

De toekomst van de Anca-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014

Arne CARTON – Advocaat balie Brussel en praktijkassistent KU Leuven
Prof. dr. Steven LIERMAN – KU Leuven en Universiteit Antwerpen¹

Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 (nr. 99/2014) vormt een nieuw «mijlpaalarrest» over overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht. Onder invloed van de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie beperkt dit arrest op verregaande wijze de mogelijkheid voor burgerlijke rechters om nog de uit de cassatierechtspraak voortvloeiende voorwaarde van de voorafgaande uitwissing te kunnen toepassen bij een aansprakelijkheidsvordering die gebaseerd is op een vermeend foutieve rechterlijke uitspraak. Deze bijdrage onderzoekt de motieven en de draagwijdte van dit arrest, geeft een kritische analyse van de door het Grondwettelijk Hof verdedigde oplossing en schat de toekomst van de Anca-rechtspraak in.

I. Inleiding

1. In het zgn. «Anca-arrest» van 19 december 1991 legde het Hof van Cassatie de basisprincipes vast voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht.² Sinds dit arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat een dergelijke aansprakelijkheidsvordering in beginsel slechts kan slagen als het foutief vonnis of arrest nadien door een in kracht van gewijsde gegane uitspraak is «ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen (...)» wegens schending van een gevestigde rechtsnorm». De uitspraak mag dus geen gezag van gewijsde meer hebben.³

2. Deze rechtspraak komt op de helling te staan na een arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 (nr. 99/2014).⁴ Het Grondwettelijk Hof besluit tot de schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in

zoverre art. 1382 BW «belet dat de Staat aansprakelijk kan worden gesteld wegens een fout begaan in de uitoefening van de rechtsprekende functie door een rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan, zolang die beslissing niet is ingetrokken, herroepen, gewijzigd of vernietigd, zelfs al bestaat die fout in een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels en zelfs al maakt die fout, gelet op de beperkte rechtsmiddelen die tegen de genoemde beslissing openstaan, het niet mogelijk de vernietiging ervan te verkrijgen». Opmerkelijk is dat het Grondwettelijk Hof zich hierbij baseert op de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie inzake rechterlijke aansprakelijkheid.⁵ Het bodemgeschil dat aanleiding gaf tot het stellen van de prejudiciële vraag hield nochtans geen enkel verband met het EU-recht.

3. In deze bijdrage bespreken we de draagwijdte van dit arrest en de toekomst van de Anca-rechtspraak, mede in het licht van andere relevante rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en het Hof van Justitie.

Eerst lichten we de achtergrond toe van het bodemgeschil dat leidde tot de uitspraak van het Grondwettelijk Hof (II). Daarna volgt een bespreking van de Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten (III). Vervolgens analyseren we de door het Grondwettelijk Hof geproblematiseerde voorwaarde dat de foutieve uitspraak uit de rechtsorde moet zijn verdwenen (IV). In de volgende paragraaf bespreken we het vereiste foutbegrip. Daarbij behandelen we de klassieke rechtspraak van het Hof

¹ De auteurs bedanken prof. dr. Ingrid Boone en Willem Verrijdt voor hun bijzonder nuttige opmerkingen en suggesties. De tekst is enkel in eigen naam van de auteurs geschreven.

² Cass. 19 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 364, *Pas.* 1992, I, 316, conclusie advocaat-generaal J. VELU, *RW* 1992-93, 396, *JT* 1992, 142, conclusie advocaat-generaal J. VELU, *TBBR* 1992, 60, noot A. VAN OEVELEN. Dit arrest is genoemd naar de betrokken partij, nl. de BVBA Anderlecht-café, afgekort Anca.

³ Deze rechtspraak is vervolgens telkens bevestigd: Cass. 8 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1074, *RW* 1995-96, 180, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 5 juni 2008, *JLMB* 2009, 52, noot D. PHILIPPE; Cass. 27 juni 2008, *JLMB* 2009, 58, noot D. PHILIPPE; Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, 227, noot I. BOONE.

⁴ GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, *JLMB* 2014, 1462, noot, *NJW* 2014, 884, noot S. GUILLIAMS, *APT* 2014, 637, noot F. GLANSDORFF, *RGAR* 2015, nr. 15.164, noot F. TULKENS, *RW* 2014-15, 1573, noot A. VAN OEVELEN, *JT* 2015, 458, noot K. MUNUNGU LUNGUNGU en B. NELISEN. Zie over dit arrest ook: P. PEETERS en J. VANHOENACKER, «Het Grondwettelijk Hof en de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht» in P. PEETERS, W. PAS en W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, 359-371.

⁵ HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler; HvJ 13 juni 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo.

van Cassatie, de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie en de visie van het Grondwettelijk Hof (V). Daarna beoordelen we de draagwijdte van het arrest van het Grondwettelijk Hof, onder meer in het licht van de beginselen die gelden voor de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende en de uitvoerende macht (VI). Tot slot volgt een besluit over de toekomst van de Anca-rechtspraak (VII).

II. Achtergrond van het bodemgeschil dat geleid heeft tot het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014

4. Het arrest van het Grondwettelijk Hof kwam er na een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.⁶ Deze burgerlijke procedure tot schadevergoeding kent een heel aantal procedurevoorgaanden.

Begin 2009 besliste het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek om de woonplaats van een persoon te schrappen, omdat na controle was gebleken dat deze persoon niet daadwerkelijk op het grondgebied van deze gemeente verbleef. Het Rechtscollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest⁷ oordeelde echter in beroep dat onvoldoende bewijs voorhanden was om het vermoeden van woonplaats te weerleggen. Bij arrest van 22 november 2010 verwierp de Raad van State vervolgens het door de gemeente Schaarbeek tegen deze beslissing ingestelde beroep.⁸

De gemeente Schaarbeek stelde hierna bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel een vordering tot schadevergoeding in tegen de Belgische Staat op grond van art. 1382 BW. De gemeente Schaarbeek meende dat er sprake was van een rechterlijke fout die haar nadeel had berokkend. Zo zou de Raad van State ten onrechte geen toetsing met volle rechtsmacht hebben uitgeoefend, zou hij zijn beslissing niet correct hebben gemotiveerd en zou hij een reglementair bepaalde termijn hebben geschonden.⁹ De verwijzende rechter legde het Grondwettelijk Hof de vraag voor of de beoordeling van de Raad van State in twijfel mag worden getrokken in het raam van een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat wegens een rechterlijke fout. Omdat het arrest van de Raad van State

te volgens de verwijzende rechter niet vatbaar was voor hoger beroep, verzocht hij het Grondwettelijk Hof om te oordelen of de Anca-rechtspraak verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel en het recht op toegang tot de rechter.¹⁰ De voorwaarde dat de foutieve uitspraak volgens het Hof van Cassatie uit de rechtsorde moet zijn verdwenen, leidt er immers toe dat een categorie van personen het recht wordt ontzegd om vergoeding te verkrijgen voor schade veroorzaakt door een rechterlijke fout.

III. De Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten

5. Als uitgangspunt geldt dat de overheid, zoals elke burger, onderworpen is aan rechtsregels, met inbegrip van het aansprakelijkheidsrecht.¹¹ De rechtspraak heeft de aansprakelijkheid voor de fouten van de uitvoerende, de rechterlijke en de wetgevende macht weliswaar slechts stapsgewijs erkend. Voor de uitvoerende macht zijn er tal van oude precedentes, die teruggaan tot het Flandria-arrest uit 1920.¹² In het eerder genoemde Anca-arrest van 19 december 1991 aanvaardde het Hof van Cassatie ook het principe van de overheidsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van magistraten.¹³ Pas in 2006 erkende het Hof ten slotte de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.¹⁴

6. Volgens het Hof van Cassatie is de overheid verplicht om op grond van art. 1382 BW de schade te vergoeden die door haar fout of de fout van een van haar organen aan derden is veroorzaakt bij «het verrichten van handelingen die het rechtstreeks voorwerp zijn van de rechtsprekende functie». De beginselen van de scheiding der machten, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het gezag van het rechterlijk gewijsde kunnen de overheid in deze context niet vrijstellen van die verplichting.

⁶ De prejudiciële vragen werden gesteld in een vonnis van 16 januari 2013 (gemeente Schaarbeek t/ Belgische Staat).

⁷ Het Rechtscollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voert in het Brussels Gewest de rechterlijke taken uit die in de provincies worden uitgevoerd door de deputatie, zoals het bekrachtigen van de verkiezingen van de gemeenteraden, de raden van de OCMW's en de politieraden.

⁸ De Raad van State oordeelde dat de beslissing van het Rechtscollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest afdoende gemotiveerd is (RvS 22 november 2010, nr. 209.060).

⁹ Met name de termijn bepaald in artikel 9 van het KB van 15 juli 1956 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State.

¹⁰ Het Grondwettelijk Hof nuanceert in het arrest van 30 juni 2014 de stellingname van de verwijzende rechter in die zin dat tegen de uitspraak van de Raad van State slechts «beperkte» of «niet-nuttige» rechtsmiddelen openstonden. Arresten van de Raad van State kunnen immers het voorwerp uitmaken van een voorziening in cassatie of van een vordering tot herziening of een vordering tot intrekking (overweging 3.2). Op de draagwijdte van de begrippen «beperkte» of «niet-nuttige» rechtsmiddelen gaan we verder in dit artikel nog in.

¹¹ Cf. Cass. 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1134.

¹² Cf. Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193; Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 744, conclusie advocaat-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass. 23 april 1971, *RW* 1970-71, 1793, conclusie advocaat-generaal F. DUMON.

¹³ Cass. 19 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 364, *Pas.* 1992, I, 316, conclusie advocaat-generaal J. VELU, *RW* 1992-93, 396, *JT* 1992, 142, conclusie advocaat-generaal J. VELU, *TBBR* 1992, 60, noot A. VAN OEVELEN.

¹⁴ Cass. 1 juni 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1267, conclusie procureur-generaal M. DE SWAEF, *NJW* 2006, afl. 145, 559, noot I. BOONE, *RW* 2006-07, 213, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 28 september 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1848, *TBP* 2007, afl. 9, 546, noot E. MAES.



7. Dat het Hof in dit arrest de tegenargumenten gebaseerd op het beginsel van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht verwerpt, hoeft niet te verbazen. Op grond van de orgaantheorie is het mogelijk om de overheid aansprakelijk te stellen voor de fouten van één van haar organen, wanneer het orgaan binnen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheden heeft gehandeld of wanneer ieder redelijk en voorzichtig mens moet aannemen dat het orgaan binnen die grenzen heeft gehandeld. In het licht hiervan valt niet in te zien hoe een eventuele burgerlijke aansprakelijkheid van de overheid de onafhankelijkheid van een rechter in het gedrang kan brengen.¹⁵ De basis van het Belgisch grondwettelijk stelsel is bovendien niet de scheiding der machten, maar wel het evenwicht en de samenwerking tussen de machten.¹⁶

Ook het gezag van gewijsde, dat verhindert dat een rechter opnieuw een oordeel uitsprekt over al eerder beslechte geschilpunten tussen dezelfde partijen,¹⁷ kan de mogelijkheid van een aansprakelijkheidsvordering op zich niet uitsluiten. Meestal zullen immers zowel de partijen als het voorwerp en de oorzaak van de vordering verschillen, terwijl art. 23 Ger.W. net vereist dat al deze elementen identiek zijn.

8. Een vordering tot schadevergoeding moet volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen vooraleer er sprake kan zijn van overheidsaansprakelijkheid wegens een fout in de uitoefening van een jurisdictionele functie¹⁸:

a) De eisende partij moet eerst alle beschikbare rechtsmiddelen hebben aangewend vooraleer de vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹⁹ Als gevolg van de aanwending van die rechtsmiddelen moet de betrokken

rechterlijke handeling vervolgens door een in kracht van gewijsde gegane beslissing zijn ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen; zij mag dus geen gezag van gewijsde meer hebben. Deze intrekking, wijziging, vernietiging of herroeping mag niet het gevolg zijn van een nieuw feit, maar moet zijn gebaseerd op een miskenning van een rechtsregel die bekend was op het ogenblik van de schadeveroorzakende handeling. Het Hof van Cassatie verwoordt dit als een zgn. «gevestigde rechtsnorm».

b) Er dient aan alle klassieke voorwaarden van art. 1382 BW te zijn voldaan (fout, schade en oorzakelijk verband). De rechter mag hierbij geen strengere aansprakelijkheids-criterium hanteren.

De eerste voorwaarde (het vereiste dat de vermeend foutieve uitspraak na uitputting van de beschikbare rechtsmiddelen uit de rechtsorde moet verdwenen zijn) was niet vrij van kritiek in de rechtsleer.²⁰ In het arrest van 30 juni 2014 acht ook het Grondwettelijk Hof deze voorwaarde in bepaalde gevallen problematisch. Terwijl het Hof echter deze voorwaarde terzijde schuift, brengt het gelijktijdig een correctie aan op het klassieke foutbegrip in de zin van artikel 1382 BW. We belichten achtereenvolgens beide vernieuwingen, waarbij we telkens ver- trekken van de oude rechtspraak.

IV. De voorwaarde dat de betwiste uitspraak uit de rechtsorde moet zijn verdwenen

A. Draagwijdte in de rechtspraak van het Hof van Cassatie

9. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie veronderstelt de aansprakelijkheid op grond van een rechterlijke fout in beginsel dat de foutieve uitspraak is «ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen (...) wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft».²¹

10. Concreet vereist het Hof van Cassatie dat op succesvolle wijze gebruik moet zijn gemaakt van de gewone rechtsmiddelen. Een hoger beroep moet bijvoorbeeld een wijziging of vernietiging van een eerdere uitspraak tot gevolg hebben. Als de betrokken partij verzet aantekende, moet dit verzet resulteren in de intrekking van een eerdere uitspraak.

¹⁵ In die zin ook: conclusie advocaat-generaal J. VELU voor Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, 143.

¹⁶ A. ALEN, «De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen» in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 12; R. FOQUÉ, «Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing» in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier 2000, 4; E. MAES, «Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen: streng, strenger, strengst ...» (noot onder Cass. 1 juni 2006), *TBP* 2007, 548.

¹⁷ P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 45-46.

¹⁸ Cf. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1082-1083. Het betreft de vraag naar de overheidsaansprakelijkheid voor fouten begaan door een rechter tijdens het uitoefenen van zijn rechterlijke functie, en niet bijvoorbeeld voor louter administratieve handelingen, zoals de toewijzing van zaken aan een bepaalde kamer. Ook andere tekortkomingen, zoals de traagheid van het rechterlijk apparaat of fouten bij de bewaring van beslagen goederen, zijn niet aan deze rechtspraak onderworpen (H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 162-163).

¹⁹ Zonder uitputting van de beschikbare rechtsmiddelen is de schade in werkelijkheid door de eigen nalatigheid of onzorgvuldigheid van de eisende partij veroorzaakt (A. VAN OEVELEN, «Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van handelsrechters», *TBH* 2013, 1102).

