niet strijdig met deze bepalingen, de gemeenrechtelijke bepalingen betreffende naamloze vennootschappen.

2. De financiële rekeningen en rapportering van de Nationale Bank worden beheerst door artikel 33 van de Organieke Wet dat als volgt luidt:

“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 (eigen onderlijning);

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 ‘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’, waarnaar wordt verwezen in artikel 33 van de Organieke wet, vormen de bindende bepalingen van Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten behoeve van de financiële administratie en verslaggeving in het Europese Stelsel van Centrale Bank (herschikking) (ECB/2010/20) (hierna afgekort Richtsnoer ECB/2010/20).

De Belgische wetgever heeft er in het geciteerde artikel 33 van de Organieke wet uitdrukkelijk voor geopteerd om de bindende regels van de Richtsnoer ECB/2010/20 te integreren in het Belgisch kader voor de opmaak van de nationale rekeningen van de Nationale Bank. Derhalve maken deze normen voortaan ook deel uit van het Belgisch normatief kader.

Uit een duidelijke lectuur volgt dat artikel 33, 1° van de Organieke wet een nevenschikking bevat tussen de wet enerzijds en de regels van het Protocol (gelezen als het Richtsnoer ECB/2010/20) anderzijds en geen volgorde *weergeven*. Deze bepaling plaatst de wet en de regels van het bedoelde Richtsnoer immers op dezelfde hoogte door gebruik van het voegwoord “en” en bevat geen gegeven rangorde. Er is slechts sprake van een opsplitsing tussen 1° en 2°, alwaar 1° staat voor zowel de wet als de bindende regels van het Protocol en 2° voor de regels, vastgesteld door de Regentenraad.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de regels van de Organieke wet én de bindende regels van Richtsnoer ECB/2010/20 samen én op hetzelfde niveau van toepassing zijn op de regulering inzake de financiële rekeningen en rapportering van de Nationale Bank. Dit betekent dat de meest strenge regel toepassing zal vinden bij nalezing van de teksten. Er is geen sprake van een ondergeschikte rangorde waarbij de regels van het bedoelde Richtsnoer ondergeschikt zouden zijn aan de regels van de Organieke wet.

3. Het appelgerecht verklaart de vordering van eiser om de Nationale Bank te horen bevelen haar jaarrekeningen betreffende boekjaren 2012, 2013 en 2014 te corrigeren en/of op te stellen, ongegrond op basis van onder meer de overweging dat de bindende bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 *ondergeschikt zijn* aan de bepalingen van de Organieke wet.

Het hof van beroep overweegt dienaangaande:

- dat de Belgische wetgever er in artikel 33 van de organieke wet voor geopteerd heeft om de bindende regels van Richtsnoer ECB/2010/20 te integreren in het Belgisch rechtskader voor de opmaak van de nationale rekeningen van de Nationale Bank,
- dat door deze keuze de Belgische wetgever redelijkerwijze niet kan worden geacht daarmee te willen afwijken van de bijzondere regels die hij heeft vastgesteld in de organieke wet van 22 februari 1998, indien hij dit niet expliciet verduidelijkt,
- dat de door eiser gehuldigde stelling voorbij gaat aan de vaststelling 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,
- dat als de wetgever de bepalingen van het Richtsnoer niet in het Belgische referentiekader had geïntegreerd, deze bepalingen niet van toepassing waren geweest op de opmaak van de nationale rekeningen van de Bank,

-dat de hiërarchische volgorde die de Nationale Bank voorstaan, ook aansluit bij de volgorde waarin de toepasselijke normen in artikel 33 van de organieke wet door de Belgische wetgever worden opgesomd,

-dat de stelling van eiser dat de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 primeren op de bepalingen van de organieke wet niet wordt bijgetreden (cf. bestreden arrest, p. 8-9, randnummers 8-9).

4. In zover het hof van beroep oordeelt dat de bepalingen van de Organieke wet primeren op de bepalingen van Richtsnoer ECB/2010/20 en de Organieke wet geldt als 'lex specialis' ten aanzien van deze Richtsnoer, geeft zij een uitlegging 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 van het hof dienaangaande niet naar recht verantwoord is (schending van de in het middel aangehaalde wetsbepalingen).

TOELICHTING BIJ HET TWEEDE MIDDEL TOT CASSATIE:

1. Volgens het algemeen rechtsbeginsel "Interpretatio cessat in claris", dat gehuldigd wordt in de leer van "klare tekst"-doctrine behoeft een duidelijke wettekst geen interpretatie. De grammaticale, letterlijke, tekstuele of, zoals DUMON ze noemt, de exegetische methode bestaat erin de betekenis van een wettekst nader te preciseren door de formulering en de grammaticale opbouw van de betrokken tekst te analyseren. De betekenis van de woorden wordt onderzocht in 'hun context binnen een zin' en eventueel verduidelijkt d.m.v. een grammaticale ontleding (zie o.m.: M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 154).

De redengeving van het hof van beroep is gebaseerd op de *grammaticale opbouw* van het wetsartikel. Indien het hof deze interpretatiemethode aanwendt, dient het deze ook correct toe te passen. De nevenschikking van de woorden 'organieke wet' en 'Protocol' kunnen grammaticaal niet gelezen worden als zouden de woorden in ondergeschikte volgorde staan. Het hof van beroep geeft dan ook een uitlegging aan het bedoelde artikel 33 van de Organieke wet dat onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.

