

# *Claritas custodiet ipsos custodes* – Helderheid bewaakt de bewakers bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de hoogste nationale rechtscolleges

Cedric JENART – FWO Aspirant-Onderzoeker Universiteit Antwerpen – Onderzoeksgroep Overheid en Recht

Mathieu LELOUP – Masterstudent European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation

Nathalie PEETERS – Aspirant-assistent Universiteit Antwerpen – Onderzoeksgroep Onderneming en Recht

Jonas VAN ORSHOVEN – Masterstudent Universiteit Antwerpen

*In het arrest nr. 29/2017 stelt het Grondwettelijk Hof geen schending vast van het recht op een onpartijdige rechter wanneer het Hof van Cassatie zich mee uitspreekt over een vordering tot aansprakelijkheid van de Staat die wordt ingesteld tegen een vermeende fout in een voorgaand arrest van het Hof van Cassatie. Dit artikel plaatst deze uitspraak in haar ruimere context en evalueert de argumentatie van het Grondwettelijk Hof. Ten slotte formuleren de auteurs enkele suggesties voor de wetgever en/of het Hof van Cassatie om aan de hand van meer transparantie enige schijn van partijdigheid zoveel mogelijk te vermijden in de toekomst.*

## I. Achtergrond en *dictum* arrest 29/2017 Grondwettelijk Hof

1. Op 23 februari 2017 velde het Grondwettelijk Hof een belangwekkend arrest (nr. 29/2017) omtrent de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht.<sup>1</sup> Het arrest kan worden beschouwd als een pragmatisch sluitstuk van de (r)evolutie die het Hof zelf in gang had gezet via zijn ophefmakende<sup>2</sup> arrest nr. 99/2014 van 30 juni 2014.

2. In het laatstvernoemde arrest 99/2014 had het Grondwettelijk Hof schijnbaar komaf gemaakt met de «uitwissingsvoorwaarde» voor hoogste rechtscolleges uit

de Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie, althans voor wat de hoogste rechtscolleges betreft.<sup>3</sup> De uitwissingsvoorwaarde impliceerde dat de Staat enkel aansprakelijk kon worden gesteld voor een foutieve handeling van een magistraat, indien deze handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing was ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm. Als gevolg van de gedeeltelijke opheffing van deze voorwaarde zouden de hoogste Belgische rechtscolleges (*in casu* de Raad van State, maar ook het Hof van Cassatie en theoretisch zelfs het Grondwettelijk Hof<sup>4</sup>) de aansprakelijkheid van de Belgische Staat kunnen veroorzaken in louter nationaalrechtelijke procedures. Weliswaar had het Hof van Justitie aan de hand van zijn Köbler-rechtspraak,<sup>5</sup> deze rechtscolleges reeds gedurende meer dan een decennium onderworpen aan Europeesrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen bij gekwalificeerde schendingen van EU-recht. In het arrest nr. 99/2014 trok het Grondwettelijk Hof deze stan-

<sup>1</sup> Zie over het ontstaan van deze problematiek het basiswerk: A. VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 945 p.

<sup>2</sup> Zie voor een diepgaandere bespreking van het arrest nr. 99/2014 van het Grondwettelijk Hof: P. PEETERS en J. VANHOENACKER, «Grondwettelijk Hof en Overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht» in W. PAS (ed.), *Liber Discipulorum André ALEN*, Brugge, die Keure, 2015, 359-371; F. GLANSBORFF, «La responsabilité de l'Etat du fait des magistrats progresse ... Et ralentit», *APT* 2014, 644-650; A. VAN OEVELEN, «Dwingt het Grondwettelijk Hof het Hof van Cassatie tot een verfijning van zijn Anca-rechtspraak?», *RW* 2014-15, 1581; J. VAN COMPENOLLE en G. DE LEVAL, «La responsabilité extracontractuelle de l'Etat du fait des magistrats» in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 197-203; A. CARTON en S. LIERMAN, «De toekomst van de ANCA-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014», *RW* 2015-16, 763-782.

<sup>3</sup> Cass. 19 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 364, *RW* 1992-93, 396, noot A. VAN OEVELEN; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 220 en 227 en verwijzingen aldaar.

<sup>4</sup> Zie in dezelfde zin: J. VAN COMPENOLLE en G. DE LEVAL, *o.c.*, in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, 202.

<sup>5</sup> HvJ 30 september 2003, C-224/01, Köbler. Deze rechtspraak werd verijnd in HvJ 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.



daard van aansprakelijkheid door naar internrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures.<sup>6</sup> Het Hof gaf aldus een archetypisch voorbeeld van een vrijwillige *legal transplant*, waarbij een juridische oplossing uit een ander rechtssysteem nauwgezet overgenomen wordt.<sup>7</sup>

3. De eerste commentaren op het arrest nr. 99/2014 analyseerden voornamelijk de afzwakking van de kracht en het gezag van het rechterlijk gewijsde indien lagere rechters uitspraken indirect zouden kunnen herevalueren, zonder dat de aanvankelijke uitspraak uit de rechtsorde verdwenen was.<sup>8</sup> Het Grondwettelijk Hof verdedigde echter in zijn arrest nr. 99/2014 dat de vereiste van een gekwalificeerde schending en de beperking van de rechtsmacht van het Hof van Cassatie tot rechtsvragen, voldoende waarborgen bleken om het gezag en de kracht van gewijsde te vrijwaren.<sup>9</sup>

4. In de bodemgeschillen die aanleiding gaven tot het arrest nr. 29/2017 werd een ander problematisch punt van arrest nr. 99/2014 opgeworpen door de appellanten voor het Hof van Beroep te Brussel, namelijk de potentiële «eigenrichting» door het Hof van Cassatie.<sup>10</sup> V. Goyens en P. Robben waren op 14 november 2007 veroordeeld door het Hof van Beroep van Antwerpen omdat ze de uitbreiding van een chalet in natuurgebied in stand hadden gehouden zonder voorafgaande toestemming. Hun cassatieberoep werd echter op 1 april 2008 verworpen omdat er geen melding werd gemaakt van de hoedanigheid van de ondertekenaar van het beroep. L. Aquino kon geen aanspraak maken op een voorlopige invrijheidstelling bij

de strafuitvoeringsrechtbank omdat zijn verblijfsrecht als precair werd beschouwd na een beslissing door de Dienst voor Vreemdelingenzaken. In zijn cassatieberoep tegen deze uitspraak suggereerde hij aan het Hof om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Het Hof van Cassatie weigerde dit verzoek evenwel omdat het in een te laat neergelegd processtuk was geformuleerd.

5. Alle appellanten zagen hun voorziening in cassatie stranden om een juridisch-technische reden. Allebei hadden ze bovendien, om genoegdoening te krijgen voor de vermeende fouten van het Hof van Cassatie, reeds procedures aanhangig gemaakt bij internationale gerechtshoven, respectievelijk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>11</sup> en het Hof van Justitie.<sup>12</sup> Ze maakten uiteindelijk gebruik van de mogelijkheid die hen werd geboden door het arrest nr. 99/2014 en stelden een aansprakelijkheidsvordering in bij de nationale rechtbanken.