²⁰ Zo pleitte Renders al in 2010 voor de afschaffing van het vereiste dat de vermeend foutieve uitspraak uit de rechtsorde moet verdwenen zijn (D. RENDERS, «Recevabilité et fondement de la demande en réparation du dommage causé par l'État qui juge» (noot onder Cass. 27 juni 2008), *RCJB* 2010, 208).

²¹ Deze rechtspraak is vervolgens telkens bevestigd: Cass. 8 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1074, *RW* 1995-96, 180, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 5 juni 2008, *JLMB* 2009, 52, noot D. PHILIPPE; Cass. 27 juni 2008, *JLMB* 2009, 58, noot D. PHILIPPE; Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, 227, noot I. BOONE.

Indien buitengewone rechtsmiddelen voorhanden zijn die kunnen leiden tot een intrekking²² of een herroeping,²³ vereist het Hof van Cassatie dat een partij ook die (succesvol) aanwendt. De uitspraak waarin de fout werd begaan moet dus «uit de juridische ordening verdwenen [zijn]» door een latere uitspraak.²⁴

11. De hoven en rechtbanken maken meestal consequent gebruik van deze toepassingsvoorwaarde,²⁵ die het Grondwettelijk Hof in het arrest van 30 juni 2014 de voorwaarde van «de voorafgaande uitwissing van de betwiste beslissing» noemt. Hierna zullen we in deze bijdrage geregeld deze terminologie gebruiken als synoniem voor een rechterlijke beslissing die uit de juridische ordening verdwenen is door een intrekking, wijziging, vernietiging of herroeping.

12. De ratio voor deze voorwaarde is in hoofdzaak te vinden in de coherentie van het jurisdictioneel systeem. Volgens het Hof van Cassatie kan het niet de bedoeling zijn om op grond van om het even welke (foutieve) rechterlijke beslissing een aansprakelijkheidsvordering in te stellen.²⁶ Het niet toepassen van deze voorwaarde «zou het gezag ondermijnen van de rechtsmiddelen en in strijd zijn met de wezenlijke regels van de rechterlijke organisatie en met de opdracht gegeven aan de hoven en rechtbanken».²⁷

13. In het vermelde arrest bouwt het Grondwettelijk Hof voort op het oordeel van de verwijzende rechter die de voorafgaande uitwissing als een ontvankelijkheidsvereiste beschouwde.²⁸

Deze kwalificatie gaat in tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie beschouwt deze voorwaarde immers als een element bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering.²⁹

14. Het vereiste van de uitwissing van de schadeveroorzakende rechterlijke beslissing als *een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van vergoedbare schade* is overigens niet vrij van kritiek.³⁰ Het staat immers vast dat iemand schade kan lijden door (de gevolgen van) een foutieve rechterlijke beslissing in laatste aanleg, waartegen geen (doeltreffend) rechtsmiddel kan worden aangevend.³¹ Deze voorwaarde lijkt bovendien moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie, op grond waarvan overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht niet noodzakelijk een herziening veronderstelt van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt.³²

15. Door te beslissen dat het vereiste van voorafgaande intrekking of verbreking slechts «in de regel» geldt, gaf het Hof van Cassatie zelf al in 1991 aan dat uitzondering(en) mogelijk zijn. Het Hof heeft die uitzonderingen vervolgens verduidelijkt.

De voorwaarde van voorafgaande uitwissing van de rechterlijke uitspraak lijkt vooreerst niet toepasbaar nadat het Europees Hof van de Rechten van de Mens («EHRM») heeft vastgesteld dat die uitspraak in strijd is met het EVRM, althans in de mate dat andere intern-rechtelijke rechtsmiddelen (of de aard van de schending) de schadelijke gevolgen van de rechterlijke handeling niet ongedaan kunnen maken. Advocaat-generaal Velu bevestigde in zijn conclusie bij het Anca-arrest al dat in dergelijke omstandigheden een uitzondering moet gelden.³³ In een arrest van 25 maart 2010 lijkt het Hof van Cassatie die zienswijze te volgen, weliswaar met betrekking tot een uitspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.³⁴ Het is logisch dat deze uitzondering

²² Naast het verzet zijn er andere (buitengewone) procedures die tot de intrekking van een rechterlijke beslissing kunnen leiden, bijvoorbeeld een bijzondere procedure bij het Grondwettelijk Hof tegen een burgerlijke uitspraak die zich baseerde op een nadien door het Grondwettelijk Hof vernietigde norm (art. 16, § 1 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof).

²³ Bijvoorbeeld de herroeping van gewijsde (art. 1132 e.v. Ger.W.).

²⁴ Overweging B.9.2 van het arrest nr. 99/2014.

²⁵ Cf. Gent 26 maart 1999, *AJT* 1999-2000, 759, noot P. VAN LERSBERGHE; Luik 25 november 2002, *RRD* 2003, 15; Brussel 28 februari 2007, 2003/AR/1723, onuitg., aangehaald in D. RENDERS, o.c., *RCJB* 2010, 201; Brussel 5 november 2013, *RW* 2014-15, 791; Bergen 27 februari 2007, *JT* 2009, 213; Rb. Brussel 9 februari 2006, *RGAR* 2008, nr. 14.340; Rb. Brussel 22 juni 2012, *NC* 2013, 137 (vermelding van die voorwaarde, die voor de bewuste zaak echter niet relevant was); Rb. Kortrijk, 28 juni 2011, *T.Strafr.* 2011, 273 (vermelding van die voorwaarde, die voor die zaak echter niet relevant was). *Contra*: Brussel 8 november 2007, *JT* 2008, 298 (geen vermelding van deze voorwaarde).

²⁶ Zie ook: conclusie van advocaat-generaal J. VELU voor Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, 146.

²⁷ Cass. 5 juni 2008, *NJW* 2008, 881, noot I. BOONE.

²⁸ Zie overweging B.1.3.

²⁹ Terwijl het Hof van Cassatie in het Anca-arrest van 19 december 1991 nog besliste dat «de vordering tot vergoeding van de schade ech-

ter, in de regel, slechts ontvankelijk [is]» indien aan de voorwaarde van voorafgaande uitwissing is voldaan, aanvaardt het Hof daarna in verschillende arresten dat «de Staat in de regel alleen aansprakelijk [is]» wanneer aan deze voorwaarde is voldaan (Cass. 5 juni 2008, *Pas.* 2008, 1418; Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, 227, noot I. BOONE). Van Oevelen wijst erop dat vanuit procesrechtelijk oogpunt de kwalificatie als voorwaarde voor de gegrondheid van de aansprakelijkheidsvordering wellicht correcter is (A. VAN OEVELEN, o.c., *TBH* 2013, 1103). Voor een recent arrest van het Hof van Beroep te Brussel in dezelfde zin, zie: Brussel 5 november 2013, *RW* 2014-15, 792.

³⁰ H. VANDENBERGHE, F. BAUDONCQ, V. GUFFENS en T. VIAENE, «Recente ontwikkelingen bij de foutaansprakelijkheid» in H. COUSY (ed.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Themis-school, Brugge, die Keure, 2005, 73; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad (1994-1999)», *TPR* 2000, 1665 e.v.; D. RENDERS, o.c., *RCJB* 2010, 208). Na het arrest nr. 99/2014 is ook Glansdorff van oordeel dat deze voorwaarde te restrictief was (F. GLANSDORFF, «La responsabilité du fait des magistrats progresse ... et ralentit» (noot onder GwH nr. 99/2014), *APT* 2014, 646).

³¹ In dezelfde zin: D. RENDERS, o.c., *RCJB* 2010, 219.

³² HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, overweging 39; HvJ 9 september 2015, C 160/14, Ferreira da Silva e Brito, overweging 55.

³³ Conclusie van advocaat-generaal J. VELU voor Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, 146.

³⁴ Het Hof van Cassatie heeft in dit arrest geoordeeld dat de situatie waarin een handeling van de overheid door een in kracht van gewijsde

ook geldt als het EHRM oordeelt dat een rechterlijke uitspraak het EVRM of een van de aanvullende protocollen schendt.³⁵

Een andere uitzondering geldt als de benadeelde buiten zijn toedoen tegen de betrokken rechterlijke handeling geen rechtsmiddel kan aanwenden omdat de beslissing zelf is ingetrokken. In die omstandigheid heeft de schadelijder uiteraard geen belang meer om een vordering in te stellen om deze beslissing te laten intrekken of vernietigen. Dit is de draagwijdte van een cassatiearrest van 5 juni 2008.³⁶ In dit arrest oordeelde het Hof dat, als door een tweede opeenvolgende beslissing van de raadkamer haar eerste beslissing niet kon worden gehandhaafd, de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing niet geldt voor die eerste beslissing. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel baseerde zich overigens op dit arrest om een aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op een vermeende fout van de Raad van State ontvankelijk te verklaren. Hierbij overwoog de rechter dat deze partij in de Raad van State-procedure «buiten haar toedoen geen rechtsmiddel [kon] aanwenden, omdat de Raad van State oordeelt als cassatierechter».³⁷ Deze lezing van het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008 lijkt echter te ruim. De door het Hof van Cassatie aanvaarde uitzondering handelt over de situatie waarbij een rechterlijke instantie zelf een eerdere beslissing (expliciet of impliciet) ongedaan maakt. Het Hof heeft zich in dit arrest niet moeten uitspreken over de situatie waarbij een partij geen rechtsmiddel meer kan aanwenden tegen de betwiste beslissing.

16. Het Hof van Cassatie blijkt in het algemeen voorts een vrij «mechanische» toepassing van de voorwaarde van voorafgaande uitwissing te maken, los van de vraag of die bijdraagt aan het doel om een eventuele tegenstrijdigheid met een eerdere rechterlijke beslissing te vermijden. Zo werd in een arrest van 27 juni 2008 geoordeeld dat *omdat* aan de voorwaarde van voorafgaande uitwissing voldaan is, een eisende partij haar vordering tot schadevergoeding kan baseren op om het even welke rechterlijke fout. Het was volgens het Hof niet relevant

gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens de schending van een gevestigde rechtsnorm gelijkstaat aan de toestand waarin, vóór de wijziging van het EVRM door het Elfde Protocol, de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in een beslissing heeft vastgesteld dat de litigieuze handeling een schending inhoudt van het EVRM of van de toegevoegde protocollen (Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, 227, noot I. BOONE). Het arrest van 25 maart 2010 handelde over een beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens uit 1999. Bij het Elfde Protocol bij het EVRM werd de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens afgeschaft en is een rechtstreeks beroep bij het EHRM mogelijk.

³⁵ In die zin: advies van de Raad van State bij een wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2014/2, p. 7.

³⁶ Cass. 5 juni 2008, *RW* 2008-09, 800, noot A. VAN OEVELEN.

³⁷ Rb. Brussel 28 oktober 2011, AR 2004/14507/A, onuitg.

dat de ingeroepen fout niet de reden was voor de intrekking, de wijziging, de vernietiging of de herroeping.³⁸

B. Beoordeling door het Grondwettelijk Hof

17. Het Grondwettelijk Hof gaat in het arrest van 30 juni 2014 in op de doelstellingen die het Hof van Cassatie via het vereiste van voorafgaande uitwissing wil bereiken. Het gaat vooral om de coherentie van het juridictioneel systeem en daarnaast het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het gezag van gewijsde.

18. Een coherent rechterlijk systeem impliceert dat elke partij die meent geschaad te zijn door een rechterlijke uitspraak, in de eerste plaats de rechtsmiddelen benut waarover ze beschikt om deze schade te laten herstellen.³⁹ Bij het ontbreken van substantiële drempels om een vordering in te stellen bestaat het risico dat partijen de procedure op grond van een onrechtmatige daad gaan beschouwen als een «normaal» rechtsmiddel.⁴⁰

Ook het Grondwettelijk Hof erkent dat de voorwaarde van voorafgaande uitwissing een middel kan zijn om te vermijden dat een lagere rechter een fout van een hiërarchisch hogere instantie mag beoordelen. Het Grondwettelijk Hof uit evenwel kritiek op de rechtspraak van het Hof van Cassatie, wanneer dit Hof toelaat dat een partij na een voorgaande uitwissing *om het even welke rechterlijke fout* aanvoert bij de rechter die over een aansprakelijkheidsvordering moet oordelen. Een rechter kan dus uitspraak doen over beslissingen die zijn uitgewist zonder enig verband met de wettigheid ervan.⁴¹ Het Grondwettelijk Hof meent dat het Hof van Cassatie het criterium van de voorafgaande intrekking of verbreking zo te soepel invult.

De fundamentele vraag bij de coherentie van het juridictioneel systeem lijkt echter niet zozeer of de bij de aansprakelijkheidsvordering aangevoerde fout al in een eerdere procedure werd aangevoerd. Voor andere vorderingen op grond van art. 1382 BW is dit immers evenmin vereist. Wel cruciaal is de vraag of een dergelijke vordering geen afbreuk doet aan het «fundamentele beginsel van onze rechtsorde dat de rechterlijke beslissingen niet kunnen worden gewijzigd dan ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen».⁴²

In het vermelde arrest erkent het Grondwettelijk Hof dat de doelstelling om te beletten dat een in het ongelijk

³⁸ Cass. 27 juni 2008, *RCJB* 2010, afl. 2, 183, noot D. RENDERS.

³⁹ A. DURVIAUX, «La responsabilité de l'État pour les fautes commises par ses magistrats» (noot onder Brussel 14 januari 2000), *JLMB* 2000, 597.

⁴⁰ T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK en R. VAN DER HULLE, «Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?» in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN en M.K.G. TJEKEMA (eds.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer, Kluwer, 2012, 251.

⁴¹ Overweging B.8.3.

⁴² GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, overweging B.9.1.

gestelde partij haast onbeperkt een rechterlijke beslissing kan betwisten, wettig is. Hiervoor bestaat met name een verantwoording in het licht van de doelstelling van rechtszekerheid en het gezag van gewijsde.⁴³ De voorwaarde van voorafgaande uitwissing beoogt zo te vermijden dat eenzelfde betwisting altijd zou blijven voortduren of dat er tegenstrijdigheid zou bestaan tussen rechterlijke beslissingen over dezelfde feitelijke of juridische discussie tussen dezelfde partijen.⁴⁴

19. De doelstelling om te vermijden dat een aansprakelijkheidsvordering definitieve rechterlijke beslissingen in vraag kan stellen, is volgens het Grondwettelijk Hof dus legitiem. Het vereiste van een uitwissing van een rechterlijke beslissing gaat volgens het Hof echter verder dan noodzakelijk is om die doelstelling te bereiken. Het Hof hecht hierbij veel belang aan het recht op toegang tot de rechter voor rechtzoekenden op basis van art. 6 EVRM. Volgens het Grondwettelijk Hof moet er een belangenafweging gebeuren tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de toegang tot de rechter voor wie meent schade te lijden door een rechterlijke fout.

Het door art. 6 EVRM toegekende recht moet volgens het Grondwettelijk Hof de bovenhand krijgen als aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. Er moet sprake zijn van een vermeende fout van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie waartegen slechts «beperkte» of «niet doeltreffende» rechtsmiddelen openstaan.⁴⁵ Bovendien moet het gaan om een voldoende gekwalificeerde fout.