2. Het hof van beroep beslist correct dat de bindende regels van Richtsnoer ECB/2010/20 op het niveau van de Belgische wet worden gebracht, maar gaat een brug te ver door te oordelen dat deze regels ondergeschikt zijn aan de Belgische *lex specialis*, welke de Organieke wet zou zijn. Er bestaat bovendien geen algemeen rechtsbeginsel 'lex specialis derogat generalibus' (zie o.m.: Cass. 19 november 2019, AR P.19.0538.N, www.juridat.be).

3. Voor zoveel als nodig, kan worden opgemerkt dat uit de primauteit van het Unierecht volgt dat de rechter voorrang moet geven aan de toepasselijke bepalingen van het Europees recht. Dit is eveneens vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit volgt dat het primair en afgeleid Unierecht steeds voorrang hebben op het interne recht van de lidstaten. In het arrest Costa/ ENEL van 15 juli 1964 (zaak 6-64) verwoordde het Hof van Justitie dit reeds als volgt: "dat het Verdragsrecht, dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast" (Eigen onderlijning) (zie eveneens:

Het Unierecht heeft aldus voorrang op elke nationale rechtsregel die ermee in strijd zou zijn. Deze regel geldt zelfs als het gaat om "*beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat*" (K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *Europees recht*, Intersentia,

2011, 517) en geldt dus zeker voor de bepalingen van de Organieke wet van de Nationale Bank, zoals blijkt uit de volgende vaststellingen:

i) De richtsnoeren van de ECB zijn de nadere invulling van het Europese recht wat het monetair beleid betreft.

Dit volgt uit een combinatie van een aantal artikelen uit het Verdrag betreffende de Europese Unie (waarvan parallelle bepalingen terug te vinden zijn in artikelen van het Vierde Protocol):

- Artikel 127 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (en artikel 3 van het Vierde Protocol) bepaalt dat het ESCB de fundamentele taken uitvoert van het monetair Europees Unie beleid overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie.
- Uit de samenlezing van deze bepalingen volgt dat de Richtsnoeren van de ECB de concrete uitwerking zijn van de verdragsbepalingen voor het monetair beleid van de Europese Unie. Als zodanig genieten ze van de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht. De Europese Unie is immers niet enkel een economische unie maar ook een monetaire unie, zodat de bewaking van het monetaire beleid tot het kernbeleid van de Europese unie hoort.
- Artikel 131 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (een parallelle bepaling is terug te vinden in artikel 14.1 van het Vierde Protocol) : *“Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat zijn nationale wetgeving, met inbegrip van de statuten van zijn nationale centrale bank, verenigbaar is met de Verdragen en met de statuten van het ESCB en van de ECB.”*
- Artikel 14.3 van het Vierde Protocol: Het Richtsnoer geniet dus onbetwistbaar voorrang op de Organieke Wet.

Het hof van beroep beslist dan ook geheel ten onrechte dat de bepalingen van de Organieke Wet als ‘lex specialis’ zouden primeren op Richtsnoer ECB/2010/20.

DERDE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wettelijke bepalingen:

-Artikel 3, a), evenals de bepalingen opgenomen in bijlage II van het Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten behoeve van de financiële administratie en verslaglegging in het Europees Stelsel van Centrale Banken, *Pb.L.* 9 februari 2011, afl. 35, 31 (hierna afgekort Richtsnoer ECB/2010/20);

-de artikelen 9bis en 30 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het Organiek statuut van de nationale bank (*BS* 28 maart 1998, 9377) (hierna afgekort Organieke wet).

Aangevochten beslissing:

Het hof van beroep verklaart het hoger beroep van eiser tegen het vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 22 mei 2015 ontvankelijk, doch ongegrond. Meer in het bijzonder verklaart het hof van beroep de vordering van eiser *“(verweerster) te horen bevelen haar jaarrekeningen betreffende boekjaar 2012 en 2013, en*

bij uitbreiding van eis de jaarrekening betreffende het boekjaar 2014, binnen een termijn van twee maanden vanaf het te wijzen arrest te corrigeren en/of op te stellen”, ongegrond op basis van onder meer de redengeving dat de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op de goudreserves door de Nationale Bank wel op correcte wijze is gebeurd.

De redengeving van het hof van beroep is o.m. gebaseerd op volgende redengeving:

“IV. Vordering tot correctie van de jaarrekeningen 2012, 2013 en 2014

14. Volgens (eiser) bestaat de opzet van zijn vordering erin de Nationale Bank te verplichten tot het afleveren van een heldere communicatie betreffende de eigendomsrechten en risico's van al haar aandeelhouders en bijgevolg tot het afleveren van een jaarrekening die een getrouw beeld geeft van de financiële situatie van de Nationale Bank. Enkel indien de betrouwbaarheid en de transparantie worden gewaarborgd, zal het aandeel zijn credibiliteit herwinnen op de markt en zal de beurskoers stijgen naar een niveau dat meer in overeenstemming is met de reële achterliggende waarde.