6. Toen deze aansprakelijkheidsvordering voor het Hof van Beroep te Brussel werd gebracht, wezen de appellanten erop dat schendingen van het gelijkheidsbeginsel (krachtens artt. 10, 11 Gw., artt. 6 en 13 EVRM en art. 14.1 BUPO-verdrag) en van het recht op een eerlijk proces (artt. 13, 146 en 160 Gw., art. 6.1 EVRM en art. 14.1 BUPO-verdrag) dreigden bij zowel het Hof van Cassatie als bij het hof van beroep zelf. Mocht de vordering tot het Hof van Cassatie worden gebracht, dan zou het immers onrechtstreeks een gekwalificeerde fout van zichzelf moeten vaststellen. Dit Hof moet zich door zijn beperkte rechtsmacht weliswaar neerleggen bij de feiten zoals die werden vastgesteld door het hof van beroep, maar kan in zijn interpretatie van de wet wel beslissen wat een gekwalificeerde fout uitmaakt. Na het tweede cassatieberoep kan het dit zelfs volgens een bindende uitspraak doen. Ook het hof van beroep zelf zou in zijn behandeling van de aansprakelijkheidsvordering moeilijk elke schijn van partijdigheid van zich afschudden, aangezien dit Hof zich hiërarchisch en tuchtrechtelijk onder het gezag van het Hof van Cassatie bevindt.<sup>13</sup>

7. Het Hof van Beroep te Brussel legde deze problematiek voor aan het Grondwettelijk Hof door de artt. 568, 608, 1050 en 1073 Ger.W. – die de bevoegdheid van en de rechtsmiddelen bij de gewone Belgische rechtbanken regelen – in vraag te stellen op grond van het gelijkheidsbeginsel en het recht op een eerlijk proces.

<sup>6</sup> S. SOMERS, «De toetsing van de verscheidenheid van bijzondere aansprakelijkheidsregimes aan het gelijkheidsbeginsel», *TPR* 2015, 55-56.

<sup>7</sup> P. LEGRAND, «The impossibility of legal transplants», *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 1997, 111-124. Of «spontane harmonisatie»: A. CARTON en S. LIERMAN, *o.c.*, *RW* 2015-16, 779.

<sup>8</sup> F. TULKENS, «Consécration de la responsabilité de l'état en cas de violation suffisamment caractérisée par le Conseil d'état des règles de droit applicable», *RGAR* 2015, 15164; A. CARTON en S. LIERMAN, *o.c.*, *RW* 2015-16, 778; F. BOUHON en B. LAGASSE, «La responsabilité de l'état pour le fait du juge. De l'arrêt Anca à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014» in F. GLANSORFF (ed.), *Droit de la responsabilité*, Brussel, Larcier, 2015, 259-260; F. GLANSORFF, «La responsabilité de l'Etat du fait des magistrats progresse... Et ralentit», *APT* 2014, 646. Zie voor een diepgaande bespreking van het arrest, die aandacht besteedt aan de ruimere problematiek: B. DUBUISSON en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire» in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 241-308.

<sup>9</sup> GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, overwegingen B.20-B.22.

<sup>10</sup> P. NIHOUL, «L'indépendance et l'impartialité du juge», *Ann. dr.* 2011, 235-236. In de internationale doctrine werd eenzelfde bezorgdheid geuit na het arrest-Köbler. Zie bijvoorbeeld: Z. NICOLO, «Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?», *German Law Journal* 2010, vol. 11, nr. 4, 433; X. GROUSSOT en T. MINNSEN, «Res judicata in the Court of Justice Case-law», *European Constitutional Law Review* 2007, 395; P. J. WATTEL, «Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this», *Common Market Review* 2004, 180; M.H. WISSINK, «Liability of a Member State for Damage Caused to Individuals by Infringements of Community law for Which It is Responsible», *European Review of Private Law* 2005, 425.

<sup>11</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, 4.

<sup>12</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.1.

<sup>13</sup> Deze druk komt bijvoorbeeld ook door het feit dat het aantal vernietigingen door het Hof van Cassatie als negatief element in rekening wordt genomen wanneer een hof van beroep met toepassing van art. 259bis-12 Ger.W. wordt geëvalueerd. Een dergelijke bezorgdheid over de hiërarchische band tussen de twee niveaus werd ook al na het arrest-Köbler geuit (J. DAVID CAMPBELL, «Unenforceable impracticality: exploring Köbler's constitutional, jurisprudential and practical miscues», *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 2010-11, 14; Z. NICOLO, «Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?», *German Law Journal* 2010, vol. 11, nr. 4, p. 433).

8. Het Grondwettelijk Hof oordeelt in zijn arrest nr. 29/2017 dat *in casu* enkel de objectieve component van (on)partijdigheid in het gedrang kan komen. Dit zou meer bepaald gebeuren indien wordt aangetoond dat een rechter zich door zijn voorafgaand optreden in de zaak reeds een oordeel gevormd kan hebben over de grond van de zaak. Het Hof ontkent uiteindelijk echter een schending van het recht op een eerlijk proces. Zijn redenering kan in twee bewegingen worden samengevat.

In een eerste beweging wijst het Grondwettelijk Hof op twee materiële garanties die eventuele problemen van onpartijdigheid binnen het Hof van Cassatie in de kiem kunnen smoren indien het uitspraak moet doen over zijn eigen vermeende fout.

Eenzijds bestaat er zowel in nationaalrechtelijke als in Europeesrechtelijke context een juridische instelling – buiten de klassieke gerechtelijke piramide – waartoe het Hof van Cassatie zich kan wenden teneinde de onpartijdigheid van zijn uitspraak te garanderen. Dit zijn respectievelijk het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie. Deze eerste waarborg beschermt een vrije oordeelsvorming door het Hof van Cassatie af.<sup>14</sup>

Anderzijds moet het Hof van Cassatie uliem een gekwalificeerde fout vaststellen en is het hierbij verplicht om de Köbler-criteria in acht te nemen. De tweede waarborg sluit een voorafgaande oordeelsvorming door een rechter uit, aangezien de grond van de zaak in de twee rechtsgangen verschillend is.<sup>15</sup>

In een tweede beweging vestigt het Hof bovendien de aandacht op enkele formele garanties omtrent de samenstelling van het Hof van Cassatie die elke vorm van partijdigheid zouden uitsluiten.<sup>16</sup>

9. In het vervolg op deze inleiding zullen deze bewegingen ontleed worden. Concreet bespreken wij (II) de (ongemakkelijke) verhouding tussen nationaal en EU-recht door de Köbler-criteria in te voeren bij zaken zonder Europeesrechtelijk karakter. Vervolgens (III) toetsen we de waarborgen die het Grondwettelijk Hof afleidt uit het wettelijk kader van het Gerechtelijk Wetboek alvorens te oordelen over de potentiële (on)partijdigheid van het Hof van Cassatie. Daarna (IV) wijzen we vanuit een metajuridisch perspectief op het domino-effect dat grondwettelijke rechtspraak in gang kan zetten en op de verantwoordelijkheid van de wetgever om het risico van een schijn van partijdigheid in de praktijk te beperken. We concluderen ten slotte (V) dat het inherent kan zijn aan een hiërarchisch systeem dat één entiteit aan de top van de piramide staat<sup>17</sup>, maar dat deze entiteit hierbij binnen een zo transparant mogelijk kader moet werken.