Hier rijst de vraag naar de draagwijdte van de verwijzing in dit prejudiciële arrest naar «in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instanties waartegen slechts beperkte rechtsmiddelen openstaan». Betreft dit louter een vordering op grond van rechterlijke aansprakelijkheid na een arrest van de Raad van State? Of heeft het arrest betrekking op om het even welke rechterlijke uit-

spraak (andere administratieve rechtscolleges, burgerlijke hoven ...)?

Twee interpretaties lijken mogelijk:

In een eerste interpretatie is de verwijzing naar het beperkte aantal rechtsmiddelen louter een bevestiging dat het gaat om *een uitspraak van om het even welke rechter in laatste aanleg*. Het is eigen aan een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie dat hiertegen geen of hoogstens beperkte rechtsmiddelen openstaan.

In een tweede interpretatie doelt het Grondwettelijk Hof met de verwijzing naar beperkte rechtsmiddelen specifiek op *uitspraken van de Raad van State*. Het Hof beklemtoont dat de arresten van de Raad van State enkel het voorwerp kunnen uitmaken van een beperkt aantal rechtsmiddelen. Het gaat meer bepaald om (1) een cassatieberoep; (2) een vordering tot intrekking of (3) een vordering tot herziening.⁴⁶ De interpretatie dat het Hof enkel uitspraken van de Raad van State beoogt, vindt steun in de overwegingen B.2.1 en B.2.2. Hierin beslist het Hof dat het zijn onderzoek beperkt tot het geval waarin de gemeente Schaarbeek de vernietiging van het arrest van de Raad van State niet kon verkrijgen door de uitoefening van de beschikbare rechtsmiddelen. Ook het gegeven dat dit arrest meermaals verwijst naar een «arrest van de Raad van State» zou deze visie kunnen ondersteunen.⁴⁷

Wellicht is de ruime interpretatie nochtans de juiste. Het Hof verwijst in het grootste deel van zijn motivering en in het beschikkend gedeelte van het prejudicieel arrest consequent naar «een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie». Bovendien baseert het Hof zijn motivering op «de beslissende rol die de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instanties spelen».⁴⁸ Ten slotte is deze interpretatie in overeenstemming met de aard van een prejudiciële vraagstelling. In antwoord hierop onderzoekt het Grondwettelijk Hof enkel op abstracte wijze de rechtsgeldigheid van de voorgelegde wetskrachtige normen. Het Hof spreekt zich niet uit over een mogelijke toepassing of uitvoering van wetsbepalingen in een concreet geval.⁴⁹

⁴³ Overwegingen B.8.2 en B.9.1.

⁴⁴ E. KRINGS, «Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht», *RW* 1989-90, 185. Weliswaar verzet het gezag van gewijsde zich er niet tegen dat een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld. Een dergelijke vordering heeft immers een eigen voorwerp en oorzaak en vindt vaak ook tussen andere partijen dan de oorspronkelijke procespartijen plaats (zie ook overweging B.9.2, verwijzing naar het verschillend voorwerp van de vordering). Het gezag van gewijsde in de zin van art. 23 Ger.W. veronderstelt immers een overeenstemming tussen partijen, het voorwerp en de oorzaak van de vordering. Dit vereiste geldt ook op Europees niveau (zie bv. opinie van advocaat-generaal LÉGER van 8 april 2003 bij HvJ, C-224/01, Köbler, overweging 101).

⁴⁵ Het Grondwettelijk Hof lijkt te verwijzen naar de situatie waarbij slechts «beperkte» – wellicht te begrijpen als «niet zinvolle» of «geen slaagkansen hebbende» – rechtsmiddelen tegen deze beslissing openstaan (cf. overwegingen B.9.3 en B.24). Voor dit begrip heeft het Grondwettelijk Hof zich mogelijk geïnspireerd op rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op grond waarvan het niet vereist is om de rechtsmiddelen uit te putten waarvan de effectiviteit betwijfelbaar is (cf. EHRM 26 september 1996, Manoussakis e.a. t/ Griekenland, overweging 33; EHRM 7 november 2013, Vallianos e.a. t/ Griekenland, overweging 52).

⁴⁶ Overweging 3.2 van het arrest 99/2014. Het gaat om de volgende drie beperkte rechtsmiddelen:

- een cassatieberoep over de conflicten van attributie, d.w.z. bevoegdheidsconflicten tussen de hoven en rechtbanken en de administratieve rechtscolleges;
- een beroep tot intrekking van een arrest van de Raad van State, indien een arrest is gegrond op een wetskrachtige norm die door het Grondwettelijk Hof werd vernietigd, of op een verordening ter uitvoering ervan;
- een beroep tot herziening van een arrest van de Raad van State, als na de uitspraak doorslaggevende stukken zijn teruggevonden die door toedoen van de tegenpartij waren achtergehouden of indien het arrest werd gewezen op als vals erkende of vals verklaarde stukken.

⁴⁷ Zie overweging B.5.1, overweging B.9.2 en overweging B.19.

⁴⁸ Overweging B.20.1.

⁴⁹ GwH 29 januari 2004, nr. 16/2004, overweging B.5.1; P. SCHOLLEN, «Aandachtspunten bij de redactie van een prejudiciële vraag aan het

20. Het arrest van het Grondwettelijk Hof lijkt dus te impliceren dat de gewone burgerlijke rechter ook het al dan niet foutief karakter van uitspraken van het Hof van Cassatie of het Grondwettelijk Hof kan beoordelen. Zonder dit uitgangspunt te betwisten, kunnen hierbij enkele kanttekeningen worden geplaatst.

21. Door de rechtmatigheid van de uitspraken van hiërarchisch lagere rechters te toetsen en de schending van de wet te bestraffen, oefent het Hof van Cassatie een controlerende en coördinerende taak uit, zonder uitspraak te doen over de feiten zelf (art. 147, tweede lid Gw.). Hierdoor zou twijfel kunnen rijzen of een rechter in eerste aanleg die zich over een aansprakelijkheidsvordering moet uitspreken, wel goed geplaatst is om een cassatiearrest te beoordelen. Hetzelfde geldt overigens voor de Raad van State, waarvan de cassatiebevoegdheid ten aanzien van beslissingen van lagere bestuursrechters een belangrijke plaats heeft ingenomen naast de algemene annulatie- en schorsingsbevoegdheid.

Het Grondwettelijk Hof beoogt in zijn recente arrest echter de door het recht van de Europese Unie en het interne recht toegekende waarborgen inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten op elkaar af te stemmen.⁵⁰ In dit verband is het Hof van Justitie van oordeel dat een verregaande bescherming van de rechten van particulieren die zich op het EU-recht beroepen, noodzakelijk is. Het moet met name mogelijk zijn om schadevergoeding te verkrijgen wegens de schending van deze rechten door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie,⁵¹ waaronder ook fouten begaan door een cassatierechter.⁵² Voortaan lijkt de burgerlijke rechter aldus bevoegd om ook buiten de EU-werkingsfeer uitspraken van de cassatierechter te beoordelen.

Een dergelijke beoordeling lijkt buiten de werkingsfeer van het EU-recht in beginsel enkel mogelijk bij verwerpingsarresten van het Hof van Cassatie. Een cassatiearrest dat een uitspraak van een hof of een rechtbank vernietigt en terugverwijst naar een ander rechtscollege zal o.i. in beginsel geen grondslag kunnen bieden voor een aansprakelijkheidsvordering. De partijen zetten het geding dan immers verder voor een andere rechter en keren dan als het ware terug naar de situatie waarin zij zich bevonden bij de bodemrechter van wie de beslissing werd

vernietigd.⁵³ De situatie is weliswaar verschillend na een tweede vernietiging op dezelfde rechtsgrond. In dat geval is de feitenrechter immers op dit punt gebonden door het oordeel van het Hof van Cassatie.

22. Het standpunt dat een feitenrechter ook uitspraken van het Grondwettelijk Hof moet kunnen beoordelen, roept eveneens een aantal bedenkingen op.

Op grond van de exclusieve bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof omschreven in art. 142 Gw., is de gewone rechter immers onbevoegd om wetten te toetsen aan de Grondwet.⁵⁴ Hij mag zich deze bevoegdheid ook niet onrechtstreeks toe-eigenen via bijvoorbeeld beslissingen in aansprakelijkheidsgeschillen.⁵⁵ De kans is dus reëel dat een dergelijke vordering als een verboden omzeiling wordt gezien van het gezag van gewijsde van uitspraken van het Grondwettelijk Hof op grond van art. 142 Gw.⁵⁶ In de interpretatie dat een aansprakelijkheidsvordering mogelijk is tegen *om het even welke* rechterlijke beslissing in laatste aanleg, lijkt het echter coherent om – in het licht van de voormelde redenering op grond van art. 6 EVRM – te aanvaarden dat een arrest van het Grondwettelijk Hof het voorwerp kan uitmaken van een aansprakelijkheidsvordering tegen de Belgische Staat. Een dergelijke beoordeling vormt in deze visie dan immers geen (in beginsel verboden) toets aan de Grondwet, maar wel een beoordeling van het al dan niet kennelijk onredelijke karakter van een rechterlijke uitspraak.⁵⁷

⁵³ Cass. 7 november 2014, *P&B* 2015, 47.

⁵⁴ Het toetsen van reglementen aan de Grondwet is echter wel mogelijk op grond van art. 159 Gw. (A. ALEN en J. THEUNIS, «Praktische vragen over de «exceptie van onwettigheid» in artikel 159 van de Grondwet» in *Staatsrecht, Themis-vormingsonderdeel 54*, Brugge, die Keure, 2009, 13).

⁵⁵ A. ALEN, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet» in *Liber Amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 856-857.

⁵⁶ In dit verband bestaat een spanningsveld tussen, enerzijds, de bevoegdheid van alle hoven, rechtbanken en administratieve rechtscolleges om bepalingen in de internationale verdragen inzake mensenrechten met rechtstreekse werking voorrang te geven boven hiermee strijdige wetskrachtige akten op grond van het Le Ski-arrest (Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959) en, anderzijds, de exclusieve bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof op basis van art. 142 Gw. Met name rees de vraag of een andere rechter dan het Grondwettelijk Hof nog steeds een toetsing mag doorvoeren van een wettelijke bepaling aan een internationale norm met een analoge waarborg. De regeling van art. 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 (zoals recentelijk nog gewijzigd door de Bijzondere Wet van 4 april 2014), die een principiële verplichting bevat tot het stellen van een prejudiciële vraag indien titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat van een supranationaal grondrecht waarvan de schending is opgeworpen, betekent echter niet dat deze discussie tussen de hoogste hoven over de draagwijdte van de supranationale grondrechten van de baan is. Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal GENICOT en Cass. 15 december 2014, *RW* 2014-15, 1622, noot M. BOSSUYT.

⁵⁷ Zie hierover bijvoorbeeld het standpunt van Jans, die wijst op de «constitutionele gevoeligheid» van de Köbler-rechtspraak, aangezien deze in een aantal andere lidstaten dan Nederland zou kunnen leiden tot «het aansprakelijk stellen van de staat voor de «gewone» rechter wegens fouten van constitutionele hoven», zoals het *Bundes-*

Grondwettelijk Hof» in S. SOTTIAUX en P. SCHOLLEN (eds.), *Themis Publiekrecht 2014-15*, Brugge, die Keure, 2014, 39-40. Zie voor een nuance hierbij: P. MARTENS, «Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait?» in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 423-450.

⁵⁰ Overweging B.21.

⁵¹ HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, overweging 36.

⁵² Cf. HvJ 13 juni 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, waarin het Hof van Justitie zich uitsprak over de overheidsaansprakelijkheid op grond van een fout van het Italiaanse Corte Suprema di Cassazione (Italiaanse cassatierechter).

In een Europeesrechtelijke context geniet het Grondwettelijk Hof overigens evenmin immuniteit. Het Hof van Justitie hecht immers veel belang aan de bescherming van de rechten van particulieren die zich op het EU-recht beroepen. Met name zou een partij zich kunnen baseren op een foutieve interpretatie door het Grondwettelijk Hof van het EU-recht wanneer het, zonder prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie, een eigen interpretatie hanteerde die nadien onjuist blijkt te zijn. Die situatie zal zich in de praktijk echter wellicht zelden voordoen, gelet op de intensiteit waarmee het Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie.⁵⁸

23. Een andere vraag is of de burgerlijke rechter na het arrest van het Grondwettelijk Hof nog op grondwettige wijze de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing kan toepassen bij een aansprakelijkheidsvordering die gebaseerd is op een foutieve uitspraak van een hof van beroep of een rechtbank die oordeelde in eerste en laatste aanleg en waartegen geen nuttig cassatiemiddel kan worden ingesteld.⁵⁹

Het beschikkend gedeelte van het arrest verwijst naar «een rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan». Het is onduidelijk of dit ook kan begrepen worden als een verwijzing naar uitspraken waartegen nog buitengewone rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Uit het Gerechtelijk Wetboek volgt dat ook feitenrechters in laatste aanleg kunnen oordelen.⁶⁰ Dit lijkt nochtans niet de draagwijdte te zijn van het arrest van het Grondwettelijk Hof.⁶¹ Op verschillende plaatsen

verfassungsgericht of het Grondwettelijk Hof (J. JANS, noot onder HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, *SEW* 2004, 273). Ook in Engelstalige rechtsleer is de mening terug te vinden dat het Köbler-arrest «has the potential to create serious constitutional conflict within the domestic legal order», omdat uitspraken van grondwettelijke hoven beoordeeld zouden kunnen worden door een rechter die in eerste aanleg oordeelt (H. SCOTT en N. BARBER, «State Liability under Francovich for Decisions of National Courts», *Law Quarterly Review* 2004, 405). Na het arrest nr. 99/2014 lijkt Glansdorff van oordeel te zijn dat een burgerlijke rechter in het kader van een aansprakelijkheidsvordering over de mogelijkheid beschikt om arresten van het Grondwettelijk Hof te toetsen (F. GLANSDORFF, «La responsabilité du fait des magistrats progresse ... et ralentit» (noot onder GwH nr. 99/2014), *APT* 2014, 647).

⁵⁸ A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, *De samenwerking tussen de grondwettelijke hoven in Europa. Huidige toestand en perspectieven*, Verslag van het Grondwettelijk Hof voorgesteld aan het XVIde congres van de conferentie van de Europese grondwettelijke hoven, Wenen, 12-14 mei 2014, 39, *TBP* 2014, 619-652.

⁵⁹ Ook Verougstraete stelde eerder al de vraag hoe de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing kan worden toegepast in de situatie waarbij de vermeende fout voorkomt in een arrest van een hof van beroep dat niet effectief in cassatie kan worden bestreden omdat het te veel feitelijke appreciaties inhoudt (I. VEROUGSTRAETE, «Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van rechters in handelszaken: enkele randbemerkingen bij het preadvies van professor Van Oevelen», *TBH* 2013, 1124).

⁶⁰ Cf. art. 608 Ger.W. Zie ook: GwH 17 juli 2014, nr. 108/2014, overweging B.3.