De jaarrekeningen 2012, 2013 en 2014 dienen a posteriori te worden gecorrigeerd op het vlak van de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves, de afschrijvingen en de opmaak van de jaarrekening inzake winstbestemming.

(Eiser) betoogt dat de gevraagde correctie met betrekking tot de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves een verwachte implicatie van 298,9 miljoen euro op het eigen vermogen van de Nationale Bank heeft. Anderzijds zou de gevraagde correctie op het vlak van de afschrijvingen een daling van het eigen vermogen van 342 miljoen euro (cijfers per einde 2011) tot gevolg hebben.

Meer specifiek voert (eiser) aan dat de volgende drie correcties moeten worden doorgevoerd:

- *de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves worden foutief geboekt onder passiefrubriek 10 ("Overige passiva"). Zij moeten worden geboekt op een nieuwe ad hoc rekening van passiefrubriek 13 ("Kapitaal, reservefondsen en beschikbare reserves"), en met andere woorden als onderdeel van het eigen vermogen.*

- *de afschrijvingen op materiële en immateriële vaste activa worden foutief geboekt op de post "Reservefondsen" van passiefrubriek 13. Zij moeten in mindering worden gebracht van de boekwaarde van de activa waarop zij betrekking hebben.*

- *Het is foutief de jaarrekening voor te stellen vóór winstbestemming. De jaarrekening moet worden voorgesteld ná winstbestemming.*

15. Een goedgekeurde jaarrekening is in beginsel definitief, bindend en onherroepelijk en kan a posteriori niet worden gewijzigd. Van dit beginsel kan enkel worden afgeweken in welomschreven gevallen.

Materiële vergissingen en vergissingen in rechte en feite, waaronder een inbreuk op de boekhoudwetgeving of andere rechtsregels, kunnen worden gecorrigeerd. Zo kan een met het boekhoudrecht strijdige beslissing worden gecorrigeerd, ook al is de onjuiste boeking het gevolg van een bewuste beslissing.

Op beslissingen die de onderneming wettelijk gezien heeft kunnen nemen, omdat de toepasselijke boekhoudrechtelijke regels een beoordelingsmarge toelaten, kan niet worden teruggekomen. Dergelijke beslissingen die tot uitdrukking komen in de

jaarrekening zijn altijd definitief en onherroepelijk, ook al blijken ze achteraf onoordeelkundig of lichtzinnig te zijn geweest.

(Cass. 10 maart 2016, www.iuridat.be; Cass. 12 mei 1989, T.R.V., 1989, p. 426, noot Van Crombrugge; CBN-advies 2014/4, "Correctie van de jaarrekening", Bull. BN nr. 68, juli 2014, p.21, nrs. 11 tot en met 14).

(Eiser) betoogt dat het in de drie gevallen gaat om vergissingen in rechte, namelijk beslissingen die een inbreuk plegen op de toepasselijke boekhoudkundige en andere rechtsregels, en derhalve corrigeerbaar zijn.

Daarentegen stelt de Nationale Bank dat er geen sprake is van een inbreuk op een toepasselijke boekhoudkundige of andere rechtsregel zodat de gelaakte beslissingen over de boekingen, geen grond kunnen zijn voor een retroactieve wijziging van de jaarrekening.

16. Betreffende de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves, oordeelt het hof als volgt.

De Nationale Bank bevestigt in haar syntheseconclusie uitdrukkelijk dat de goudreserves de juridische eigendom zijn van de Nationale Bank.

Deze goudreserves maken samen met de deviezenreserves deel uit van de officiële externe reserves van de Belgische Staat die door de Nationale Bank worden aangehouden en beheerd.

Hieromtrent stelt artikel 9bis van de organieke wet van 22 februari 1998 het volgende: "In het kader vastgesteld door artikel 105(2) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap 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. "

De goudreserves maken derhalve binnen het vermogen van de Nationale Bank een doelvermogen uit dat bestemd is voor de taken en verrichtingen van de Nationale Bank in het kader van het Europees Stelsel van centrale banken (het ESCB) en haar andere opdrachten van algemeen belang. Hoewel de goudreserves louter civielrechtelijk de juridische eigendom zijn van de Nationale Bank, hebben zij een macro-economische beleidsbestemming die beperkingen stelt op het vlak van hun beschikking en beheer.

17. Voor de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves moet artikel 30 van de organieke wet worden nageleefd.

Dit artikel 30 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.

De netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van de in het eerste lid bedoelde meerwaarde, wordt aan de Staat toegekend.

De externe reservebestanddelen, verworven ten gevolge van de in het eerste lid bedoelde transacties, zijn gedekt door de Staatsgarantie bedoeld in artikel 9, tweede lid, van deze wet.

De regels voor de toepassing van de in de vorenstaande alinea's opgenomen bepalingen worden vastgesteld bij overeenkomsten die tussen de Staat en de Bank zullen worden gesloten. Deze overeenkomsten worden in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. "

18. Volgens (eiser) kan de "onbeschikbare reserve" enkel worden geboekt onder het eigen vermogen van de Nationale Bank, meer bepaald onder een nieuwe rubriek "13.4 Onbeschikbare reserve" als onderdeel van de rubriek "13. Kapitaal, reservefondsen en beschikbare reserve". De boeking onder de rubriek "10.3 Overige Passiva - Diversen" is volgens hem foutief. De Nationale Bank is de eigenaar van de goudreserves. De gerealiseerde meerwaarden behoren dan ook tot het vermogen van de Nationale Bank zodat enkel een boeking onder een post van het eigen vermogen van de Nationale bank correct is.