<sup>14</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.10.2.

<sup>15</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.10.1.

<sup>16</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.11-B.13.

<sup>17</sup> E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, I, Brus- sel, Adolphe Wahlen, 1844, 96.

## II. Nationaal versus Europees recht: prejudiciële vragen als waarborg voor onpartijdigheid

10. Aan de hand van twee overwegingen beschouwt het Grondwettelijk Hof de nationale en Europese prejudiciële verwijzingsmechanismen als garanties voor de onpartijdigheid van rechtbanken, zoals het Hof van Cassatie, indien zij moeten oordelen over hun eigen vermeende fout.<sup>18</sup> De twee rechtscolleges die voor een dergelijke waarborg kunnen zorgen, zijn het Grondwettelijk Hof<sup>19</sup> zelf en het Hof van Justitie.<sup>20</sup> Zoals het Grondwettelijk Hof zelf (deels) aangeeft,<sup>21</sup> is de internrechtelijke of Europeesrechtelijke aard van de aansprakelijkheidsvordering bepalend om vast te stellen welk rechtscollege zal optreden als ultieme hoeder van de nationale Grondwet, respectievelijk het EU-recht. *De facto* maakt het Grondwettelijk Hof in zijn analyse aldus een distictie tussen aansprakelijkheidsvorderingen die te situeren zijn in de nationale rechtsorde, enerzijds, en in de Europese rechtsorde, anderzijds. In wat volgt bespreken we twee manieren waarop de Europese en de nationale rechtsorde fundamenteel verschillen m.b.t. externe waarborgen op een onpartijdige rechter. Ten eerste bespreken we de uiteenlopende bevoegdheden van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof. Ten tweede wijzen we op een fundamenteel verschilpunt m.b.t. de immuniteit van het Hof van Justitie en de nationale rechtscolleges na het arrest nr. 99/2014.

11. Een eerste verschilpunt tussen beide rechtsorden duikt op bij de hulplijn die nationale rechters kunnen raadplegen. Wanneer de rechtsvraag voor een nationale rechter een aspect van EU-recht heeft, kan deze rechter namelijk een beroep doen op het Hof van Justitie. Het centrale gezag van het Hof van Justitie is een fundament waarop de gehele Europese rechtsorde gebaseerd is.<sup>22</sup> Twee doctrines schragen deze positie van het Hof. Ten eerste is er de Simmenthal-doctrine die een systeem van diffuse toetsing instelt waarbij elke nationale rechter verplicht is om aanstonds toepassing te maken van het Unierecht en om elke strijdige nationale bepaling buiten be-

<sup>18</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.10.2 en B.10.3.

<sup>19</sup> Art. 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, BS 7 januari 1989.

<sup>20</sup> Art. 267 VWEU.

<sup>21</sup> Het Grondwettelijk Hof verwijst in overweging B.10.2 uitdrukkelijk naar de Europese rechtsorde («Wanneer het Europees Unierecht in het geding is ...»). Wanneer het Hof in de volgende overweging spreekt over het prejudicieel verwijzingsmechanisme van het Grondwettelijk Hof zelf, wordt er echter geen parallelle verwijzing gemaakt naar de nationale rechtsorde. Nochtans lijkt het Hof door de vermelding van deze prejudiciële mechanismen te willen aangegeven dat er voor internrechtelijke en Europeesrechtelijke aangelegenheden een analoge waarborg geldt.

<sup>22</sup> Zie in die zin: A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA en D. WYATT, *European Union Law*, 2011, Oxford, Hart Publishing, 2011, 61; F. DE QUADROS, *Droit de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2008, 251.

schouwing te laten.<sup>23</sup> Ten tweede bestaat het systeem van prejudiciële vraagstelling om de nationale rechters hierin bij te staan.<sup>24</sup> Elke nationale rechter bij wie een zaak aanhangig is gemaakt die de toepassing van EU-recht impliceert, kan of moet aan het Hof van Justitie een vraag stellen over de uitlegging of de geldigheid ervan.<sup>25</sup> De combinatie van zijn brede materieelrechtelijke bevoegdheid en zijn toegankelijkheid voor alle nationaal-jurisdictionele niveaus maakt dat het Hof van Justitie kan optreden als ultieme bewaker van het EU-recht.<sup>26</sup>

12. Sinds het *Frankovich*-arrest<sup>27</sup> is het Hof van Justitie bovendien een belangrijke speler in de geschillen inzake de staatsaansprakelijkheid. In de daaropvolgende rechtspraak heeft het Hof verduidelijkt dat een staat aansprakelijk gesteld kan worden voor fouten begaan door de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht wanneer zij een regel van het Unierecht op een voldoende gekwalificeerde wijze schenden, deze regel rechten toekent aan de betrokkene en er een causaal verband bestaat tussen deze schending en de schade.<sup>28</sup> In het *Köbler*-arrest heeft het Hof deze mogelijkheid zelfs geïntroduceerd voor de hoogste nationale rechtscolleges.<sup>29</sup> Ook in een procedure inzake staatsaansprakelijkheid zal de nationale rechter dus steeds via een prejudiciële vraag het Hof van Justitie kunnen adiëren. Wanneer het Hof van Cassatie aldus moet oordelen over zijn eigen gekwalificeerde fout in een Europeesrechtelijke context, moet of kan<sup>30</sup> de beoordeling of er een gekwalificeerde schending heeft plaatsgevonden, worden doorgeschoven naar het

Hof van Justitie.<sup>31</sup> In het geval dat het Hof van Cassatie tijdens de aansprakelijkheidsprocedure twijfelt of zijn vorige uitspraak een fout inhield ten opzichte van het Europees Unierecht, dan wel of dit een gekwalificeerde fout was, zal het deze vragen via een prejudiciële verwijzingsprocedure tot het Hof van Justitie kunnen richten.<sup>32</sup> Het Luxemburgse Hof zal in dat geval als neutrale entiteit de rol van «bliksemafleider» vervullen.<sup>33</sup> Op deze manier is het systeem van prejudiciële vraagstelling dus een waarborg voor de onpartijdigheid van het Hof van Cassatie.<sup>34</sup>

13. Het Grondwettelijk Hof lijkt in zijn arrest nr. 29/2017 een parallel te trekken tussen de waarborgfunctie van het Hof van Justitie in de Europese rechtsorde en die van het Grondwettelijk Hof in de nationale rechtsorde.<sup>35</sup> Deze analogie gaat echter niet op. Het Grondwettelijk Hof heeft immers, anders dan het Hof van Justitie, een bevoegdheid die in beginsel beperkt is tot het vaststellen van grondwetsschendingen of schen-

<sup>23</sup> HvJ 9 maart 1978, C-106/77, Simmenthal, overwegingen 24 en 26.