⁶¹ Zie ook: K. MUNUNGU LUNGUNGU en B. NELISSEN, «La responsabilité de l'État pour une faute commise par une juridiction suprême:

beklemtoont het Hof het bijzonder gezag van de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instanties en de beslissende rol die zij spelen in de interpretatie en de toepassing van het recht, wat kan worden begrepen als een verwijzing naar de hoogste rechtscolleges.⁶² Dit neemt niet weg dat ook tegen een uitspraak van de Raad van State nog een – weliswaar beperkt⁶³ – cassatieberoep openstaat. Het Grondwettelijk Hof beperkt de draagwijdte van zijn arrest dan ook tot de fouten die, gelet op de beperkte rechtsmiddelen die tegen die beslissing openstaan, het niet mogelijk maken de vernietiging ervan te krijgen.

Los van de onduidelijkheid over de precieze draagwijdte van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, blijft de vraag pertinent of het gelijkheidsbeginsel zich ook niet verzet tegen de toepassing van de uitwissingsvoorwaarde wanneer tegen de uitspraken van lagere rechtscolleges geen nuttig rechtsmiddel beschikbaar was. Het Hof wijst immers op het onredelijk karakter van «de handhaving van de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing in gevallen waarin (...) geen enkel rechtsmiddel tegen de rechterlijke beslissing doeltreffend was».⁶⁴

Het toestaan van een aansprakelijkheidsvordering op basis van een foutieve uitspraak van een hof van beroep of een rechtbank die oordeelde in eerste en laatste aanleg waartegen geen cassatieberoep werd aangetekend, is niet evident. Dit veronderstelt immers dat een rechter in eerste aanleg uitspraak moet doen over de (vaak complexe) vraag of een cassatiemiddel in een eerdere procedure doeltreffend zou zijn geweest. Deze voorwaarde is niet vervuld als de feitenrechter uitsluitend een verkeerde feitelijke beoordeling kan worden verweten. Enerzijds lijkt het redelijk dat de betrokken rechter, die niet vertrouwd is met deze beoordeling, zich hierbij terughoudend opstelt. Deze beoordeling komt immers bij uitstek toe aan de cassatierechter zelf. Anderzijds lijkt een strikte houding zinloze beroepen bij het Hof van Cassatie aan te moedigen.⁶⁵

une politique des petits pas» (noot onder GwH 30 juni 2014), *JT* 2015, p. 465, nr. 12.

⁶² Overwegingen B.5.1 en B.20.1.

⁶³ Art. 33 RvS-Wet duidt het Hof van Cassatie aan als bevoegde instantie om kennis te nemen van een cassatieberoep tegen een arrest van de Raad van State dat uitspraak doet over een exceptie van onbevoegdheid. Art. 34 van deze wet bevat deze mogelijkheid m.b.t. een verzoek tot regeling van rechtsgebied.

⁶⁴ Overweging B.9.3. Zie ter zake ook overweging B.3, waarin het Hof verwijst naar het onderscheid in behandeling tussen rechtzoekenden naargelang zij «de onregelmatigheid die, volgens hen, die beslissing nietig maakt, niet nuttig kunnen doen gelden ter staving van de rechtsmiddelen waarover zij formeel beschikken».

⁶⁵ Ter zake kan ook steun worden gevonden bij rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, op grond waarvan het niet vereist is om de rechtsmiddelen uit te putten waarvan de effectiviteit betwijfelbaar is (cf. EHRM 26 september 1996, Manoussakis e.a. t/ Griekenland, overweging 33; EHRM 7 november 2013, Vallianatos e.a. t/ Griekenland, overweging 52).

24. Opvallend is nog de overweging van het Grondwettelijk Hof dat de Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie tot gevolg kan hebben dat «het slachtoffer (...) tegelijkertijd het recht om de Staat aansprakelijk te stellen en de mogelijkheid om de vermeende onregelmatigheid die door die rechtsprekende instantie zou zijn begaan aan een jurisdictionele beoordeling te onderwerpen, [wordt] ontzegd».⁶⁶

De onmogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor een rechterlijke fout kan inderdaad problematisch zijn in het licht van het recht op toegang tot de rechter, dat een wezenlijk aspect vormt van het recht op een eerlijk proces en valt binnen de bescherming van art. 13 Gw. en art. 6 EVRM.⁶⁷

Hoewel het recht op de toegang tot een rechter fundamenteel is in een rechtsstaat, is het niet absoluut. Er zijn beperkingen op dit recht mogelijk, voor zover zij een gewettigd doel nastreven en er een redelijke verhouding van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁶⁸ Een schending van het recht op toegang tot de rechter ligt voor indien de beperking niet langer de rechtszekerheid en de goede rechtsbedeling nastreeft, maar een barrière vormt die de rechtzoekende verhindert zijn geschil ten gronde beslecht te zien door de bevoegde rechtbank.⁶⁹

Dit grondrecht impliceert niet dat elke persoon steeds het recht heeft om een onregelmatigheid van die rechtsprekende instantie aan een nieuwe jurisdictionele beoordeling te onderwerpen. Het Grondwettelijk Hof oordeelt immers dat de mogelijkheid om een beroep in te stellen bij de Raad van State een volwaardige jurisdictionele bescherming biedt tegen eenzijdige administratieve rechtshandelingen en dat er in dit kader geen algemeen rechtsbeginsel van een dubbele aanleg bestaat.⁷⁰ Voorts oordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat art. 6, eerste lid EVRM geen beroepsmogelijkheden tegen een rechterlijke uitspraak vereist.⁷¹

⁶⁶ Overweging B.13.2.

⁶⁷ Cf. GwH 4 november 2012, nr. 139/2012, overwegingen B.11-B.13.

⁶⁸ Cf. EHRM 21 februari 1975, Golder t/ Verenigd Koninkrijk, overweging 38; EHRM 10 januari 2006, Teltronic CATV t/ Polen, overweging 47.

⁶⁹ EHRM 27 juli 2006, Efstathiou t/ Griekenland, overweging 24.

⁷⁰ Cf. GwH 28 maart 2002, nr. 66/2002, overwegingen B.4-B.6; GwH 11 december 2008, nr. 181/2008, overwegingen B.9-B.11. Zie in die zin ook een recent arrest van het Grondwettelijk Hof, waarin het Hof oordeelde dat de beperking van de grieven die kunnen leiden tot de herziening van een arrest van de Raad van State (nl. indien sinds de uitspraak van het arrest doorslaggevende stukken zijn teruggevonden die door toedoen van de tegenpartij waren achtergehouden of indien het arrest werd gewezen op als vals erkende of vals verklaarde stukken) verenigbaar is met het recht op toegang tot de rechter, «zelfs indien daaruit volgt dat bepaalde onregelmatigheden, die zouden zijn begaan naar aanleiding van die beslissing, niet kunnen leiden tot de vernietiging of de herziening ervan» (GwH 13 november 2014, nr. 167/2014, overweging B.10.2).

⁷¹ EHRM 22 november 2011, Andreyev t/ Estland, overweging 68; EHRM 19 november 2013, Avdić e.a. t/ Bosnië en Herzegovina, overweging 34.

Wel heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het verleden al een billijke genoegdoening toegekend indien een rechterlijke uitspraak de verplichtingen op grond van art. 6 EVRM miskent omdat deze op basis van onduidelijke motieven een vordering als onontvankelijk afwijst.⁷² In dezelfde zin oordeelde het Hof dat indien «the domestic courts have applied the law in a particular case manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions» dit een «denial of justice» inhoudt.⁷³ Het Hof nuanceert dus het beginsel dat art. 6 EVRM verenigbaar is met het ontbreken van beroepsmogelijkheden tegen een rechterlijke uitspraak. Indien een rechterlijke beslissing voorligt waarvan de onredelijkheid «so striking and palpable on the face» is, kan de onmogelijkheid om deze uitspraak nadien nog te betwisten, het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengen.⁷⁴ Wellicht valt de voormelde overweging van het Grondwettelijk Hof dan ook te begrijpen als een verwijzing naar de onmogelijkheid om een vermeende *manifeste* onregelmatigheid aan een jurisdictionele beoordeling te onderwerpen.⁷⁵ Dit brengt ons naadloos bij het volgende vraagstuk.

V. De beoordelingsmaatstaf voor het vaststellen van een rechterlijke fout

A. De rechtspraak van het Hof van Cassatie

25. Wanneer is er sprake van een fout die de magistraat in de uitoefening van zijn rechtsprekend ambt begaat? In verschillende arresten maakt het Hof toepassing van het klassieke dubbele foutcriterium.⁷⁶ Ofwel is er sprake van een resultaatsverbintenis, waarbij de schending van een norm die een bepaald gedrag voorschrijft of verbiedt, op zich leidt tot de vaststelling van een fout.⁷⁷ Ofwel moet een beoordeling gebeuren op basis van de zorgvuldig-

⁷² EHRM 21 maart 2000, Dulaurans t/ Frankrijk, overweging 34. Zie in dit verband ook: EHRM 5 februari 2015, Bochan t/ Oekraïne, overweging 62 en de verwijzing van het Hof van Justitie naar het Dulaurans-arrest van het EHRM in het Köbler-arrest (HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, overweging 49).

⁷³ EHRM 9 april 2013, Anđelković t/ Servië, overweging 24.

⁷⁴ EHRM 5 februari 2015, Bochan t/ Oekraïne, overweging 62.

⁷⁵ K. Munungu Lungungu en B. Nelissen merken terecht op dat beide gekwalificeerde fouten – enerzijds «de voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels» in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie en anderzijds «de manifest foutieve toepassing» in de rechtspraak van het EHRM – niet noodzakelijk dezelfde invulling hebben (K. MUNUNGU LUNGUNGU en B. NELISSEN, o.c., JT 2015, 466-467).

⁷⁶ Cf. Cass. 8 december 1994, RW 1995-96, 183, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 5 juni 2008, RW 2008-09, 800, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 25 maart 2010, NJW 2011, 227, noot I. BOONE. Voor een recente toepassing, zie: Brussel 5 november 2013, RW 2014-15, 791.

⁷⁷ Onder voorbehoud van een rechtvaardigingsgrond zoals overmacht, een noodtoestand of onverwinnelijke dwaling (zie hieover uitgebreid: I. CLAEYS, «Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden.

heidsnorm, waarbij de betwiste handeling *in abstracto* wordt getoetst aan de hypothetische handelwijze van een normaal zorgvuldig en voorzichtig magistraat.

26. Er bestaat weliswaar weinig rechtspraak die de strikte opvatting van de eenheid van fout en onwettigheid toepast bij de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid voor de rechterlijke macht. De afdeling Wetgeving van de Raad van State wees er in een vrij recent advies op dat de aansprakelijkheidsnorm inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten steeds meer neigt naar de opvatting dat niet elke schending van een hogere rechtsnorm noodzakelijk een fout oplevert.⁷⁸ Verschillende auteurs gingen een stap verder en leidden uit een cassatiearrest van 26 juni 1998 af dat het Hof van Cassatie de eenheidstheorie had verlaten, zodat de feitenrechter te allen tijde moet onderzoeken of de normaal zorgvuldige magistraat, geplaatst in dezelfde omstandigheden, dezelfde fout zou hebben begaan.⁷⁹

Ook in recente rechtspraak houdt het Hof van Cassatie weliswaar vast aan het klassieke dubbele foutcriterium.⁸⁰ Vaak is echter een concrete beoordeling vereist in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat er geen bijzondere regels zijn die een rechter opleggen om in een bepaalde zin te oordelen over een specifiek geschil.⁸¹ Het bestaan van een wettelijk kader sluit evenmin een toets

aan het zorgvuldigheidsbeginsel uit.⁸² Voorts beschikt de rechter over de keuzevrijheid om voor een bepaalde minderheidsstrekking in de rechtspraak of rechtsleer te opteren.⁸³ Een feitenrechter handelt evenmin automatisch foutief door een wetsbepaling toe te passen zonder zelf de ongrondwettigheid ervan op te werpen die het Grondwettelijk Hof pas later vaststelt.⁸⁴ In geen van deze gevallen volstaat de loutere vaststelling dat een rechter een norm verkeerd heeft geïnterpreteerd of toegepast om tot het bestaan van een fout te besluiten.⁸⁵

27. De dubbele toetsingsgrond vinden we ook terug bij de beoordeling van overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht.⁸⁶

Bij de uitvoering van de zorgvuldigheidstoets vereist het Hof van Cassatie dat de rechter rekening houdt met de beleidsvrijheid van het bestuur.⁸⁷ De rechter mag dus niet de plaats innemen van de overheid die hij controleert of zich een eigen oordeel vormen over wat volgens zijn inschatting de «meest aangewezen» of «gepaste» beslissing is in een bepaald geval.⁸⁸

Ook wat het handelen van de uitvoerende macht betreft, is er rechtspraak die eerder aanleunt bij het standpunt dat de schending van een hogere rechtsnorm volstaat voor het vaststellen van een fout. Zo meent het Hof van Cassatie dat de overschrijding van een decretale ter-

Zoveel hoofden ...» in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 1-42).

⁷⁸ Advies van de Raad van State bij een wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2014/2, p. 8.

⁷⁹ Cass. 26 juni 1998 *Arr.Cass.* 1998, *Pas.* 1998, I, 812, conclusie advocaat-generaal J. SPREUTELS, *JLMB* 1998, 1166, noot D. PHILIPPE, *JT* 1998, 677, *RCJB* 2001, noot B. DUBUISSON, *RGAR* 1999, nr. 13.095; zie ook: Rb. Kortrijk 28 juni 2011, *T.Strafr.* 2011, 281. Zie in de zin dat steeds een toets aan de zorgvuldigheidsnorm vereist is bij overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten: B. DUBUISSON, «L'erreur du juge est-elle fatale? Libres propos», *TBH* 2013, 1134; I. CLAEYS, «Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn fout en wetschending nog één?» in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en ander schadevergoedingssystemen*, 2006-2007, 213; A. VAN OEVELEN, «Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten» in *Liber Amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme*, *TPR* 2004, 931; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 230 (zij het kritisch). Voor kritiek hierop, zie o.m. W. VERRIJDT, «De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever» in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 321-322.

⁸⁰ Cf. Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, 227, noot I. BOONE (een rechterlijke fout kan ook bestaan uit een schending van een nationale norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking waarbij de magistraat iets niet mag doen of iets op een bepaalde manier moet doen). Zo kan het verbod om *ultra petita* uitspraak te doen beschouwd worden als een voorbeeld van een resultaatverbintenis (H. BOCKEN en I. BOONE, *o.c.*, 161; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *TBH* 2013, 1107).

⁸¹ P. VAN OMMESLAGHE, «La responsabilité des pouvoirs publics» in F. TULKENS en J. SAUTOIS (coörd.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 2014, 24.

⁸² In dit verband kan worden verwezen naar een cassatieprocedure inzake een belasting die eerder door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig was verklaard. De Belgische Staat voerde aan dat hij alle wettelijke verplichtingen inzake de publiciteit van dit arrest had nageleefd. Het ging met name om art. 114 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof en art. 2, 4° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur. Het Hof van Cassatie oordeelde evenwel: «[c]es dispositions, en tant qu'elles prescrivent des mesures particulières de publicité, ne limitent pas les obligations incombant au demandeur en application des articles 1382 et 1383 du Code civil» (Cass. 1 juni 2012, *JT* 2013, 544, noot D. RENDERS en A. TRYBULOWSKI).