Terecht is de Nationale Bank het oneens met deze stelling.

Noch artikel 30 van de organieke wet noch enige andere bindende boekhoudregel duiden een passiefrubriek- of post aan waaronder de bijzondere onbeschikbare reserverekening moet worden geboekt. (Eiser) toont niet aan dat de boeking die de Nationale Bank toepast, een inbreuk pleegt op een regel van boekhoudrecht of op een andere rechtsregel.

Er kan niet worden voorbijgegaan aan de vaststelling dat artikel 30 van de organieke wet bijzondere regels bepaalt betreffende het statuut en de bestemming van meerwaarden gerealiseerd op arbitragetransacties van goud tegen andere externe reservebestanddelen binnen het kader van het actief beheer van de externe reserves. De regels van Richtsnoer ECB/2010/20 prevaleren niet op deze bijzondere regels.

Uit deze bijzondere regels volgt dat de kenmerken van de onbeschikbare reserve in belangrijke mate afwijken van de conventionele kenmerken van eigen vermogen.

Teneinde het risico van misleiding te beperken, is de boeking onder passiefrubriek 10.3 voorzichtiger dan een boeking onder passiefrubriek 13, en dit om volgende redenen:

- Artikel 30 maakt de betrokken reserve onbeschikbaar voor uitkering aan de aandeelhouders. Zij kan dus niet worden geboekt onder passiefrubriek 13.2 (Reservefondsen) noch onder passiefrubriek 13.3 (Beschikbare reserve).
- Artikel 30 maakt dat de reserve niet kan worden aangewend voor de aanzuivering van verliezen, behalve voor minderwaarden op andere arbitragetransacties in goud.
- Artikel 30 bepaalt verder dat de netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van de onbeschikbare reserve, wordt toegekend aan de Staat.

- De onbeschikbare reserverekening strekt tot het actief beheer van de goudvoorraad en andere externe reserves vanuit de doelstelling deze reserves op peil te houden.

De goudvoorraad en andere externe reserves maken een doelvermogen uit dat enkel kan worden aangewend en waarover enkel kan worden beschikt binnen het kader van de opdrachten van algemeen belang van de Nationale Bank, inzonderheid in de context van het ESCB. Indien zij daarvoor niet langer nodig zijn, komt het de wetgever toe er de uiteindelijke bestemming van te bepalen. Dit wordt door de wetgever uitdrukkelijk gesteld bij invoering van artikel 9bis in de organieke wet (Parl. St., Kamer, 2001-2002, nr. 50-1842/003, p. 13).

Om dezelfde redenen heeft de wetgever in 1998 de automatische toekenning van het saldo van de onbeschikbare reserve aan de Staat in de vereffening van de Nationale Bank niet behouden (Parl. St., Kamer, 2001-2002, nr. 50-1460/001, p. 9). Dit omdat het aan de wetgever toekomt om de bestemming van de goudvoorraad en andere externe reserves te bepalen indien en wanneer zij niet langer nodig zijn voor de vervulling van opdrachten van algemeen belang door de Nationale Bank. In het verleden heeft de wetgever het bedrag van de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves reeds bestemd voor bepaalde langetermijnbestedingen van algemeen belang. Het staat echter niet vast dat de wetgever dat opnieuw zal doen. Hij zou daaraan een interne bestemming binnen de Nationale Bank kunnen geven.

In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de onbeschikbare reserve is opgenomen onder de passiefrubriek 10 "overige passiva", en niet, zoals in het gemeenschappelijk balansschema, onder de passiefrubriek "overige schulden". Enkel wanneer de wet aan de post uiteindelijk een bestemming geeft buiten de Nationale Bank, kan er sprake zijn van een verplichting tot betaling aan een begunstigde en derhalve van een schuld. Uit de bedoelde bepalingen volgt dat de bestemming van de betrokken onbeschikbare reserve uiteindelijk zal worden bepaald door de wet.

- In een arrest van 30 september 2010 oordeelde het hof van beroep te Brussel (9 kamer) dat Deminor en de andere appellanten in hun hoedanigheid van aandeelhouders van de Nationale Bank geen recht kunnen laten gelden met betrekking tot de goudreserves en de eventuele gerealiseerde meerwaarden op goudverkoop (Brussel, 30 september 2010, 2006/AR/174, randnummer 21).

In een arrest van 1 juni 2011 verwierp het hof van beroep te Brussel (9^{de} kamer) om dezelfde reden een schadevergoedingseis van particuliere aandeelhouders wegens bepaalde bij of krachtens de wet opgelegde bestemmingen van gerealiseerde meerwaarden op verkoop van goudreserves (Brussel, 1 juni 2011, Bank Fin., 2012, af. 5-6, 344 (346)).