<sup>24</sup> Art. 267 VWEU. Zie voor een algemene bespreking van dit systeem: A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA en D. WYATT, *European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 209-232.

<sup>25</sup> A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 95.

<sup>26</sup> Zie in deze zin: J.P. JACQUÉ en J. H.H. WEILER, «On the road to European Union – A new judicial architecture: An agenda for the inter-governmental conference», *Common Market Law Review* 1990, 196; K. LENAERTS, «The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union», *Common Market Law Review* 2007, 1652.

<sup>27</sup> HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Frankovich*.

<sup>28</sup> HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, overweging 51. Zie voor een grondigere bespreking: A. VAN DEN BOSSCHE en J. PRINSEN, «Het recht van de Europese Unie en de nationale rechter», *TPR* 2008, 197-206; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 498-547.

<sup>29</sup> HvJ 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*. Deze rechtspraak werd verrijkt in HvJ 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*. Zie o.m.: P. CABRAL en M. C. CHAES, «Member State Liability for Decisions of National Courts Adjudicating at Last Instance», *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 2006, 109-126.

<sup>30</sup> De verplichting om prejudiciële vragen te stellen voor rechterlijke instanties die in laatste aanleg oordelen krachtens art. 267 VWEU kent immers verschillende uitzonderingen: het Hof van Cassatie is niet in elke situatie verplicht een prejudiciële vraag te stellen. Zie voor deze uitzonderingen wat prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie betreft: HvJ 6 oktober 1982, C-283/81, *Cilfit*, 21.

<sup>31</sup> W. VAN GERVEN, «De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht» in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 399.

<sup>32</sup> Een voorbeeld waarin het Hof van Justitie zelf uitmaakte of een fout begaan door een rechtscollege dat uitspraak doet in laatste aanleg al dan niet een gekwalificeerde fout uitmaakte is de zaak-*Köbler* zelf. Hier oordeelde het Hof van Justitie dat het niet-toekennen van een bijzondere anciënniteitstoelage geen gekwalificeerde schending van het Unierecht uitmaakte (HvJ 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, 89-126). Reeds in dit mijlpaalarrest over staatsaansprakelijkheid voor fouten van de hoogste nationale rechters maakte het Hof van Justitie duidelijk hoe specifiek het zich kan uitspreken over het bodemgeding door te stellen dat: «It must therefore be examined whether that infringement of Community law is manifest in character having regard in particular to the factors to be taken into consideration for that purpose as indicated in paragraphs [...] above» (HvJ 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, overweging 120). Zie voor andere voorbeelden waar het Hof zelf uitmaakt of er al dan niet een gekwalificeerde fout werd begaan: HvJ 25 november 2010, C-429/09, *Günter Fuss*, 51-58; HvJ 17 april 2007, C-470/03, *AGM-COS.MET*, 80-82; HvJ 28 juni 2001, C-118/00, *Larsy*, 33-49; HvJ 24 september 1998, C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH*, 26-28; HvJ 17 oktober 1996, C-283/94, *Denkavit*, 47-49. Zie ook: P. AALTO, *Public liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, Londen, Hart Publishing, 2011, 153-196; P. AALTO, «Twelve years of *Francovich* in the European Court of Justice: a survey of the case-law on the interpretation of the three conditions of liability» in S. DE SOUSA (ed.), *Enforcing community law from Francovich to Köbler: twelve years of the state liability principle*, Keulen, Bundesanzeiger, 2004, 59-77.

<sup>33</sup> Het Hof van Justitie is immers in de eerste plaats een hooggerechts-hof dat waakt over de eenheid en de coherentie van EU-recht (B. VESTERDORF, «A Constitutional court for the EU», *Int. J. Const. L.* 2006, 607-617; L. BESSELINK, «The ECJ as the European «Supreme Court»; Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy», *Verfassungsblog* 18 augustus 2014). Dit sluit evenwel niet uit dat het Hof van Justitie aan een vorm van grondwets- (lees: verdrags-) toetsing doet (M. ROSENFELD, «Comparing constitutional review of the European Court of Justice and the US Supreme Court», *Int. J. Const. L.* 2006, 618).

<sup>34</sup> Dit werd door advocaat-generaal LÉGER zelf opgemerkt in zijn conclusie in de zaak-*Köbler* van 8 april 2003, overweging 111.

<sup>35</sup> Zie de in voetnoot 21 besproken opeenvolging van de overwegingen B.10.2 en B.10.3.



dingen van bevoegdheidsverdelende regels.<sup>36</sup> Er kan<sup>37</sup> dus enkel nuttig een prejudiciële vraag gesteld worden aan het Grondwettelijk Hof indien de vermeende fout kan worden gekaderd als een schending van de Grondwet of van bevoegdheidsverdelende regels. Vaststellen of deze schending ook een gekwalificeerde fout uitmaakt, valt echter niet binnen de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Dit komt krachtens artt. 144-145 Gw. toe aan de burgerlijke rechters, die art. 1382 BW moeten interpreteren.<sup>38</sup> Een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kan hoogstens de vraag beantwoorden of een interpretatie van het Hof van Cassatie in overeenstemming is met de Belgische Grondwet.<sup>39</sup> Welke gevolgen aan deze vaststelling moeten worden gekoppeld, blijft echter een vraag die door de burgerlijke rechter – en daardoor in laatste instantie door het Hof van Cassatie – moet worden beantwoord.<sup>40</sup>

14. Een tweede verschilpunt tussen de Europese en nationale rechtsorde bestaat in de (on)aantastbaarheid van de hoogste rechtscolleges. Met zijn arrest nr. 99/2014 heeft het Grondwettelijk Hof het Hof van Cassatie als hoogste orgaan van de rechterlijke macht onderworpen aan de mogelijkheid tot staatsaansprakelijkheid door de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie te introduceren in het Belgische recht. Eén zaak werd echter onzes inziens onvoldoende beklemtoond, namelijk dat volgens de bestaande rechtsleer de Köbler-doctrine het hoogste rechtscollege zelf immuun laat voor elke vorm van aan-

sprakelijkheid binnen de Europese rechtsorde.<sup>41</sup> Het Hof van Justitie zelf is immers niet onderworpen aan zijn Köbler-rechtspraak en kan geen fouten begaan waarvoor de EU nadien aansprakelijk gesteld zou worden. Het Belgische Hof van Cassatie kan als hoogste nationale rechtscollege nu wel fouten begaan waarvoor België aansprakelijk gesteld mag worden.