⁸³ In die zin: Brussel 8 december 1999, *JR* 2000, 338; I. VEROUSTRAEDE, *o.c.*, *TBH* 2013, 1124.

⁸⁴ Bergen 27 februari 2007, *JT* 2009, 213. In dit geval kan een beroep worden gedaan op art. 16, § 1 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om een in kracht van gewijsde gegane beslissing van een burgerlijk gerecht, in zoverre zij gegrond is op een bepaling van een wet, een decreet of een in art. 134 Gw. bedoelde regel die vervolgens door het Grondwettelijk Hof is vernietigd, geheel of gedeeltelijk in te trekken.

⁸⁵ I. CLAEYS, «Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?» in *XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07 – Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 212; E. MAES, «Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen: streng, strenger, strengst ...» (noot onder Cass. 1 juni 2006), *TBP* 2007, 548, 550-551. Indien een rechter een dwingende rechtsnorm interpreteert en/of toepast op een voorliggend geschil, legt die bewuste norm de magistraat inderdaad geen verplichting op om op een bepaalde manier te handelen.

⁸⁶ Cass. 25 oktober 2004, *NJW* 2004, 1316, noot I. BOONE; zie ook: Cass. 21 december 2007, *TBP* 2009, conclusie advocaat-generaal J. LECLERCQ; Cass. 25 april 2008, *RW* 2011-12, 267.

⁸⁷ Cass. 27 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2132; Cass. 3 januari 2008, *RW* 2010-11, 1560.

⁸⁸ RvS 10 juli 2012, nr. 220.242.

mijn door het Vlaamse Gewest een fout uitmaakt, tenzij er sprake is van een onoverkomelijke dwaling of een grond tot ontheffing van aansprakelijkheid.⁸⁹ Weliswaar heeft het Hof van Cassatie in een niet eenduidig arrest van 25 oktober 2004 twijfel gezaaid. Sommige auteurs zien in dit arrest een afwijking van de theorie van eenheid tussen fout en onwettigheid en betreuren deze valse noot.⁹⁰ Andere auteurs vinden hierin de bevestiging dat de eenheidstheorie enkel geldt in de gevallen waarin een specifieke gedragsregel geldt.⁹¹

Deze rechtspraak vindt ook toepassing na een schorsings- of vernietigingsarrest van de Raad van State. In de mate dat er sprake is van een niet-nageleefde verplichting van de overheid om op een bepaalde manier wel of niet te handelen, zal er een eenheid bestaan tussen de door de Raad van State gedane vaststelling van deze onwettigheid en de fout, tenzij deze fout niet toerekenbaar was aan de betrokken overheid.⁹²

In dit verband valt op te merken dat een burgerlijke procedure (al dan niet volgend op een eerdere procedure bij de Raad van State) sinds 1 juli 2014 niet langer de enige optie is voor rechtzoekenden om een schadevergoeding te verkrijgen wegens een onwettige administratieve rechtshandeling. Het nieuwe art. 11bis RvS-Wet⁹³ biedt

een nieuwe mogelijkheid tot vergoeding voor verzoevende of tussenkomende partijen die de nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling vorderen. Na de vernietigingsprocedure kunnen zij aan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de toekenning vragen van een zgn. «schadevergoeding tot herstel» ten laste van de steller van de bewuste administratieve rechtshandeling of stilzwijgend afwijzende beslissing. Een beroep op art. 11bis RvS-Wet onderstelt het bestaan van een onwettigheid die is vastgesteld in het raam van een beroep tot nietigverklaring, schade en een oorzakelijk verband. De parlementaire voorbereiding verduidelijkt dat deze vorm van rechtsherstel zich onderscheidt van het herstel van de schade op basis van art. 1382 e.v. BW.⁹⁴ Hierdoor is het volgens de afdeling Wetgeving van de Raad van State mogelijk dat de overheid «de schade [zal] moeten vergoeden, zonder dat haar enige fout treft en dus als de onwettigheid voortvloeit uit omstandigheden waarmee ze niets uitstaans heeft».⁹⁵ Afhankelijk van de rechterlijke instantie waarbij men schadevergoeding probeert te verkrijgen voor een fout van de uitvoerende macht, zullen dus verschillende aansprakelijkheidsregels worden toegepast.⁹⁶

28. Minder eensgezindheid bestaat er over de invulling van het foutbegrip bij de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.

In een arrest van 28 september 2006 leek het Hof van Cassatie de regel toe te passen dat een schending van een hogere rechtsnorm een fout uitmaakt (*in casu* het garanderen van het redelijketermijnvereiste van art. 6, eerste lid EVRM).⁹⁷ Het Hof oordeelde in een arrest van 10 september 2010 echter dat «de aansprakelijkheid van de wetgever voor het nemen van een foutieve wetgeving een eigen beoordeling [vraagt] door de rechter aan wie gevraagd wordt de Staat te veroordelen op grond van een

⁸⁹ Cf. Cass. 8 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2417. In dit arrest besloot het Hof dat het voeren van onderhandelingen met eisende partijen tot na het verstrijken van de niet-nageleefde termijn een grond tot ontheffing van aansprakelijkheid uitmaakte. Recente cassatierechtspraak verduidelijkt dat in geval van termijnen waaraan bij niet-naleving geen door de wet bepaalde sanctie is verbonden, de rechter moet oordelen of de niet-naleving van een termijn op zichzelf een onrechtmatige daad oplevert, aan de hand van onder meer de formulering van de opgelegde verplichting, de omvang ervan en het beoogde normdoel (Cass. 10 april 2014, *RW* 2015-16, 338).

⁹⁰ Cf. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 206-207; I. CLAEYS, *o.c.*, in *XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07 – Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, 213-223.

⁹¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *o.c.*, 152-153.

⁹² Cf. Cass. 25 april 2008, *RW* 2011-12, 267. Uit eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie valt af te leiden dat in die omstandigheid een eenheid tussen een door de Raad van State vastgestelde fout en een burgerlijke fout slechts kan bestaan als de onrechtmatige daad toerekenbaar is aan de dader ervan en er dus geen sprake is van een onoverkomelijke dwaling of enige andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid (Cass. 13 mei 1982, *JT* 1982, 772, conclusie advocaat-generaal J. VELU). Er is dus een subjectief element in deze beoordeling, waarbij de loutere vaststelling van het bestaan van een illegaliteit niet volstaat (T. LÉONARD, «Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute», *TBH* 2013, (962) 971-972). Bepaalde rechtspraak besluit soms echter louter op grond van het bestaan van een vernietigingsarrest met gezag van gewijsde dat er sprake is van een fout (cf. Antwerpen 16 november 2005, *NJW* 2006, 654). Deze rechtspraak lijkt het onderscheid te verwarren tussen objectieve (grond)wettigheidscontrole (is een norm strijdig met een hogere rechtsnorm?) en het aansprakelijkheidsrecht (maakt het gedrag van een persoon een extracontractuele fout uit?) (I. CLAEYS, *o.c.*, in *XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07 – Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, 229).

⁹³ Deze bepaling is ingevoegd door art. 6 van de wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aan-

gelegenheden bedoeld in art. 77 van de Grondwet. Hiervoor was een grondwetsherziening noodzakelijk: art. 144, tweede lid Gw. bepaalt sinds 31 januari 2014 dat – als uitzondering op het beginsel dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken – de wet, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges kan machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen.

⁹⁴ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2233/1, p. 6.

⁹⁵ Advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2233/2, p. 6.

⁹⁶ Bocken wijst erop dat er zich op termijn op die manier, naar Frans model, een afzonderlijk administratief aansprakelijkheidsrecht dreigt te ontwikkelen, dat de eenheid van rechtspraak in het gedrang brengt (H. BOCKEN, «De kers op de taart? De herziening van artikel 144 van de Grondwet en de Raad van State», *TPR* 2012, 14-15).

⁹⁷ Cass. 28 september 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1848. In zijn conclusie voor het cassatiearrest van 28 september 2006 pleitte procureur-generaal Leclercq voor het hanteren van het klassieke tweevoudige criterium bij foutaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht (conclusie van procureur-generaal J. LECLERCQ voor Cass. 28 september 2006, *JT* 2006, 598).

onrechtmatige daad».⁹⁸ De draagwijdte van dit arrest en de vraag of het Hof van Cassatie hiermee de leer van de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout van de wetgever verworpen heeft, maken het voorwerp uit van discussie in de rechtsleer.⁹⁹

B. De Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie: steeds een gekwalificeerde schending vereist

29. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit voort dat elke persoon een EU-lidstaat aansprakelijk kan stellen voor schade ten gevolge van een schending van het EU-recht. Het is daarbij niet relevant welk orgaan van de Staat door een handeling of verzuim die schending heeft veroorzaakt.¹⁰⁰

Het Hof oordeelde in het Brasserie du Pêcheur-arrest dat het EU-recht een recht op schadevergoeding toekent wanneer is voldaan aan drie voorwaarden. Met name is vereist (1) dat de geschonden rechtsregel tot doel heeft aan particulieren rechten toe te kennen; (2) dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en (3) dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de door de benadeelde persoon of personen geleden schade.¹⁰¹

De vraag of er sprake is van «een voldoende gekwalificeerde schending», is afhankelijk van de aard van de schending van het EU-recht. Deze fout kan bestaan:

– ofwel in de niet-nakoming van een resultaatsverplichting, wanneer een lidstaat bij de toepassing of de uitvoer-

ring van het EU-recht slechts een zeer beperkte of helemaal geen beoordelingsbevoegdheid heeft¹⁰²;

– ofwel in de kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat van de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid.¹⁰³

30. Het criterium van de manifeste schending kan in hoofdzaak worden verklaard door de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten bij de uitoefening van normatieve bevoegdheden in materies die onder het EU-recht vallen om in het algemeen belang maatregelen vast te stellen die de rechten van particulieren aantasten. Het risico op vorderingen tot schadevergoeding mag deze bevoegdheid niet systematisch belemmeren.¹⁰⁴ In de zaak-Köbler¹⁰⁵ en later in de zaak-Traghetti del Mediterraneo¹⁰⁶ heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de drie voormelde voorwaarden van het Brasserie du Pêcheur-arrest ook gelden voor schendingen van het EU-recht door rechterlijke beslissingen. Van een gekwalificeerde schending kan volgens het Hof dan slechts sprake zijn «in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden».¹⁰⁷

Door de nadruk te leggen op het uitzonderlijke karakter van een kennelijke schending van het EU-recht, lijkt het Hof van Justitie hiermee de zienswijze van advocaat-generaal Léger te hebben gevolgd. Hij betoogt dat er een zekere samenhang moet bestaan met de aansprakelijkheidsregels voor de twee andere staatsmachten, maar dat de specifieke aard van de rechterlijke functie toch een bijzondere aansprakelijkheidsvoorwaarde vereist.¹⁰⁸ Volgens het Hof moet bij de beoordeling van een uitspraak van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie rekening worden gehouden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met eisen van rechtszekerheid.¹⁰⁹

31. Bij de (marginale) beoordeling of er sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing, moet een burgerlijke rechter vol-

⁹⁸ Cass. 10 september 2010, *NJW* 2011, 425. *Contra*: Luik 23 april 2013, *RGAR* 2015, nr. 15.140, waarin het Hof van Beroep te Luik lijkt uit te gaan van de eenheid van ongrondwettigheid en fout.

⁹⁹ Zie bv. B. DUBUISSON en S. VAN DROOGHENBROECK, «Responsabilité de l'État-législateur: la dernière pièce du puzzle?» (noot onder Cass. 10 september 2010), *JT* 2011, 801; P. POPELIER, «De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout: een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever» (noot onder Cass. 10 september 2010), *RW* 2010-11, 1762; J. VANDEN BRANDEN, «Heeft wetgever onrechtmatig gehandeld wanneer wet in strijd is met hogere norm?» (noot onder Cass. 10 september 2010), *RABG* 2010, 1264; P. VAN OMMESLAGHE «La responsabilité extracontractuelle de l'état appliquée au pouvoir législatif» (noot onder Cass. 10 september 2010), *APT* 2012, 2; A. WIRTGEN, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever: geen eenheid van ongrondwettigheid en fout?» (noot onder Cass. 10 september 2010), *CDPK* 2011, 291; S. VERSTRAELEN, «De lastige positie van een bestuur na de ongrondwettigverklaring van een regelgevende norm: hoe een duidelijk antwoord verloren geraakt in een veelheid aan opvattingen», *TBP* 2012, 344-345; W. VERRIJDT, «De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever» in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 323-327.

¹⁰⁰ HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, Francovich, overwegingen 37-41 (sindsdien vaste rechtspraak). Zie hierover: H. VUYE, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?» in H. VANDENBERGHE, *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2006, 125 e.v. en de verwijzingen aangehaald in voetnoot 48 van dit artikel.

¹⁰¹ HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 51; HvJ 10 juli 2014, C-244/13, Ogiariakhi, overweging 50; conclusie advocaat-generaal KOKOTT van 15 mei 2014 bij de procedure HvJ C-318/13, overweging 68.

¹⁰² HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 46; HvJ 17 april 2007, C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl, overweging 81. Een klassiek voorbeeld is de verplichting binnen een bepaalde termijn alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de omzetting van een richtlijn.

¹⁰³ HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 55; conclusie advocaat-generaal BOR in de procedure C-244/13, overweging 57.

¹⁰⁴ HvJ 26 maart 1996, C-392/93, British Telecommunications, overweging 40.

¹⁰⁵ HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler.

¹⁰⁶ HvJ 13 juni 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo.

¹⁰⁷ HvJ, Köbler, overweging 53.

¹⁰⁸ Conclusie van advocaat-generaal LÉGER van 8 april 2003 voor HvJ, C-224/01, Köbler, overweging 122.

¹⁰⁹ HvJ, Köbler, overweging 53.

gens het Hof van Justitie rekening houden met de volgende criteria¹¹⁰:

- in welke mate is de geschonden norm duidelijk en nauwkeurig?;
- gaat het om een opzettelijke schending?;
- is de rechtsdwaling verschoonbaar?;
- werd in het verleden door een EU-instelling standpunt ingenomen?;
- is er sprake van de schending van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen?

Vooralsnog heeft het Hof van Justitie het relatieve gewicht van deze criteria niet verduidelijkt.¹¹¹ Het komt toe aan de rechter die zich over de aansprakelijkheidsvordering uitsprekt om in het licht van alle elementen het al dan niet manifeste karakter van de eventueel vastgestelde schending te beoordelen.