- Het gaat niet om een conventionele onbeschikbare reserve waaraan bij bijzonder meerderheidsbesluit van de algemene vergadering of de Regentenraad van de Nationale Bank een andere bestemming zou kunnen worden gegeven. De onbeschikbaarheid van de reserve volgt uit de bijzondere wettelijke regeling ingesteld door artikel 30 organieke wet.

Al deze elementen geven aan dat, rekening houdend met de eigen aard van de bijzondere reserverekening, een boeking onder de sui generis post 10.3 ("Diversen") van passiefrubriek ("Overige passiva"), met de toelichting dat het gaat om de onbeschikbare reserve voor goudmeerwaarden, voorzichtiger is.

Deze wijze van boeking wordt al sedert jaren toegepast. Voorts preciseert de Nationale Bank in de toelichting bij de jaarrekening dat het gaat om gerealiseerde meerwaarden op goudreserves die overeenkomstig artikel 30 van de organieke wet een onbeschikbare reserve uitmaken. Daarnaast wordt artikel 30 tekstueel opgenomen in het jaarverslag.

Bovendien is het bedrag van deze rekening onveranderd sinds 2005 toen de laatste arbitragetransacties van goud tegen dollars plaatsvonden. Naar aanleiding van deze transactie werd in de toelichting vermeld dat de betreffende meerwaarden "overeenkomstig artikel 30 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Bank, op een bijzondere onbeschikbare reserverekening [werden] geboekt (die is opgenomen in de subpost 10.3 op de passiefzijde van de balans 'Overige passiva, diversen')"(Verslag 2005 - Activiteiten, bestuur en jaarrekening, p. 99.)

Alle andere overwegingen en argumenten die door appellant in zijn synthesebesluiten in beroep aanhaalt, kunnen geen afbreuk doen aan hetgeen het hof in de voorgaande randnummers heeft geoordeeld.

19. Uit de voorgaande overwegingen en randnummers volgt eveneens dat het verzoek van appellant tot het stellen van de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof moet worden afgewezen, omdat de prejudiciële vraag uitgaat van de hypothese waarbij de relevante bepalingen van de organieke wet worden geïnterpreteerd in die zin dat de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves als schuld aan de Staat worden geboekt en bijgevolg worden voorbehouden aan de Staat, terwijl dit niet het geval is (zie vorig randnummer)".

(cf. bestreden arrest, p. 14-17, randnummers 14-19).

Grieven:

1. Artikel 9bis van de Organieke wet bepaalt wat 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".*

Deze bepaling zegt niets over en heeft aldus geen implicatie omtrent de bestemming van de gerealiseerde meerwaarden op de goudvoorraad, geboekt in de onbeschikbare reserverekening, zodat zij geen wettelijke verantwoording kan vormen voor de boeking van deze meerwaarden onder de rubriek "overige passiva" in de jaarrekening van de Nationale Bank.

2. Ook artikel 30 van de Organieke wet kan niet als grondslag dienen voor de boeking van de bedoelde meerwaarden op goud onder de rubriek "overige passiva".

Artikel 30 van de Organieke wet bepaalt immers wat volgt: *"De meerwaarde die door de Bank wordt gerealiseerd naar aanleiding van arbitragetransacties van*

activa in goud tegen andere externe reservebestanddelen worden 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.

De netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van de in het eerste lid bedoelde meerwaarde, wordt aan de Staat toegekend.

De externe reservebestanddelen, verworven ten gevolge van de in het eerste lid bedoelde transacties, zijn gedekt door de Staatsgarantie bedoeld in artikel 9, tweede lid, van deze wet.

De regels voor de toepassing van de in de vorenstaande alinea's opgenomen bepalingen worden vastgesteld bij overeenkomsten die tussen de Staat en de Bank zullen worden gesloten. Deze overeenkomsten worden in het Belgisch Staatsblad bekend gemaakt".

Artikel 30, eerste lid van de wet bepaalt dat de meerwaarde op goudtransacties wordt gecrediteerd aan een bijzondere 'onbeschikbare reserve', maar preciseert geenszins wat met deze reserve dient te gebeuren en hoe deze reserve dient te worden geboekt in de jaarrekening. Het tweede lid van deze bepaling stelt dat de netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van deze meerwaarde (activa die niet worden gepreciseerd) worden toegekend aan de Staat, hetgeen op geen enkele wijze de boeking van de eigenlijke 'onbeschikbare reserve' kan beïnvloeden.

Het derde lid van deze bepaling stelt dat de Staat, overeenkomstig artikel 9 van de organieke wet, de Nationale Bank waarborgt tegen ieder verlies dat deze zou kunnen oplopen als gevolg van het verlenen van kredieten door gebruik van de fondsen van deze "onbeschikbare reserve". Deze reserve wordt als 'onbeschikbaar' gekwalificeerd, maar artikel 30 sluit evenmin uit dat de fondsen worden gebruikt voor het toestaan van kredieten die dan op het activa zullen verschijnen, zijnde activa die dan gewaarborgd worden door de Staat.

3. Artikel 3, a) van Richtsnoer ECB/2010/20 bepaalt wat volgt:

"De volgende uitgangspunten inzake de financiële administratie zijn van toepassing: economische realiteit en transparantie: de methoden van administreren en de financiële verslaglegging weerspiegelen 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" (eigen onderlijning).