15. Het recente antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Brussel in de zaak-Aquino maakt bovenstaande conclusie nog betekenisvoller.<sup>42</sup> In deze zaak moest het Hof oordelen of art. 267, derde lid VWEU zich verzet tegen de weigering om een prejudiciële vraag te stellen op basis van de niet-ontvankelijkheid eigen aan de nationaalrechtelijke procedure. Het Hof van Justitie besliste dat het bij gebrek aan Unievoorschriften ter zake voorbehouden blijft aan de lidstaten om hun procedureregels op te stellen. Het staat de nationale rechtbanken dus vrij om een verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag af te wijzen om redenen eigen aan de nationale rechtsgang. Dit principe is echter aan twee voorwaarden onderworpen: de nationale procedureregels mogen niet ongunstiger zijn voor EU-recht dan voor louter nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten mag door deze regels in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt worden (doeltreffendheidsbeginsel).<sup>43</sup> Volgens het Hof van

<sup>36</sup> Art. 1 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Daarenboven is het Hof bevoegd inzake beroepen tegen beslissingen van de Controlegescommissie inzake de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezing van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en inzake controle op gewestelijke volksraadplegingen. Zie respectievelijk artt. 25bis tot 25septies en art. 30ter van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof.

<sup>37</sup> Een rechter is namelijk niet steeds verplicht om het Grondwettelijk Hof te bevragen over potentiële schendingen van de Grondwet voor rechtsnormen met kracht van wet (art. 26, § 2 – § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, BS 7 januari 1989, 315). Zie voor een van de vele analyses hierover: M. DE GROOT, «Samenloop van prejudiciële vragen: Naar een evenwichtige oplossing», *Jura Falconis* 2012-13, 226-231.

<sup>38</sup> Eventueel nadat het Grondwettelijk Hof dit artikel grondwetconform heeft uitgelegd zoals in het voormelde arrest nr. 99/2014.

<sup>39</sup> Voor een voorbeeld waarin het Arbeidshof te Luik vraagt of de interpretatie door het Hof van Cassatie strookt met artt. 10 en 11 Gw. zie: GwH 21 december 2004, nr. 203/2004.

<sup>40</sup> Men kan zich afvragen of uit de vaststelling van de schending van de Grondwet door een wet, een gekwalificeerde fout kan worden afgeleid van de rechter die deze ongrondwettige wet toch heeft toegepast. Er is ons geen zaak bekend waarbij een Belgisch rechtscollege zich al over deze specifieke vraag heeft gebogen. Wanneer het Hof van Cassatie echter een wet plichtsgetrouw heeft toegepast die nadien door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig is verklaard, lijkt het *automatisch* bestaan van een gekwalificeerde (i.e. grove of ernstige) fout als eenheid van fout uitgesloten krachtens de Anca-rechtspraak. Enkel wanneer een arrest wordt geveld dat in strijd is met vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan er worden verdedigd dat er sprake is van een gekwalificeerde fout naar analogie met het standpunt van het Hof van Justitie (zie in dezelfde zin: A. VAN OVELEEN, o.c., RW 2014-15, 1582). Dit vergt echter nog steeds een beoordeling door een feitenrechter.

<sup>41</sup> Men zou kunnen beweren dat het Hof van Justitie zich kan buigen over aansprakelijkheidsvorderingen ten aanzien van zijn eigen fouten als appelrechter bij het Gerecht. Krachtens artt. 256, 268, 340 VWEU is het Gerecht immers bevoegd om zich uit te spreken over aansprakelijkheidsvorderingen voor fouten van EU-instellingen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie, bestaande uit het Hof van Justitie, het Gerecht en het Gerecht voor Ambtenarenzaken, is zo'n EU-instelling (K. LENAERTS, I. MASELIS en K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 496-497). In vroegere rechtsleer werd reeds uitdrukkelijk bepleit dat het Hof van Justitie van de Europese Unie aansprakelijk zou moeten kunnen gesteld worden op grond van art. 340 VWEU (zie: P.J. WATTEL, «Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this», *Common Market Law Review* 2004, 184-186). Het Hof van Justitie heeft enkele jaren geleden in beroep een schadevergoeding uitgesproken ten nadele van het Gerecht dat dit eerst (in een andere samenstelling) geweigerd had voor de overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht (HvJ 26 november 2013, C-40/12P, Gascoigne Sack Deutschland t/ Commissie, § 97; A. LAZOWSKI, S. BLOCKMANS, *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, 443-450). Basisrechtsleer sluit echter zelfs de mogelijkheid uit om een beslissing van het Hof van Justitie (als onderdeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie) aan te vechten (A. KACZOROWSKA-IRELAND, *European Union Law*, Routledge, Londen, 2016, 512). Wanneer een schending van gemeenschapsrecht niet kan worden vastgesteld, is het evenmin mogelijk dat er tot een fout kan worden besloten. Er zijn ons bovendien geen zaken bekend waarin het Hof van Justitie de EU veroordeelde vanwege een fout van zichzelf. Het is ten slotte paradoxaal dat het Hof van Justitie, dat het laatste woord heeft over de interpretatie van Europees Unierecht, dit recht «fout» kan interpreteren. In dit opzicht is het moeilijk denkbaar dat het Hof van Justitie een gekwalificeerde fout zou kunnen begaan.

<sup>42</sup> HvJ 15 maart 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino.

<sup>43</sup> HvJ 15 maart 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, overweging 48. Zie in dezelfde zin: HvJ 17 maart 2016, C-161/15, Bensadi Benallal, overweging 24; HvJ 21 januari 2016, C-74/14, Eturas, overweging 32.



Justitie was in de Belgische rechtsorde aan beide voorwaarden voldaan.<sup>44</sup>

16. Met zijn arrest van 15 maart 2017 heeft het Hof van Justitie de dichotomie tussen de Europese en de nationale rechtsordes bevestigd, waardoor het eveneens duidelijker wordt dat de principes van deze eerste niet probleemloos kunnen worden toegepast op de andere. Een rechtzoekende die een schadevergoeding vordert voor een fout van het Hof van Cassatie, is in nationaalrechtelijke aangelegenheden dus aangewezen op nationale waarborgen. Alleen kan het Grondwettelijk Hof door zijn gelimiteerde bevoegdheden niet op zulk een sterke wijze toezien op de neutrale afhandeling van zulke aansprakelijkheidszaken als het Hof van Justitie. De vraag rijst aldus of andere nationale waarborgen elke mogelijkheid op een objectief onpartijdige rechter wel kunnen uitsluiten bij beweerde fouten van de rechterlijke macht.