In het licht van deze criteria lijkt het duidelijk dat de louter verkeerde toepassing van het materiële recht op zich onvoldoende is om te besluiten tot overheidsaansprakelijkheid.¹¹² Het Hof laat echter de deur op een kier om bij een schending van het EU-recht toch automatisch tot overheidsaansprakelijkheid te besluiten. Zo geldt er «een vermoeden van een fout» als een rechter «kennelijk voorbijgaat aan de rechtspraak van het Hof op het betrokken gebied», m.a.w. indien de rechter categoriek weigert bestaande (vaste) rechtspraak van het Hof van Justitie toe te passen.¹¹³

32. Het Hof van Justitie gaat inzake de overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten uit van een «jurisprudentiële minimumharmonisatie».¹¹⁴ Het criterium van de gekwalificeerde schending is «noodzakelijk en voldoende» om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen. Dit sluit volgens het Hof echter niet uit dat de Staat op grond van het nationale recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.¹¹⁵ Een wettelijke regeling die de mogelijkheid tot schadevergoeding wegens een verkeerde uitleg of toepassing van EU-recht daarentegen beperkt tot gevallen van opzet of grove nalatigheid, is voor het Hof van Justitie onaanvaardbaar.¹¹⁶ Een dergelijk ver-

eiste is immers strikter dan de voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht en zou het recht op schadevergoeding voor schendingen van het EU-recht opnieuw ter discussie stellen.¹¹⁷

33. Hierboven werd toegelicht dat het Hof van Cassatie inzake overheidsaansprakelijkheid steeds het «klassieke» aansprakelijkheids criterium voor fouten toepast. Een burgerlijke rechter kan op basis van deze rechtspraak dus niet de door het Hof van Justitie gehanteerde voorwaarde van een «gekwaliificeerde» schending toepassen, zelfs niet bij betwistingen binnen een Europeesrechtelijke context.

Om deze reden vernietigde het Hof van Cassatie op 14 januari 2000 een arrest van het Hof van Beroep te Brussel. Het hof van beroep moest zich uitspreken over een vordering tot schadevergoeding tegen de Belgische Staat wegens schending door de uitvoerende macht van een Europeesrechtelijke regel die rechten toekent aan particulieren. In zijn arrest paste het hof van beroep de (strengere) criteria toe van het Hof van Justitie voor staatsaansprakelijkheid. Vervolgens vernietigde het Hof van Cassatie dit arrest op grond van strijdigheid met art. 1382 en 1383 BW, omdat het «de rechtspraak van het Hof van Justitie (...) aanhaalt en zegt dat om vast te stellen dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, de kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat als beslissend criterium moet worden gehanteerd».¹¹⁸

34. Een aantal auteurs besluiten op grond van dit arrest van 14 januari 2000 dat naar Belgisch recht een minder strikte regeling inzake overheidsaansprakelijkheid geldt die gunstiger is voor de benadeelden en een ruimere rechtsbescherming garandeert. Zij wijzen erop dat de (strengere) criteria van het Hof van Justitie voor het vaststellen van een kennelijke schending moeten wijken door deze (soepelere) rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹¹⁹

Deze opvatting gaat echter voorbij aan de bijkomende voorwaarde van de voorafgaande uitwissing die het Hof van Cassatie vooropstelt in geval van aansprakelijkheid van fouten door de rechterlijke macht. Met toepassing van het beginsel van effectiviteit mag een nationale re-

¹¹⁰ HvJ, Köbler, overweging 55; HvJ 13 juni 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, overweging 43.

¹¹¹ P. CABRAL en M.C. CHAVES, «Member State Liability for Decisions of National Courts Adjudicating at Last Instance», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, 120.

¹¹² J. JANS, noot onder HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, *SEW* 2004, 273.

¹¹³ J. JANS, *ibid.*

¹¹⁴ V.V.R. VAN BOGAERT, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2005, 264.

¹¹⁵ HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 66; HvJ, Köbler, overweging 53; HvJ 9 september 2015, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito, overweging 50.

¹¹⁶ HvJ 13 juni 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, overwegingen 33-40; HvJ 24 november 2011, C-379/10, Commissie t/ Italië, overweging 35.

¹¹⁷ HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 79.

¹¹⁸ Cass. 14 januari 2000, *RW* 2001-02, 1096-1097, noot A. VAN OEVELEN. Het hof van beroep baseerde zich op eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie inzake staatsaansprakelijkheid (HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, Francovich).

¹¹⁹ M. DEBAENE en P. DEBAENE, «Overheidsaansprakelijkheid» in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 101; H. VUYE, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?» in H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE en L. WYNANT (eds.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 171; A. VAN OEVELEN, «Staatsaansprakelijkheid wegens schending van het recht van de Europese Unie» in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 184-185.

gel de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.¹²⁰ Het opleggen van de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing van een rechterlijke beslissing die in strijd is met het EU-recht, waardoor een slachtoffer het recht kan worden ontzegd om de Staat aansprakelijk te stellen,¹²¹ lijkt dan ook disproportioneel in het licht van het effectiviteitsbeginsel.¹²² Hierdoor kan een rechter het vereiste van de voorafgaande uitwissing niet toepassen binnen de werkingsfeer van het EU-recht.

35. Het standpunt dat het vereiste van de voorafgaande uitwissing niet van toepassing is in geval van een aansprakelijkheidsvordering die gebaseerd is op een miskenning door een rechterlijke uitspraak van het EU-recht, lijkt ook te zijn bevestigd door een uitspraak van het Hof van Justitie van na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014. In het arrest-Ferreira da Silva e Brito van 9 september 2015 moest het Hof van Justitie prejudiciële vragen beantwoorden naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering bij een burgerlijke rechter op grond van een vermeend onrechtmatige uitspraak van het Portugese *Supremo Tribunal de Justiça*.¹²³ Deze cassatierechter zou, naar de mening van de eisende partijen in de bodemprocedure, in een eerdere uitspraak een onjuiste uitlegging hebben gegeven van een begrip vermeld in een Europese richtlijn. Op grond van Portugese wetgeving kon een aansprakelijkheidsvordering slechts worden ingesteld na vernietiging van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt.

Het Hof beklemtoont dat het mogelijk moet zijn om een kennelijke schending van het Unierecht door een rechterlijke beslissing in te roepen als die schadeveroorzakende rechterlijke beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep en een vernietiging ervan «in feite uitgesloten is».¹²⁴ De voorwaarde van een voorafgaande vernietiging

van de rechterlijke beslissing vormt in die omstandigheden een «ernstige belemmering voor de effectieve toepassing van het Unierecht», die niet gerechtvaardigd kan worden door het beginsel van het gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel.¹²⁵ De Portugese regeling is volgens het Hof dan ook onverenigbaar met het EU-recht in de mate dat deze van toepassing is op aansprakelijkheidsvorderingen voor de schade die particulieren lijden als gevolg van een schending van het Unierecht.

Vanzelfsprekend zijn de juridische context en de randvoorwaarden van het Portugese vereiste van de «voorafgaande vernietiging» niet identiek aan die van de Belgische voorwaarde van de «voorafgaande uitwissing» (met de hierboven besproken uitzonderingen). Het standpunt van het Hof van Justitie lijkt echter principieel te zijn voor elke aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op een miskenning van het EU-recht door een uitspraak in laatste aanleg. Met name oordeelt het Hof dat in die situatie «een nationale wettelijke regeling die als voorwaarde stelt dat de schadeveroorzakende beslissing van die rechterlijke instantie voorafgaandelijk is vernietigd, terwijl die vernietiging in feite uitgesloten is» een schending uitmaakt van het Europese recht.¹²⁶ Het lijkt o.i. dan ook zeer aannemelijk dat het Hof van Justitie tot eenzelfde beslissing zou komen indien het zich over de Belgische cassatierechtspraak zou moeten uitspreken in soortgelijke omstandigheden (nl. een aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op een miskenning van het EU-recht tegen een rechterlijke beslissing in laatste aanleg).

Deze zienswijze lijkt ook te worden gedeeld door het Grondwettelijk Hof. In het arrest van 30 juni 2014 verwijst het Grondwettelijk Hof immers naar rechtspraak van het Hof van Justitie over het effectiviteitsbeginsel in de context van nationale ontvankelijkheidsregels.¹²⁷ Dit brengt ons tot het volgende punt, namelijk de aansluiting die het Grondwettelijk Hof zoekt bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in deze materie, ook voor fouten die zich buiten de toepassingsfeer van het EU-recht bevinden.

C. Standpunt van het Grondwettelijk Hof: zonder voorafgaande uitwissing van de betwiste rechterlijke beslissing in laatste aanleg, is een voldoende gekwalificeerde schending vereist

36. Het Grondwettelijk Hof is in het arrest van 30 juni 2014 van oordeel dat ook een niet-uitgewiste foutieve rechterlijke uitspraak tot overheidsaansprakelijkheid aanleiding kan geven. Dit is met name het geval voor aansprakelijkheidsvorderingen over rechterlijke uitspra-

¹²⁰ HvJ 12 juli 2012, C-378/10, Vale Epítési, overweging 48; HvJ 4 oktober 2012, C-249/11, Byankov, overweging 69. Voor een toepassing inzake burgerlijke aansprakelijkheid voor mededingingsinbreuken, zie art. 4 van de Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie.

¹²¹ Overweging B.13.2 van het arrest nr. 99/2014.

¹²² Het Grondwettelijk Hof lijkt deze zienswijze alvast (minstens impliciet) te volgen. In het arrest nr. 99/2014 verwijst het Grondwettelijk Hof immers naar rechtspraak van het Hof van Justitie over het effectiviteitsbeginsel in de context van nationale ontvankelijkheidsregels (HvJ 12 december 2013, C-362/12, Test Claimants, overwegingen 31-32). In die zin: overwegingen 113 en 114 van de conclusie van advocaat-generaal Bot van 11 juni 2015 in de procedure voor HvJ, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito; D. RENDERS, o.c., *RCJB* 2010, 219, voetnoot 69.

¹²³ HvJ 9 september 2015, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito.

¹²⁴ HvJ, Ferreira da Silva e Brito, overweging 60. Het Hof verduidelijkt dat de beslissingen van het *Supremo Tribunal de Justiça* slechts in een uiterst beperkt aantal gevallen kunnen worden getoetst (HvJ, Ferreira da Silva e Brito, overweging 52).

¹²⁵ HvJ, Ferreira da Silva e Brito, overweging 59.

¹²⁶ Zie beschikkend gedeelte van het Ferreira da Silva e Brito-arrest.

¹²⁷ HvJ 12 december 2013, C-362/12, Test Claimants, overwegingen 31-32.

ken in laatste aanleg, waarvan de uitwissing onmogelijk is wegens de beperkte rechtsmiddelen die tegen die beslissing openstaan. In die gevallen zoekt het Grondwettelijk Hof aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Justitie en moet de rechter het criterium toepassen van «een voldoende gekwalificeerde schending». De vraag of de vermeende fouten zich al dan niet binnen de toepassingssfeer van het EU-recht bevinden, blijkt voor het Hof niet doorslaggevend te zijn.

37. Deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake rechterlijke aansprakelijkheid staat in scherp contrast met de hierboven besproken rechtspraak van het Hof van Cassatie. Allereerst ziet het Hof van Cassatie toe op het naleven van de voorwaarde van voorafgaande uitwissing, zij het dat het hieraan zelf geen absolute invulling geeft. Daarnaast meent het Hof van Cassatie dat het hanteren van de Köbler-aansprakelijkheidscriteria van het Hof van Justitie in strijd is met art. 1382 BW (zelfs voor vorderingen in een Europeesrechtelijke context).

Het Grondwettelijk Hof is daarentegen van oordeel dat een rechterlijke uitspraak in laatste aanleg die niet voorafgaandelijk is uitgewist enkel tot aansprakelijkheid kan leiden als er sprake is van een «voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel» of een «aantoonbare en ernstige fout».¹²⁸ Zo wil het Hof vermijden dat elke «lichte fout» in een bestaande rechterlijke uitspraak aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid van de overheid.¹²⁹ Hiermee verstrengt het Grondwettelijk Hof de cassatierechtspraak echter niet, integendeel. Het Hof vervangt louter de voorwaarde van de voorgaande uitwissing van vonnissen of arresten gewezen in laatste aanleg, dat een te verregaande inmenging vormt op het recht op toegang tot de rechter, door een aansprakelijkheids criterium dat wel verenigbaar is met dit fundamentele recht.

38. Hoe moet de door het Grondwettelijk Hof gecreëerde voorwaarde van een «fout bestaande uit een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels» nu worden begrepen in het licht van de vijf hierboven vermelde criteria die het Hof van Justitie hanteert?¹³⁰

Een belangrijk criterium lijkt de vraag te zijn of de geschonden norm duidelijk en nauwkeurig is. Hoe duidelijker en nauwkeuriger de norm, des te groter de kans dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending.

Het criterium inzake het duidelijke en nauwkeurige karakter van de toegepaste norm houdt ook onlosmakelijk verband met de vraag wat de stand van het recht was (zowel wetgeving, rechtspraak als rechtsleer) op het ogenblik

van de bestreden beslissing.¹³¹ Deze laatste voorwaarde lijkt ook aan te sluiten bij de Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie. Daar geldt immers het vereiste dat er sprake moet zijn van de miskenning van een rechtsregel die bekend was op het ogenblik van de schadeveroorzakende handeling (het moet gaan om een op dat moment «gevestigde rechtsnorm»).

De vraag of de fout gerechtvaardigd (of verschoonbaar) is, lijkt vaak ook te zullen samenvallen met het criterium inzake het duidelijke en nauwkeurige karakter en de stand van de rechtspraak.¹³²

Het criterium van opzet lijkt minder gemakkelijk toe te passen. Uitspraak doen over het opzettelijke karakter van een fout, veronderstelt immers een beoordeling van het subjectieve karakter van deze fout.¹³³ Het bewijs van een intentie van een rechter om een fout te begaan, lijkt dan ook bijzonder moeilijk.

De vraag of een schending voorligt van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen, lijkt zeker in een Europeesrechtelijke / internationaalrechtelijke context belangrijk. Op grond van art. 267 VWEU geldt (in beginsel) voor een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, een verplichting om een door een partij opgeworpen prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.¹³⁴ Ook is er de (princiële) verplichting om op grond van art. 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof als een partij daartoe een vraag stelt.¹³⁵ Als een procespartij de

¹³¹ Zie ook: A. VAN OEVELEN, «Dwingt het Grondwettelijk Hof het Hof van Cassatie tot een verfijning van zijn Anca-rechtspraak?» (noot onder GwH 30 juni 2014), *RW* 2014-15, 1581-1582. De auteur acht het realistisch dat een Belgische rechter naar analogie zal kunnen oordelen dat er sprake is van een gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregel bij een kennelijke miskenning van vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie of de Raad van State.

¹³² In die zin: conclusie van advocaat-generaal LÉGER van 8 april 2003 bij HvJ, C-224/01, Köbler, overweging 139.

¹³³ In die zin: conclusie van advocaat-generaal LÉGER van 8 april 2003 bij HvJ, C-224/01, Köbler, overweging 156.