Voor de toepassing van deze Richtsnoer worden "passiva" gedefinieerd als "*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*" (zie bijlage II bij de Richtsnoer ECB/2010/20).

4. Wat de boeking van de *gerealiseerde meerwaarden op de goudreserves* in de jaarrekening van de Nationale Bank betreft, overweegt het hof van beroep in hoofdzaak wat volgt:

-dat uit artikel 9bis van de Controlewet voortvloeit dat de goudreserves binnen het vermogen van de NB een doelvermogen uitmaken dat bestemd is voor de taken en verrichtingen van

de NB in het kader van het Europees Stelsel der Nationale Banken en haar andere opdrachten van algemeen belang,

-dat hoewel de goudreserves louter civielrechtelijk de juridische eigendom zijn van de NBB, zij een macro-economische beleidsbestemming hebben die beperkingen stelt op hun beschikking en beheer,

-dat voor de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves artikel 30 van de Organieke wet moet worden nageleefd,

-dat noch artikel 30 van de Organieke Wet, noch enige andere boekhoudkundige regel, een passiefrubriek- of post aanduiden waaronder de bijzondere onbeschikbare reserverekening moet worden geboekt,

-dat cliënt niet aantoonde dat de boeking die de Bank toepast, een inbreuk pleegt op een regel van boekhoudrecht of op een andere rechtsregel,

-dat artikel 30 van de organieke wet bijzondere regels bepaalt betreffende het statuut en de bestemming van meerwaarden gerealiseerd op arbitragetransacties van goud tegen andere externe reservebestanddelen binnen het kader van het actief beheer van de externe reserves,

-dat de regels van Richtsnoer ECB/2010/ECB niet prevaleren op deze bijzondere regels,

-dat uit de bijzondere regels van artikel 30 van de Organieke wet volgt dat de kenmerken van de onbeschikbare reserve in belangrijke mate afwijken van de conventionele kenmerken van eigen vermogen,

-dat de goudvoorraad en andere externe reserves een doelvermogen uitmaken dat enkel kan worden aangewend en waarover enkel kan worden beschikt binnen het kader van de opdrachten van algemeen belang van de Nationale Bank en indien zij hiervoor niet langer nodig zijn, het de wetgever toekomt er de uiteindelijke bestemming van te bepalen (zie artikel 9bis van de organieke wet),

-dat de wetgever om dezelfde reden de automatische toekenning van het saldo van de onbeschikbare reserve aan de Staat in de vereffening van de NBB niet heeft behouden: dit omdat het aan de wetgever toekomt om de bestemming van de goudvoorraad en andere externe reserves te bepalen indien en wanneer zij niet langer nodig zijn voor de invulling van opdracht van algemeen belang door de NBB, dat de wetgever het bedrag van de gerealiseerde meerwaarden op goudreserves reeds bestemd heeft voor bepaalde langetermijnbestedingen van algemeen belang, dat het echter niet vaststaat dat de wetgever dat opnieuw zal doen en hij daaraan een interne bestemming binnen de NBB zou kunnen geven,

-dat in dit verband dient te worden opgemerkt dat de onbeschikbare reserve is opgenomen onder de passiefrubriek 10 "overige passiva", en niet, zoals in het gemeenschappelijk balansschema, onder de rubriek "overige schulden",

-dat enkel wanneer de wet aan de post uiteindelijk een bestemming geeft buiten de NBB, er sprake kan zijn van een verplichting tot betaling aan een begunstigde en derhalve een schuld.

Concluderend stelt het hof dat uit de bedoelde bepalingen volgt dat de bestemming van de betrokken onbeschikbare reserve uiteindelijk zal worden bepaald door de wet.

(cf. bestreden arrest, p.13-17, nrs. 16-19).

3. Artikel 9bis van de Organieke wet kan geen wettelijke verantwoording vormen voor de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op goud onder de rubriek "overige passiva" in de jaarrekening van de Nationale Bank. Deze bepaling zegt niets over en heeft aldus geen implicatie omtrent de bestemming van de gerealiseerde meerwaarden op de goudvoorraad, geboekt in de onbeschikbare reserverekening.

In zover het hof van beroep oordeelt dat artikel 9bis van de Organieke wet als wettelijke grondslag kan dienen voor de boeking van de gerealiseerde meerwaarden op goud onder de rubriek "overige passiva" in de jaarrekening van de Nationale Bank, leest het iets in deze wettelijke bepaling die er niet in voorkomt en grondt het haar beslissing op een wettelijke

bepaling die geen grondslag kan vormen voor haar beslissing, zodat de beslissing van het hof niet naar recht verantwoord is (schending van artikel 9bis van de Organieke wet).

4. Artikel 30 van de Organieke wet kan evenmin een verantwoording vormen voor de handelswijze van de Nationale Bank waarbij zij de bedoelde meerwaarden niet boekt als 'eigen vermogen'. Artikel 30, eerste lid van de wet bepaalt dat de meerwaarde op goudtransacties wordt gecrediteerd aan een bijzondere 'onbeschikbare reserve', maar preciseert geenszins wat met deze reserve dient te gebeuren en hoe deze reserve dient te worden geboekt in de jaarrekening. Het tweede lid van deze bepaling stelt dat de netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van deze meerwaarde (activa die niet worden gepreciseerd) worden toegekend aan de Staat, hetgeen op geen enkele wijze de boeking van de eigenlijke 'onbeschikbare reserve' kan beïnvloeden.