### III. Nationaalrechtelijke waarborgen op een onpartijdige rechter

17. De mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen is niet de enige waarborg die het Grondwettelijk Hof in zijn beoordeling heeft betrokken. Meer bepaald hecht het Hof belang aan drie bijkomende waarborgen: (1) het feit dat de rechtzoekende een gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels moet aantonen;<sup>45</sup> (2) de mogelijkheid tot wraking van de raadsheren van het Hof van Cassatie<sup>46</sup> en (3) het algemeen rechtsbeginsel van de subjectieve en objectieve onpartijdigheid van de rechter dat het Hof van Cassatie net als elk ander rechtscollege bindt.<sup>47</sup> In deze titel zullen die drie argumenten nader onderzocht worden.

18. In zijn arrest nr. 29/2017 gaat het Grondwettelijk Hof ervan uit dat, omdat de verzoeker een gekwalificeerde fout van het Hof van Cassatie moet aantonen, een eerste waarborg voor de onpartijdigheid van dit laatste Hof altijd aanwezig is. Doordat het Hof van Cassatie geen uitspraak doet over zijn gewone fout, maar over zijn «ernstige en aantoonbare fout» zou, zoals ook de Ministerraad leek te argumenteren,<sup>48</sup> de kans op partijdigheid afnemen. De toetsingsbevoegdheid van het Hof van Cassatie wordt beperkt tot de criteria die het Grondwettelijk Hof vooropgesteld heeft.

19. Hoewel dit argument op het eerste gezicht lijkt te overtuigen, kan ook het tegenovergestelde standpunt verdedigd worden. De hoven en rechtbanken van de rechter-

lijke macht moeten namelijk nog steeds invulling geven aan het criterium van gekwalificeerde schending en dit toepassen op specifieke zaken. Toetsen aan het criterium van een gekwalificeerde schending betekent bovendien niet dat de toetsingsbevoegdheid van de cassatierechter verder beperkt wordt, maar veeleer dat de rechtzoekende meer doorslaggevende argumenten zal moeten aanbrengen dan normaal om aan te tonen dat er niet enkel sprake is van een fout, maar zelfs van een aantoonbare en ernstige fout. Die verhoging van de bewijslast leidt in de praktijk tot een grotere toetsingsbevoegdheid van het Hof van Cassatie, waardoor de schijn van partijdigheid niet afneemt.

20. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat het Hof van Cassatie in zijn oorspronkelijke arrest tien jaar nodig had om tot een uitspraak te komen, waardoor de verzoeker van mening is dat het Hof de redelijke termijn heeft overschreden.<sup>49</sup> De verzoeker moet dan in zijn aansprakelijkheidsvordering aantonen dat deze schending van het beginsel van de redelijke termijn door het Hof van Cassatie een gekwalificeerde fout uitmaakt. De lagere rechtbanken zullen zich hierbij, in overeenstemming met arrest nr. 99/2014 van het Grondwettelijk Hof, moeten laten leiden door de criteria die het Hof van Justitie in de zaak-Köbler heeft geïntroduceerd, zoals de vraag of het wel of niet om een kennelijke fout gaat.<sup>50</sup>

Het moet worden opgemerkt dat de toetsingsbevoegdheid van de bodemrechters in aansprakelijkheidsgeschillen afneemt, aangezien zij gebonden zijn aan de Köbler-criteria. Wanneer de lagere rechtbank vaststelt dat het Hof van Cassatie tien jaar op zijn uitspraak liet wachten,

<sup>49</sup> Dit principe is vervat in art. 6 EVRM en de schending ervan kan aanleiding geven tot een schadevergoeding (zie bv.: Cass. 1 maart 2016, P.15.1272.N). In dit voorbeeld is hierover echter (nog) geen oordeel geveld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waardoor de verzoeker zich niet op de reeds bestaande uitzondering op de uitwissingsvoorwaarde voor de nasleep van een veroordelings-arrest door het EHRM kon beroepen (zie *infra*, IV en meer specifiek voetnoten 65 en 66). Daarenboven rijst de vraag of sinds het arrest nr. 99/2014 van het Grondwettelijk Hof de nieuwe mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen het Hof van Cassatie geen rechtsmiddel is dat uitgeput moet worden in overeenstemming met art. 35, § 1 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft namelijk reeds geoordeeld dat een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering een rechtsmiddel is dat moet worden uitgeput in het geval van een klacht gebaseerd op een overschrijding van de redelijke termijn door de rechterlijke macht (zie onder meer: EHRM (beslissing) 15 mei 2007, Depauw t/ België; EHRM (beslissing) 11 september 2002, Mifsud t/ Frankrijk. Zie in dezelfde zin: EHRM (GK) 26 oktober 2000, Kudla t/ Polen, § 158. Deze vraag valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

<sup>50</sup> Zie: HvJ 30 september 2003, C-224/01, overwegingen 55-56. «Die elementen zijn onder meer: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwinging, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van art. 234, derde alinea, EG, een prejudiciële vraag te stellen. In ieder geval is een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd, wanneer 's Hof's rechtspraak op het gebied bij het nemen van de betrokken beslissing kennelijk is miskend.»

<sup>44</sup> HvJ 15 maart 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, overwegingen 51 en 55.

<sup>45</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.10.1.

<sup>46</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.12.2.

<sup>47</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.12.3.

<sup>48</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging A.5.3.

kan deze oordelen dat dit een gekwalificeerde fout uitmaakt. Aan een wat langere duur dan gewoonlijk – een potentiële maar geen gekwalificeerde fout – kunnen deze bodemrechters geen staatsaansprakelijkheid vastbinden. Als het Hof van Cassatie zich over de zaak buigt, zal het gebonden zijn door de feiten en omstandigheden zoals die zijn vastgesteld door de bodemrechters; het Hof kan bijvoorbeeld niet meer betwisten dat het wel degelijk tien jaar nodig had om zijn arrest te vellen. Het Hof van Cassatie zal echter steeds kunnen nagaan of de bodemrechter hieruit wettig een schending van de redelijke termijn kon afleiden.<sup>51</sup> In de praktijk zal het dus aan het Hof van Cassatie toekomen om te oordelen of een duur van tien jaar een gekwalificeerde of een gewone fout uitmaakt. Ondanks het bestaan van de vereiste om een gekwalificeerde fout vast te stellen voor overheidsaansprakelijkheid van hoven in laatste aanleg, blijft de bevoegdheid van het Hof van Cassatie dezelfde, namelijk uitspraak doen over de rechtsvraag of de lange termijn om een bepaald arrest te vellen al dan niet een (gekwaltificeerde) fout uitmaakt. Doordat de bevoegdheid van het Hof van Cassatie ongewijzigd blijft, terwijl die van de bodemrechters afneemt, zou men zelfs kunnen stellen dat de bevoegdheid van het Hof van Cassatie *de facto* toeneemt.