¹³⁴ Voor een recente toepassing van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen in de situatie waarbij in de nationale rechtspraak tegenstrijdige stromingen bestaan over de draagwijdte van een begrip in een richtlijn en de interpretatie van dat begrip moeilijkheden oplevert in verschillende lidstaten, zie: HvJ 9 september 2015, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito, overwegingen 36-45. Op deze verplichting bestaan echter onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen, zoals de «*acte claire*» wanneer het rechtcollege oordeelt dat uit een arrest van het Hof van Justitie blijkt dat een bepaling klaarblijkelijk niet geschonden is (HvJ 6 oktober 1982, C-283/81, CILFIT; zie recentelijk ook: HvJ 9 september 2015, C-72/14 en C-197/14, X en van Dijk).

¹³⁵ Ook voor deze verplichting gelden evenwel onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen, zoals de «*acte claire*» (wanneer het rechtcollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat een bepaling klaarblijkelijk niet geschonden is) en de «*acte éclairé*» (wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan over een vraag of een beroep met een identiek onderwerp). Zie hierover uitgebreid: J. VANPRAET en C. FORNOVILLE, «Prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof: rol van de rechter en de partijen in het bodemgeschil» in J. GHYSELS en B. VANLERBERGE, *Prejudiciële vragen. De techniek in kaart gebracht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 87-144.

¹²⁸ Overwegingen B.20.1-B.20.2.

¹²⁹ Overweging B.20.1. Het Hof hanteert in het arrest nr. 99/2014 het begrip «lichte fout» en lijkt dit begrip te interpreteren in de zin dat het niet gaat om een «aantoonbare en ernstige fout».

¹³⁰ Met name: in welke mate is de geschonden norm duidelijk en nauwkeurig?; gaat het om een opzettelijke schending?; is de rechtsdwaling verschoonbaar?; werd in het verleden door een EU-instelling standpunt ingenomen?; is er sprake van de schending van de verplichting een prejudiciële vraag te stellen?

schending aanvoert van een grondrecht dat op analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht door een wetskrachtige akte, moet het rechtscollege in beginsel eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stellen over de verenigbaarheid van die bepaling met titel II van de Grondwet.¹³⁶

De onterechte weigering om een prejudiciële vraag te stellen, lijkt hier overigens slechts één van de typegevalen te zijn. Het kan ook gaan om een volstrekt onjuiste lezing van de betrokken wetgeving, of om het voorbijgaan aan gevestigde cassatierechtspraak over die wetgeving, of het toepassen van die wetgeving ondanks het feit dat bijvoorbeeld een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie of het Grondwettelijk Hof de betrokken bepaling (of een bepaalde interpretatie van die bepaling) eerder al in strijd met hogere rechtsnormen heeft verklaard.

Het valt af te wachten hoe de Belgische rechtspraak de voormelde door het Hof van Justitie gehanteerde criteria in de praktijk zal toepassen. Meer bepaald is het vooralsnog onduidelijk in welke mate de toetsingsintensiteit van de «voldoende gekwalificeerde schending» daadwerkelijk verschilt van die van het hierboven besproken klassieke dubbele foutcriterium bij het beoordelen van het bestaan van een rechterlijke fout. Deze benadering biedt alleszins het voordeel dat de nationale rechter voortaan kan terugvallen op het gedetailleerde – zij het ruime – toetsingskader in het EU-recht, met dien verstande dat vanuit de benadering van het fundamentele recht op toegang tot de rechter de Belgische rechtspraak altijd strenger voor de overheid mag zijn dan wordt vereist door het EU-recht.

VI. Kritische analyse van de door het Grondwettelijk Hof verdedigde oplossing inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten

39. De motieven waarop het Grondwettelijk Hof zich baseert om af te wijken van de klassieke toets voor de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid op grond van een foutieve uitspraak in laatste aanleg, verschillen van die van het Hof van Justitie. Terwijl het Hof van Justitie in het Köbler-arrest als rechtvaardiging voor het vereiste van een gekwalificeerde schending louter *in abstracto* verwees naar het rechtszekerheidsbeginsel en de aard van de rechterlijke functie, houdt het Grondwettelijk Hof meer concreet rekening met de «beslissende rol» van de in laatste aanleg oordelende rechterlijke instanties voor de interpretatie en toepassing van het recht. Daarnaast wil het Hof het risico op vergissingen door de rechter die

¹³⁶ Art. 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989. Zie hierover ook voetnoot 56.

over de overheidsaansprakelijkheidsvordering moet oordelen, zoveel mogelijk minimaliseren.¹³⁷

Dat het Grondwettelijk Hof verwijst naar het risico op vergissingen door de rechter die over de aansprakelijkheidsvordering uitspraak doet, hoeft niet te verbazen. Een belangrijk gevolg van het arrest van 30 juni 2014 is immers dat een hiërarchisch lagere rechtbank, na een procedure die heeft geleid tot een uitspraak in laatste aanleg, zich zal moeten uitspreken over het al dan niet foutieve karakter van die eerdere uitspraak. Een en ander zal wellicht leiden tot een versterking van de rol van hiërarchisch lagere rechters, die hierdoor de mogelijkheid hebben om de uitspraken van hiërarchisch hogere rechterlijke instanties te beoordelen.¹³⁸ Voorts is het niet uitgesloten dat eenzelfde rechtscollege uitspraak zal moeten doen over een «eigen» vermeend foutieve uitspraak. Dit roept vragen op naar de vereiste rechterlijke onafhankelijkheid.¹³⁹

40. Het is voorts opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof de invoering van dit nieuwe criterium verantwoordt door te oordelen dat er een «noodzaak» zou bestaan om de waarborgen die gelden voor rechten op basis van het EU-recht ook toepasselijk te maken op het interne recht.¹⁴⁰ Het Grondwettelijk Hof beoogt op die manier een eenvormige rechtspraak te creëren.

Deze redenering gaat echter voorbij aan de hierboven besproken Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie, die toelaat dat een lidstaat een nationale aansprakelijkheidsregeling onder minder beperkende voorwaarden aanvaardt.¹⁴¹

Daarnaast lijkt deze overweging moeilijk verzoenbaar met bepaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over «zuiver» internrechtelijke situaties. Het Hof oordeelde eerder dat als een zaak «volledig valt te situeren binnen de interne rechtsorde, voor de beantwoording van de

¹³⁷ Overweging B.20.2.

¹³⁸ J. KOMAREK, «Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order», *CML Rev* 2005, 14, voetnoot 23. Hierbij kan ook de vergelijking worden gemaakt met rechtspraak van het Hof van Justitie die een rechtstreekse impact heeft op de hiërarchie tussen nationale rechtscolleges. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het arrest-Križan dat een hiërarchisch lagere nationale rechter de vrijheid moet hebben om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie als hij meent dat het oordeel van de hogere nationale rechter hem tot een met het EU-recht strijdig vonnis zou kunnen brengen (HvJ 15 januari 2013, C-416/10, Križan, overweging 68). Zie voor een uitgebreidere bespreking van de impact van de prejudiciële verwijzingsverplichting bij het Hof van Justitie op de autoriteit van nationale rechtscolleges: J. KOMAREK «The Place of Constitutional Courts in the EU», *European Constitutional Law Review* 2013, 434-435.

¹³⁹ X. GROUSSOT en T. MINSSEN, «Res Judicata in the Court of Justice Case-Law», *European Constitutional Law Review* 2007, afl. 3, 395.

¹⁴⁰ Overweging B.21.

¹⁴¹ HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, Brasserie du Pêcheur, overweging 66; HvJ, 30 september 2003, C-224/01, Köbler, overweging 53; HvJ 9 september 2015, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito, overweging 50.

vraag of de in het geding zijnde bepaling verenigbaar is met art. 10 en 11 Gw., die situatie niet [moet] worden vergeleken met situaties die door het recht van de Europese Unie worden beheerst». ¹⁴² Deze rechtspraak inzake de zgn. «omgekeerde discriminatie» kadert in het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitalen. Op grond hiervan mag een lidstaat eigen onderdanen minder gunstig behandelen dan andere EU-onderdanen die van dit vrij verkeer gebruik maken. ¹⁴³

Als uitgangspunt geldt dus dat het EU-recht in beginsel niet geldt in «zuiver interne situaties» die niet door dit recht worden beheerst. ¹⁴⁴ De zaak die voorlag bij de Raad van State en in de navolgende burgerlijke procedure aanleiding gaf tot de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof, lijkt net te kwalificeren als een dergelijke «zuiver interne situatie». Het betrof een feitenkwesie, namelijk of een natuurlijk persoon al dan niet daadwerkelijk was gedomicilieerd in een bepaalde gemeente. Er was dus geen objectieve noodzaak om te verwijzen naar bijvoorbeeld het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel, op grond waarvan lidstaten de uitoefening van EU-rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Het bodemgeschil viel evenmin onder het toepassingsgebied van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat een doeltreffende rechtsbescherming garandeert voor «door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden».

41. Het arrest van 30 juni 2014 valt weliswaar te verklaren op grond van de doelstelling van het Grondwettelijk Hof om een *spontane harmonisatie* van het overheidsaansprakelijkheidsrecht te realiseren. Via een spontane harmonisatie kunnen de nationale wetgever of nationale rechters op vrijwillige basis oplossingen van het EU-recht uitbreiden naar soortgelijke situaties waarvan de toepassingsfeer beperkt is tot het interne recht. ¹⁴⁵ Van Gerven verwijst in dit verband naar «the growing together of

rules through voluntary or even spontaneous action – and therefore not necessarily occurring because of a legal obligation, but for reasons of consistency, natural justice or simply convenience». ¹⁴⁶

Deze spontane harmonisatie lijkt ook gerechtvaardigd omdat bepaalde onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht niet ontsnappen aan de steeds toenemende regulering op EU-niveau. Een nieuwe richtlijn voorziet bijvoorbeeld in bijzondere regels inzake rechtsbescherming bij inbreuken op mededingingsregels. Deze richtlijn geldt niet enkel voor inbreuken op art. 101 of 102 VWEU, maar ook op nationale regels die overwegend dezelfde doelstelling nastreven en parallel met het EU-mededingingsrecht worden toegepast. ¹⁴⁷

Voorts zijn ultiem de lidstaten zelf (via regulering of via rechterlijke beslissingen) verantwoordelijk en het best geplaatst om de problemen die gepaard gaan met omgekeerde discriminatie op te lossen. ¹⁴⁸ De doelstelling om een consistente rechtsbescherming inzake aansprakelijkheidsvorderingen op grond van art. 1382 BW te garanderen, lijkt in dit verband zeker verdedigbaar.

42. Mogelijk baseerde het Grondwettelijk Hof zich voor het aan de kant schuiven van het vereiste van de voorgaande uitwisseling op die bekommernis om de eenheid van de rechtsbescherming te waarborgen.

Als gevolg van de Köbler-rechtspraak moet een nationale rechter een vordering gegrond verklaren zodra er sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht, op voorwaarde dat de relevante Europeesrechtelijke bepaling rechten toekent aan particulieren, en bij hen schade veroorzaakt. Dit automatisme bestond echter niet voor «zuiver» nationaalrechtelijke bepalingen en een heel aantal grondwettelijke rechten die ook op grond van het EVRM beschermd zijn. ¹⁴⁹ Vanuit het perspectief van de rechtzoekende rijst dan ook de vraag of rechten die binnen de toepassingsfeer van het EU-recht vallen, een ruimere bescherming vereisen dan rechten op basis van het nationale recht of de nationale Grondwet. ¹⁵⁰

Als men abstractie maakt van de algemene principes inzake het onderscheid tussen de toepassingsfeer van

¹⁴² GwH 2 februari 2012, nr. 13/2012, overweging B.5.3; GwH 19 maart 2009, nr. 56/2009, overweging B.4.4 (identieke overweging, waarbij nog werd verwezen naar het gemeenschapsrecht). In het arrest GwH 26 september 2013, nr. 121/2013 lijkt het Grondwettelijk Hof deze rechtspraak te nuanceren (zie overwegingen B.58.1 e.v.). Zie hierover: V. VERBIST, «De arresten van 26 september 2013 van het Grondwettelijk Hof: «omgekeerde discriminatie» inzake gezinshereniging is geen schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel», *TVreemd* 2014, 93-106.

¹⁴³ Cf. HvJ 5 mei 2011, C-434/09, McCarthy, overweging 45.

¹⁴⁴ Zie hierover uitgebreid: V. VERBIST, «Omgekeerde discriminatie in de Belgische rechtsorde: op zoek naar een standpunt» in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 405.

¹⁴⁵ T. HEUKELS en J. TIB, «Towards Homogeneity: Convergence and Divergence» in P. BEAUMONT, C. LYONS en N. WALKER, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 128; in dezelfde zin: V. VERBIST, o.c., in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, 407.

¹⁴⁶ W. VAN GERVEN, «Two Twin-Principles of EU Law» in U. BERNITZ, J. NERGELIUS en C. CARDNER (eds.), *General principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 44.

¹⁴⁷ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pb.L.* 5 december 2014.

¹⁴⁸ D. HANF, «Reverse Discrimination in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity or Judicial Choice?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, 57.

¹⁴⁹ T. BARKHUYSEN, *Eenheid en coherentie van de rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie Leiden, Deventer, Kluwer, 2006, 15.

¹⁵⁰ T. HEUKELS en J. TIB, o.c., in P. BEAUMONT, C. LYONS en N. WALKER, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 128.

het EU-recht en het interne recht, kan op goede gronden kritiek worden gegeven op dit verschil in jurisdictionele waarborgen. Het lijkt bijvoorbeeld weinig billijk dat een beperkte rechtsbescherming geldt inzake de schending van grondwettelijke rechten, maar een ruimere rechtsbescherming voor de schending van een richtlijn die louter een technische reglementering omvat. Met het arrest van 30 juni 2014 heeft het Grondwettelijk Hof een einde gemaakt aan deze ongelijke behandeling. Tot vóór dit arrest viel aan te nemen dat er voor rechterlijke fouten twee aansprakelijkheidsregimes golden (met of zonder voorwaarde van voorafgaande uitwissing), afhankelijk van de kwestie of situaties al dan niet beheerst werden door het EU-recht (zie *supra*). Het arrest van het Grondwettelijk Hof heeft tot gevolg dat, ongeacht de vraag of een situatie al dan niet beheerst wordt door het EU-recht, het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen een bestaande (niet uitgewiste) uitspraak in laatste aanleg in beginsel mogelijk is. In beide gevallen geldt dan hetzelfde gekwalificeerde foutcriterium, waardoor – althans in het geval dat de uitwissing van de betwiste uitspraak niet kon worden verkregen door de uitoefening van de beschikbare rechtsmiddelen – een gelijkwaardige bescherming geldt als voor vorderingen op grond van het EU-recht.

43. De draagwijdte van de in het arrest van het Grondwettelijk Hof vooropgestelde toetsingsnorm van een «voldoende gekwalificeerde schending» lijkt beperkt tot niet-uitwisbare rechterlijke uitspraken in laatste aanleg.¹⁵¹ Dit arrest roept aldus de vraag op of het gekwalificeerde foutcriterium thans niet moet worden veralgemeend. Door te opteren voor het criterium van «een voldoende gekwalificeerde schending» is immers een nieuw onderscheid in behandeling gecreëerd tussen aansprakelijkheidsvorderingen op grond van rechterlijke fouten. Als een uitspraak vooraf is uitgewist, vindt het gemeenrechtelijke foutbegrip toepassing. Zonder voorafgaande uitwissing is een voldoende gekwalificeerde schending noodzakelijk. Het onderscheid dreigt opnieuw de eenheid in de rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten te verstoren.