Het derde lid van deze bepaling stelt dat de Staat, overeenkomstig artikel 9 van de organieke wet, de Nationale Bank waarborgt tegen ieder verlies dat deze zou kunnen oplopen als gevolg van het verlenen van kredieten door gebruik van de fondsen van deze "onbeschikbare reserve". Deze reserve wordt als 'onbeschikbaar' gekwalificeerd, maar artikel 30 sluit evenmin uit dat de fondsen worden gebruikt voor het toestaan van kredieten die dan op het activa zullen verschijnen, zijnde activa die dan gewaarborgd worden door de Staat.

5. In zoverre het hof van beroep oordeelt dat een boeking onder passiefrubriek 10.3 voorzigtiger en dus beter is dan een boeking onder passiefrubriek 13, op basis van een motivering gebaseerd op artikel 30 van de Organieke wet (namelijk dat artikel 30 de betrokken reserve onbeschikbaar maakt voor uitkering aan de aandeelhouders, zodat zij niet kan worden geboekt onder passiefrubriek 13.2 of 13.3; dat deze bepaling maakt dat de reserve niet kan worden aangewend voor de aanzuivering van verliezen, behalve voor minderwaarden op andere arbitragetransacties in goed en dat de netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van de onbeschikbare reserve, wordt toegekend aan de staat), terwijl deze bepaling niet toepasselijk is in de besproken zaak, is haar beslissing niet naar recht verantwoord (schending van artikel 30 van de Organieke wet).

6. Overeenkomstig artikel 30 van de Organieke wet dient bij de effectieve realisatie van een meerwaarde naar aanleiding van arbitrageverrichtingen van activa in goud tegen andere externe reservebestanddelen, deze te worden geboekt op een bijzondere onbeschikbare reserverekening.

In de jaarrekening van de NBB vinden we deze *"bijzondere onbeschikbare reserverekening"* terug onder *rubriek 10 "Overige passiva"*, waardoor dient vastgesteld te worden dat de bedoelde *"bijzondere onbeschikbare reserverekening"* lijkt opgenomen te zijn als een schuld en aldus getoond wordt als geen deel uitmakend van het eigen vermogen van de NBB.

Bijlage II bij het Richtsnoer ECB/2010/20 bepaalt in de "verklarende begrippenlijst" het volgende: *"Passiva: huidige verplichting van de onderneming die is ontstaan uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de vereffening naar verwachting zal leiden tot een uitstroom van middelen die economische baten vertegenwoordigen"* (eigen onderlijning).

Dit betekent dat noch *mogelijke toekomstige wetgeving*, evenmin als het *vennootschapsdoel*, als dusdanig een verantwoording kunnen vormen voor de boeking onder "overige passiva", vermits deze *niet kunnen gekwalificeerd worden als "gebeurtenissen in het verleden"*.

Een *potentiële toekomstige verplichting* om het goud en de meerwaarden aan de federale overheid, of aan een onbekende bestemming, te zullen moeten betalen, *omdat er mogelijk in de toekomst terzake een wettelijke ingreep zal zijn*, beantwoordt niet aan de voorwaarden om het goud en de meerwaarden te boeken onder de rubriek "overige passiva".

Het hof van beroep erkent dat de bijzondere onbeschikbare reserverekening tot het vermogen van de Nationale Bank behoort, maar oordeelt gelijktijdig dat de boeking van deze

reserverekening onder de rubriek 10 “Overige passiva” geen probleem vormt, hoewel deze boeking alleszins blijkt geeft van het bestaan van een schuld.

Bij gebreke aan wetgeving die een overheveling of onteigening ten behoeve van de federale overheid bepaalt, is er op dit ogenblik geen schuldeiser en kan de bedoelde beschikbare reserverekening derhalve niet tot het vreemd vermogen behoren, zodat het ipso facto tot het eigen vermogen dient te behoren.

In zoverre het hof *impliciet maar zeker* oordeelt dat de Nationale Bank geen inbreuk pleegt, noch op de organieke wet, noch enige andere bindende boekhoudregel, doordat de Nationale Bank de onbeschikbare reserverekening in haar jaarrekening niet weergeeft als eigen vermogen, schendt het hof artikel 3, a) en het begrip “passiva” gedefinieerd in bijlage II van Richtsnoer van de ECB van 11 november 2010 betreffende het juridische kader ten behoeve van de financiële administratie en verslaglegging in het Europees Stelsel van Centrale Banken, *Pb.L.* 9 februari 2011, afl. 35, 31).