21. Een tweede waarborg die het Grondwettelijk Hof in zijn arrest betreft, is de mogelijkheid tot wraking van de raadsheren van het Hof van Cassatie. Art. 828, 1° Ger.W. bepaalt namelijk dat elke rechter tegen wie een wettige verdenking bestaat, gewraakt kan worden. Bovendien moet elke rechter die zelf weet heeft van zo'n redenen, zichzelf verschonen van de zaak.<sup>52</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds geoordeeld dat art. 6 EVRM geschonden is wanneer rechters moeten oordelen of zij in een vorig arrest het recht verkeerd hebben toegepast.<sup>53</sup> In latere arresten heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beslist dat dit principe zelfs geldt wanneer slechts een van de rechters uit een kamer moet oordelen of hij of zij in een vorige zaak een fout heeft begaan.<sup>54</sup> Wanneer een van de rechters van het oorspronkelijke cassatiearrest ook uitspraak doet over de aansprakelijkheidsvordering, zal er dus steeds een schending van het beginsel van onpartijdigheid zijn. De vraag rijst echter of zelfs raadsheren die *niet* betrokken waren bij het oorspronkelijke arrest, in deze situatie geen schijn van partijdigheid vertonen. De raadsheren van het Hof van Cassatie die zich over de vordering tot schadevergoe-

ding uitspreken, moeten dan namelijk oordelen of hun directe en naaste collega's een *aantoonbare en ernstige fout* hebben begaan bij de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheid. Zij moeten met andere woorden besluiten dat hun waarde collega's een grove – zelfs domme – fout hebben begaan. Het komt ons voor dat er wel degelijk sprake kan zijn van een objectief te rechtvaardigen schijn van partijdigheid wanneer rechters van het hoogste rechtscollege van het land uitspraak moeten doen over de gekwalificeerde fout van hun collega's.

22. Als derde waarborg stelt het Grondwettelijk Hof dat het Hof van Cassatie, net als elk ander rechtscollege, gebonden is door het algemene rechtsbeginsel van de subjectieve en objectieve onpartijdigheid van de rechter. In overeenstemming met dit beginsel zal het Hof van Cassatie maatregelen nemen die verhinderen dat de raadsheeren van wie de betwiste rechtsprekende handeling de aanleiding was van de beweerde staatsaansprakelijkheid, zich over die vordering kunnen uitspreken. In dit opzicht stelt het Grondwettelijk Hof vast dat de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie een zaak naar een andere kamer van het Hof kan verwijzen wanneer de behoeften van de dienst dat rechtvaardigen.<sup>55</sup> Het Grondwettelijk Hof gaat ervan uit dat de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie zich steeds op deze bepaling zal baseren om de zaak naar een andere kamer te verwijzen wanneer de onpartijdigheid van de burgerlijke kamer mogelijk in het geding is.<sup>56</sup> Op die manier zal het Hof van Cassatie zich altijd op een onpartijdige manier kunnen en moeten organiseren, aangezien het gebonden is door het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter.

23. Dit argument van het Grondwettelijk Hof is opvallend, voornamelijk omdat het Hof hier een cirkelredenering lijkt te maken. Het algemeen rechtsbeginsel van onpartijdigheid van de rechter vormde namelijk, in samenhang met art. 13 Gw., een deel van de referentienormen die in de prejudiciële vragen werden opgenomen.<sup>57</sup> Aan de hand van de prejudiciële vragen wilden de verwijzende rechters dus vernemen of de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek geen afbreuk doen aan dat algemene rechtsbeginsel in de concrete situatie van een aansprakelijkheidsvordering wegens een vermeende fout begaan door het Hof van Cassatie. In zijn antwoord baseert het Grondwettelijk Hof zich echter op dit beginsel om te oordelen dat de eerste voorzitter de kamer steeds zo zal samenstellen dat het Hof van Cassatie op een onpartijdige manier uitspraak zal kunnen doen. Het Grondwettelijk Hof zegt hier bijgevolg dat het principe van onpartijdigheid van de rechter niet geschonden is omdat de rechters verplicht zijn om dit principe van onpartijdigheid van de rechter na te leven.

<sup>51</sup> Cass. 13 april 2010, P.10.0005.N, *T. Strafr.* 2010, 211. Zie eveneens: I. BOONE, «De «bescheiden» bijdrage van het Hof van Cassatie aan het aansprakelijkheidsrecht» in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 57.

<sup>52</sup> Art. 831 Ger.W.

<sup>53</sup> EHRM 29 juli 2004, San Leonard Band Club t/ Malta, §§ 61-66.

<sup>54</sup> EHRM 13 november 2007, Driza t/ Albanië, §§ 79-83; EHRM 1 februari 2005, Indra t/ Slovaakije, §§ 51-55.

<sup>55</sup> Art. 133 *in fine* Ger.W.

<sup>56</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.12.4.

<sup>57</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, 2 en overwegingen A.2.2-A.3.

24. Daarenboven is het ook vermeldenswaard dat het Grondwettelijk Hof in zijn analyse het reglement houdende dienstregeling van het Hof van Cassatie<sup>58</sup> betreft. Dat reglement wordt weliswaar opgesteld in uitvoering van, en rekening houdend met, wettelijke en grondwettelijke bepalingen, maar is op zichzelf geen wetskrachtige norm. Als de inhoud van een dergelijk reglement (mede) bepalend is voor de conformiteit van de getoetste artikelen van het Gerechtelijk Wetboek met de Grondwet, is dat zeker geen pleidooi voor de alomvattendheid van die artikelen.

25. Het blijft opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof, dat als taak heeft de conformiteit van de wet aan de Grondwet na te gaan,<sup>59</sup> zich bij zijn afwegingen zo sterk baseert op een algemeen rechtsbeginsel en een kamerreglement. In essentie kan dit worden opgevat als een kritiek op het wetgevend kader, zoals dat in het Gerechtelijk Wetboek is uitgewerkt. Het zijn dus niet de wetskrachtige normen, maar het is de verplichting van de rechterlijke macht om de Grondwet na te leven, die de rechtzoekende behoedt van (schijnbaar) partijdige rechtspraak. Het komt ons voor dat dit moet worden opgevat als kritiek op het wetgevend kader, zoals dit in het Gerechtelijk Wetboek staat uitgewerkt.

26. Uit wat hierboven beschreven staat, blijkt duidelijk dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de waarborgen die het Grondwettelijk Hof naar voren schuift. Het is bovendien belangrijk om bij dit alles in het achterhoofd houden dat een objectief te rechtvaardigen *schijn van partijdigheid* volstaat om een schending van het onpartijdigheidsbeginsel vast te stellen.<sup>60</sup> Het Grondwettelijk Hof geeft dit in zijn arrest trouwens zelf aan.<sup>61</sup> De vraag rijst dan ook of de waarborgen die het Hof introduceert, volstaan om deze schijn van partijdigheid uit te sluiten.