De toekomst zal overigens uitwijzen hoe groot het verschil is tussen het gewone en het gekwalificeerde foutbegrip.¹⁵² De rechter die uitspraak doet over de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechter zal steeds oog moeten hebben voor het wettelijke kader en de rech-

terlijke beoordelingsruimte. De taken van een rechter zijn niet beperkt tot de loutere toepassing en interpretatie van wettelijke en reglementaire normen. Steeds vaker moet de rechter in onze gelaagde rechtsorde evenwichten zoeken tussen belangen, rechten en beginselen op verschillende niveaus. Het standpunt dat een rechter een fout die wordt begaan door een andere (zelfs hiërarchisch hogere) rechter soms eenvoudig kan vaststellen, lijkt deze rechterlijke appreciatiemarge en de dialectiek van het rechterlijk proces te miskennen.¹⁵³ Daarnaast kunnen zowel wettelijke als reglementaire normen onduidelijk zijn. Een rechter past die normen niet louter mechanisch toe, maar heeft een eigen dynamische inbreng in de ontwikkeling en de vooruitgang van ons rechtssysteem, bijvoorbeeld door te kiezen voor een minderheidsstrekking.¹⁵⁴ Het bepalen van een hypothetische «juiste» handelwijze lijkt in het licht van deze rechterlijke beoordelingsmarge geenszins evident.¹⁵⁵

Daarnaast ging aan de aansprakelijkheidsprocedure al een eerder optreden van de rechterlijke macht vooraf, soms al bij een hogere rechterlijke instantie. Als men zou aanvaarden dat elke lichte fout van een rechter aanleiding kan geven tot een recht op schadevergoeding, dreigen rechtzoekenden een aansprakelijkheidsprocedure – zeker in complexe of technische materies – als een «bijkomend» hoger beroep te beschouwen. Een en ander creëert een risico op verstoring van de coherentie en de dynamiek van de rechterlijke piramide, waarbij de hoogste rechter finaal oordeelt en kan beslissen om bijvoorbeeld eerdere rechtspraak te verlaten.¹⁵⁶

¹⁵³ Zo kan een nationale rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet oordelen dat, hoewel lagere rechterlijke instanties een bepaling in een andere zin hebben uitgelegd, er geen redelijke twijfel bestaat over de juistheid van de interpretatie die zij beoogt en die verschilt van die van de lagere rechtbanken (cf. HvJ 9 september 2015, C-160/14, Ferreira da Silva e Brito, overweging 42).

¹⁵⁴ I. CLAEYS, o.c., in *XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07 – Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, 231.

¹⁵⁵ Verougstraete betoogt ter zake terecht dat een strenge toepassing van art. 1382 BW op rechterlijke uitspraken verlamvend kan werken voor de creativiteit van een rechter en een aansporing kan vormen om aan het bestaande recht niets te wijzigen (I. VEROUGSTRAETE, o.c., *TBH* 2013, 1124).

¹⁵⁶ Zo houdt het Grondwettelijk Hof zich uitdrukkelijk het recht voor om terug te komen op eerdere rechtspraak wanneer de juridische context waarin het zich had uitgesproken, een normatieve ontwikkeling heeft gekend die van die aard is dat de motivering van zijn vroegere arresten erdoor wordt beïnvloed. Zonder dynamische en evolutieve benadering van de rechtspraak zou immers elke verandering of verbetering onmogelijk worden (GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, overweging B.9.2). Ook het Hof van Cassatie heeft opnieuw in een aantal recente arresten afstand genomen van eerdere vaste rechtspraak (*in casu* over fiscaliteit, nl. de voorwaarden van aftrek van beroepskosten door een vennootschap). Het Hof beklemtoont dat het «hiermee [terugkomt] op zijn vroegere rechtspraak» (Cass. 12 juni 2015, F.13.0163.N; Cass. 12 juni 2015, F.14.0080.N; zie eerder: Cass. 15 oktober 2009, C.09.0019.N; zie over deze evolutie ook: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 236).

¹⁵¹ Op de draagwijdte van dit begrip is hierboven al omstandig ingegaan (zie randnr. 19-23).

¹⁵² Zie ook: K. MUNUNGU LUNGUNGU en B. NELISSEN, o.c., *JT* 2015, 466, nr. 14. De auteurs merken terecht op dat de geconcretiseerde zorgvuldigheidsnorm de rechter er eveneens toe aanzet om rekening te houden met de criteria die het Grondwettelijk Hof, in navolging van het Hof van Justitie, relevant acht voor de beoordeling van de voldoende gekwalificeerde schending. Het gaat met name om criteria zoals de helderheid van de regel, het verschoonbaar karakter van de schending, de wettelijke beoordelingsruimte en de stand van de rechtspraak en de rechtsleer op het tijdstip van het geding.

Bovendien lijkt het ook belangrijk om zoveel mogelijk risico's op vergissingen door hiërarchisch lagere rechtscolleges te vermijden.¹⁵⁷ Ook dit vormt een belangrijke reden om rechterlijke beslissingen in een navolgende burgerlijke procedure slechts beperkt te toetsen.

De meeste van de voormelde argumenten gelden onafhankelijk van de kwestie of de betrokken uitspraak vooraf werd uitgewist. Er lijkt dan ook geen noodzaak om voor rechterlijke uitspraken op basis van dit criterium een verschillende toetsingsnorm te hanteren. Deze vraag viel weliswaar buiten het bestek van het arrest van het Grondwettelijk Hof en het valt af te wachten of het Hof van Cassatie bereid zal zijn om zijn rechtspraak in die zin aan te passen.

44. Het is voorsnog onduidelijk hoe het criterium van «een voldoende gekwalificeerde schending» voor een rechterlijke fout zich verhoudt tot de toetsingsnorm bij overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de andere twee machten, in het bijzonder de wetgevende macht. Valt het bijvoorbeeld redelijk te verantwoorden om een minder strenge toetsingsnorm te hanteren bij de beoordeling van fouten van de wetgevende macht dan bij de beoordeling van rechterlijke beslissingen in laatste aanleg waartegen geen of slechts beperkte rechtsmiddelen openstaan en die slechts aanleiding kunnen geven tot overheidsaansprakelijkheid «in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden»?¹⁵⁸

Momenteel vereist het Hof van Cassatie – wellicht op grond van de overweging dat de wetgever over een ruime beleidsvrijheid beschikt – een «eigen beoordeling» door burgerlijke rechters bij aansprakelijkheidsvorderingen wegens vermeend foutieve wetgevende akten.¹⁵⁹ Het Hof hanteert het begrip van de «normaal zorgvuldige en omzichtige wetgever», maar verleent geen duidelijkheid over de draagwijdte van deze toets. Verschillende auteurs hebben er in het verleden al voor gepleit om voor fouten van de wetgevende macht een strikter criterium te hanteren. Volgens deze auteurs zou enkel een «voldoende gekwalificeerde» of «kennelijke» schending van een hogere rechtsnorm of het zorgvuldigheidsbeginsel tot aansprakelijkheid aanleiding mogen geven.¹⁶⁰ Deze visie is voor-

¹⁵⁷ Het Grondwettelijk Hof wijst in overweging B.20.2 van het arrest nr. 99/2014 zelf ook terecht op het risico op vergissingen bij de rechter die uitspraak doet over de aansprakelijkheid die zelf aanleiding kunnen geven tot een nieuwe aansprakelijkheidsvordering.

¹⁵⁸ HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler, overweging 53.

¹⁵⁹ Cass. 10 september 2010, NJW 2011, 425. Voor een eerdere analyse van het foutcriterium t.o.v. de wetgevende macht, zie: W. VERRIJDT, «De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever» in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 323-327.

¹⁶⁰ R. ERGEC, «La responsabilité de l'État du fait de la carence législative» in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 303; M. UYTENDAELE, «Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universel le du Royaume de Dieu et F.J.» (noot onder Cass. 28 september 2006), *JLMB*

alsnog niet bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Meer algemeen is in de rechtsleer al verdedigd dat de rechter zich bij de beoordeling van het optreden van alle staatsmachten terughoudend moet opstellen door niet snel de aanwezigheid van een duidelijk gebod of verbod en dus de eenheid van wetschending en fout te aanvaarden. Het uitgangspunt is dan dat de burgerlijke rechter in beginsel bij elke vorm van overheidsoptreden (wetgevende, uitvoerende of rechterlijke macht) een eigen beoordeling moet maken.¹⁶¹ Tulkens meent alvast dat het arrest nr. 99/2014 mogelijk een evolutie kan inluiden naar een minder strikte beoordeling van de aansprakelijkheid van de wetgevende en uitvoerende macht.¹⁶²

VII. Besluit: welke toekomst voor de Anca-rechtspraak?

45. Sinds het Anca-arrest van 19 december 1991 gold als voorafgaande voorwaarde voor een aansprakelijkheidsvordering wegens een rechterlijke fout dat de foutieve rechterlijke beslissing uit de rechtsorde moest zijn verdwenen. Na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 kan een rechter een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 1382 BW tegen een in laatste aanleg gewezen uitspraak niet langer op die grond afwijzen, wanneer de beperkte rechtsmiddelen die tegen deze beslissing openstaan het niet mogelijk maken om de ver-

2006, 1564. Ook Alen pleitte aanvankelijk voor het hanteren van de maatstaf van «de voldoende gekwalificeerde schending» voor fouten van de wetgever (A. ALEN, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de Cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006» in *Feestbundel voor Hugo Vandenbergh*, Brugge, die Keure, 2007, 13; A. ALEN, «La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1er juin 2006 et du 28 septembre 2006», *JT* 2008, 101). Hij kwam hier nadien echter op terug op grond van de overweging dat als het Hof van Cassatie het gemeenrechtelijk tweevoudig foutbegrip hanteert voor de beoordeling of er sprake is van een schending van het EU-recht, het niet langer lijkt op te gaan om voor de schending van de Grondwet het bestaan van een «voldoende gekwalificeerde schending» te vereisen (A. ALEN, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet» in *Liber Amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 858). Zie eveneens: L. CORNELIS en I. CLAEYS, «Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen» in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland: Preadviezen 2014*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 328. Deze auteurs zijn van oordeel dat rechters bij een zorgvuldigheidsbeoordeling n.a.v. een vordering over de aansprakelijkheid van een lidstaat rekening kunnen houden met het criterium van de voldoende gekwalificeerde schending, althans indien de geschonden rechtsregel geen gebod of verbod oplegde.

¹⁶¹ In die zin: I. CLAEYS, o.c., in *XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07 – Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, 231; I. VEROUSTRAE, o.c., *TBJ* 2013, 1125.

¹⁶² F. TULKENS, «Consécration de la responsabilité de l'État en cas de violation suffisamment caractérisée par le Conseil d'État des règles de droit applicables» (noot onder GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014), *RGAR* 2015, nr. 15.164 (8).

nietiging te verkrijgen.¹⁶³ Als het niet mogelijk of zinvol is om rechtsmiddelen aan te wenden tegen deze uitspraak, ruilt het Grondwettelijk Hof naar het voorbeeld van het Hof van Justitie deze voorwaarde in voor de voorwaarde van de voldoende gekwalificeerde schending.

46. De keuze om het gekwalificeerde foutbegrip te veralgemenen tot aansprakelijkheidsgechillen buiten de werkingssfeer van het EU-recht past in coherentieoverwegingen. Het Grondwettelijk Hof beoogt zo de toepassing van een verschillend aansprakelijkheids criterium te vermijden, afhankelijk van de kwestie of het EU-recht al dan niet van toepassing is. Hoewel een spontane harmonisatie van het overheidsaansprakelijkheidsrecht op het nationale en het EU-niveau kan worden toegejuicht, gaat het Hof eraan voorbij dat het EU-recht een strikter nationaal aansprakelijkheidsregime toelaat. In tegenstelling tot het Europese recht kent het Belgische buitencontractuele overheidsaansprakelijkheidsrecht dan ook geen gekwalificeerde fout, maar volstaat in principe een gewone, lichte fout. De afwijking van dit principe is o.i. weliswaar verantwoord in het licht van de fundamentele taak van de hoogste rechtscolleges. Bovendien zal de rechter die uitspraak doet over de overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten in beide situaties (het gewone en het gekwalificeerde foutbegrip) hoe dan ook steeds oog moeten hebben voor het wettelijke kader en de rechterlijke beoordelingsruimte.

47. De impact van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 valt niet te onderschatten. Deze uitspraak mag niet louter worden beschouwd als een nieuwe uitzondering op het vereiste van de voor-

gaande uitwissing van de rechterlijke beslissing. Het daagt integendeel uit om het huidige beoordelingskader voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht te herdenken en bij uitbreiding het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Deze bijdrage beoogt hiertoe slechts een aanzet te geven. Hierbij dient een evenwicht te worden nagestreefd tussen de vereisten van onze Belgische rechtsorde en het supranationale kader, zoals vormgegeven in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en in het bijzonder het fundamentele recht op toegang tot de rechter. Het arrest van het Grondwettelijk Hof en navolgende rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigen dat het effectiviteitsbeginsel zich verzet tegen het vereiste van de voorafgaande uitwissing van de bestreden rechterlijke uitspraak voor geschillen binnen de toepassingssfeer van het EU-recht. Dit besef en de aandacht voor een spontane harmonisatie van het interne en het EU-recht noopten het Grondwettelijk Hof ertoe om het gekwalificeerde foutbegrip in te voeren in ons Belgische recht.

Het is betwistbaar of hierdoor het evenwicht volledig is hersteld. Deze rechtspraak roept immers een nieuw onderscheid in het leven, afhankelijk van de vraag of het mogelijk is de vernietiging van de foutieve beslissing te verkrijgen. Een mogelijke oplossing bestaat erin om het vereiste van de gekwalificeerde fout te veralgemenen, niet in het minst omdat dit recht doet aan de rechtspraak als evolutieve rechtsbron en een grotere eenvormigheid kan teweegbrengen.

¹⁶³ Het Hof van Cassatie meent immers dat als een wet op verschillende wijzen kan worden uitgelegd, de rechter de interpretatie moet afwijzen die de wet strijdig maakt met de Grondwet (Cass. 20 april 1950, *Arr.Verbr.* 1950, 517, het zgn. «Waleffe-arrest»). Ook in de rechtsleer wordt gesteld dat het Hof van Cassatie in beginsel de gevolgen aanvaardt van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de interpretatie van een wetsbepaling die als ongrondwettig wordt beoordeeld. Dit sluit echter niet de mogelijkheid uit van een alternatieve «derde» grondwettige interpretatie (Verslag A. ALEN, «De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof. Algemene regel, uitzonderingen, enz. (met inbegrip van de situatie van de rechtsonderhorige tijdens de procedure en het gezag van gewijsde van de verwijzingsbeslissing)» in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 157-158).