TOELICHTING BIJ HET DERDE MIDDEL TOT CASSATIE:

-Bij de toepassing van artikel 9bis van de Organieke Wet:

Artikel 9bis van de Organieke wet kan geenszins als rechtvaardiging gelden voor het niet boeken van de meerwaarden als eigen vermogen omwille van volgende redenen:

Vooreerst weze gesteld dat die reserves, bedoeld in artikel 9bis, meer omvatten dan de goudvoorraad van de Nationale Bank. Immers, benevens de goudvoorraad behoren eveneens tot de reserves de resultaten op de deviezenvoorraad, waarvan mag vastgesteld worden dat deze gewoon via de resultatenrekening verwerkt worden en bijgevolg aan de aandeelhouders toekomen. Deze worden wel erkend als *eigen vermogen*. Deze deviezenvoorraden betreffen de transacties van de deviezen, andere dan arbitragetransacties van activa in goud.

De omstandigheid dat beide types van “officiële externe reserves” in praktijk in de jaarrekening van de Nationale Bank een verschillende behandeling kennen, leidt tot de logische conclusie dat uit de tekst van artikel 9bis van de Organieke wet geenszins kan worden afgeleid dat er een onderscheiden behandeling van de goudvoorraden enerzijds en de resultaten op de deviezenvoorraad anderzijds een verantwoording zou vinden in de tekst van deze bepaling, op zodanige wijze dat de éne wel aan de aandeelhouders toekomen, de andere niet. Dat de ene wel geboekt wordt als eigen vermogen en de andere niet.

ii) Het hof van beroep meent te kunnen stellen dat het de wetgever toekomt de bestemming van de onbeschikbare reserves te bepalen. Dit is een volstrekt overbodige en overigens onjuiste, minstens irrelevante redengeving. De wetgever kan mogelijk in de toekomst alles, weze het onder voorbehoud van toetsing aan hogere normen. Een potentiële toekomstige wettelijke ingreep is alvast niet actueel en kan dus geen verantwoording vormen voor het niet boeken van de goudvoorraden als eigen vermogen.

De tekst van art. 9bis van de wet zegt aldus niets over en heeft aldus geen implicatie omtrent de bestemming van de gerealiseerde meerwaarden op de goudvoorraad, geboekt in de onbeschikbare reserverekening.

-Bij de toepassing van artikel 30 van de Organieke wet:

1^{ste} lid van art 30 : de meerwaarde op goudtransacties wordt gecrediteerd aan een bijzondere “onbeschikbare reserve”, doch preciseert helemaal niet wat met deze reserve dient te gebeuren of hoe deze reserve dient te worden geboekt in de jaarrekening. Waarom

past men dan niet de normale boekhoudkundige logica toe, namelijk de boeking onderdeel laten uitmaken van de balansrubriek 'Kapitaal, reservefonds en beschikbare reserves', waarbij een afzonderlijke sub-rubriek 'onbeschikbare reserve' kan worden toegevoegd. Dit zou de transparantie van de jaarrekening alleszins ten goede komen. Verder leest de tweede zin van art 30: "*Zij (verwijzend naar de onbeschikbare reserve) is vrijgesteld van alle belastingen.*"

Vreemd vermogen is principieel niet onderworpen aan belastingen. De '*vrijstelling*' kan dan ook enkel betrekking hebben op eigen vermogen.

-2^{de} lid : de netto-opbrengst van de activa die de tegenpost vormen van deze meerwaarde (activa die niet worden gepreciseerd) worden toegekend aan de Staat, hetgeen op geen enkele wijze de wijze van boeking van de eigenlijke "onbeschikbare reserve" kan beïnvloeden;

-3^{de} lid : de Staat waarborgt (overeenkomstig art 9 van de organieke wet) de NBB tegen ieder verlies dat deze zou kunnen oplopen als gevolg van het verlenen van kredieten door gebruik van de fondsen van deze "onbeschikbare reserve" (deze reserve wordt wel als "onbeschikbaar" gekwalificeerd, doch artikel 30 sluit evenwel niet uit dat de fondsen worden gebruikt voor het toestaan van kredieten die dan op het activa zullen verschijnen; activa die dan gewaarborgd worden door de Staat);

-4^{de} lid : geen bijkomende relevantie.

*Het hof tracht de kritiek die eiser in syntheseconclusie met betrekking tot de toepassing van artikel 30 van de Organieke wet (cf. "syntheseberoepsbesluiten" d.d. 8 februari 2016, p. 82-83) te ondervangen door te overwegen dat te dezen gebruik wordt gemaakt van het begrip "overige passiva" en niet zoals in het gemeenrechtelijk balansschema onder de rubriek "overige schulden". Volgens het hof gaat het dan ook niet om een schuld. Volgens het hof is er pas sprake van een schuld wanneer de wet aan de post een uiteindelijke bestemming geeft buiten de Nationale Bank, wat te dezen nog niet gebeurd is. In zoverre het hof oordeelt dat geen schuld betreft, kan het geen deel uitmaken van het vreemd vermogen, maar wel van het eigen vermogen, zodat het hof niet naar recht kon oordelen dat dat de bedoelde onbeschikbare reserve geboekt kon worden onder de rubriek "overige passiva"

OM DEZE REDENEN

Besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie, voor eiser, tot de vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing van de zaak en de partijen naar een ander hof van beroep. Kosten als naar recht.

Brussel, 10 maart 2020
Op vordering en naar concept

Voor eiser,
zijn raadsman
Huguette Geinger.