#### IV. Verantwoordelijkheid van de grondwettelijke rechtspraak en verantwoordelijkheid van de wetgever

27. Met zijn arrest nr. 99/2014 beoogde het Grondwettelijk Hof het interne recht inzake overheidsaansprakelijkheid voor fouten begaan door de rechterlijke macht af te stemmen op de waarborgen die werden toegekend door de Köbler-rechtspraak in het recht van de Europese Unie.<sup>62</sup> De idee achter deze beslissing is lovenswaardig. De uitwissingsvoorwaarde van de Anca-rechtspraak was in de

rechtsleer namelijk niet van kritiek gespaard gebleven.<sup>63</sup> Bovendien werd de Belgische rechtsorde gekenmerkt door een stapsgewijze afbouw van de immuniteit van staatsorganen voor aansprakelijkheidsvorderingen en vormden de hoogste rechtscollages in dit opzicht nog een eenzame uitzondering. Zelfs dit principe was echter niet meer absoluut.<sup>64</sup> In een arrest van 25 maart 2010 oordeelde het Hof van Cassatie namelijk dat de uitwissingsvoorwaarde niet van toepassing is wanneer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>65</sup> had geoordeeld dat de rechterlijke uitspraak in strijd was met het EVRM.<sup>66</sup> In dit opzicht kan het arrest nr. 99/2014 van het Grondwettelijk Hof worden gezien als een laatste evolutie in het afbouwen van de immuniteit van staatsaansprakelijkheid.

28. De mogelijke discriminatie die het Hof in het arrest nr. 29/2017 moest beoordelen, is echter een directe uitloper van het arrest nr. 99/2014. De problemen m.b.t. de onpartijdigheid van het Hof van Cassatie waren namelijk niet mogelijk geweest als het Grondwettelijk Hof geen komaf had gemaakt met de uitwissingsvoorwaarde voor de hoogste rechtscollages.<sup>67</sup> Uit de opbouw en de toon van het arrest blijkt dat het Hof zich hiervan bewust is. Het Hof oordeelt echter dat de bestaande institutionele waarborgen waarin het algemene wettelijk kader nu voorziet, voldoende zijn om deze twijfels weg te nemen. Zoals aangetoond in de vorige twee titels, overtuigen deze waarborgen niet volledig. De vraag rijst dan ook of een wetgevend optreden in deze materie nodig is. In een rechtsstaat is het namelijk de taak van de wetgever om te voorzien in een wetgevend kader dat de objectieve onpartijdigheid van de rechterlijke macht waarborgt.<sup>68</sup> De

<sup>58</sup> Art. 132 Ger.W.

<sup>59</sup> Art. 142 Gw.

<sup>60</sup> Zie o.m.: EHRM (GK) 23 april 2015, *Morice t/ Frankrijk*, 78; EHRM (GK) 15 oktober 2009, *Micallef t/ Malta*, 98; EHRM (GK) 22 oktober 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens en July t/ Frankrijk*, § 77; EHRM (GK) 15 december 2005, *Kyprianou t/ Cyprus*, § 118; EHRM 26 oktober 1984, *De Cubber t/ België*, § 26.

<sup>61</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.9.2.

<sup>62</sup> GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, overweging 21.

<sup>63</sup> Zie: A. CARTON en S. LIERMAN, *o.c.*, RW 2015-16, 766 en de verwijzingen aldaar.

<sup>64</sup> Zie: A. CARTON en S. LIERMAN, *o.c.*, RW 2015-16, 766-767; P. PEETERS en J. VANHOENACKER, *o.c.*, in W. PAS (ed.), *Liber Discipulorum André Alen*, 364.

<sup>65</sup> *In casu* ging het om het Comité van Ministers van de Raad van Europa. De rechtsleer heeft echter terecht opgemerkt dat hetzelfde geldt voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie: I. BOONE, «Aansprakelijkheid van de staat wegens de schending van het EVRM bij een rechtsprekende handeling» (noot onder Cass. 25 maart 2010), *NJW* 2011, 230; S. GUILIAMS, «Overheidsaansprakelijkheid wegens fouten van magistraten in de uitoefening van hun rechtsprekende functie verder verfynd» (noot onder GwH 30 juni 2014), *NJW* 2014, 890).

<sup>66</sup> Cass. 25 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 920.

<sup>67</sup> Het moet worden opgemerkt dat dezelfde twijfels ook geuit werden na de Köbler-rechtspraak (zie bv.: J. DAVID CAMPBELL, *o.c.*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 2010-11, 26; Z. NICOLO, *o.c.*, *German Law Journal* 2010, vol. 11, nr. 4, 433; X. GROUSSOT en T. MINNSEN, *o.c.*, *European Constitutional Law Review* 2007, 395; P. J. WATTEL, *o.c.*, *Common Market Law Review* 2004, 180; M.H. WISSINK, *o.c.*, *European Review of Private Law* 2005, 425).

<sup>68</sup> Zie in deze zin: EHRM 21 juni 2011, *Fruni t/ Slovaakije*, § 134; EHRM 5 oktober 2010, *DMD Group, A.S. t/ Slovaakije*, § 60; EHRM 4 maart 2003, *Posokhov t/ Polen*, § 39; EHRM 22 juni 2000, *Coeme e.a t/ België*, § 98; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 713.



formele invulling van het principe van objectieve onpartijdigheid moet tot uiting komen in regels inzake de gerechtelijke organisatie.<sup>69</sup>

29. Met een dergelijk wetgevend optreden zou in het Gerechtelijk Wetboek een artikel kunnen worden toegevoegd waarin waarborgen worden opgelegd die de aanwezige schijn van partijdigheid zoveel als mogelijk doen afnemen. Zo zou de federale wetgever het Hof van Cassatie bijvoorbeeld kunnen opleggen om in algemene vergadering over zulke aansprakelijkheidsvorderingen te beslissen of zou kunnen worden voorzien in een verplicht voorafgaand schriftelijk advies van het openbaar ministerie bij het Hof, zodat de partijen een standpunt kunnen innemen.<sup>70</sup>

30. Een wetgevende ingreep van de overheid zou, behalve het verminderen van de schijn van partijdigheid, nog een ander voordeel teweegbrengen. Dit zou namelijk ook tegemoetkomen aan de hierboven geuite bedenking dat het aan het Gerechtelijk Wetboek – en niet aan een kamerreglement – toekomt om een voldoende wettelijk kader te scheppen om de objectieve onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Bovendien lijkt een formele wetwijziging het best te stroken met de vereisten van art. 6 EVRM. Dit artikel waarborgt het recht om te worden beoordeeld door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. De vereiste dat een gerecht is ingesteld bij wet veronderstelt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naast een wettelijke basis voor het bestaan van het gerecht zelf ook dat wettelijk is vastgesteld hoe het rechtscollege in elke zaak is samengesteld.<sup>71</sup> Gelet op het belang van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, vereist het EVRM in dit opzicht een formele wet.<sup>72</sup> Aangezien de noodzakelijke waarborgen steeds een impact zullen hebben op de samenstelling van het Hof van Cassatie, lijkt het ons dat een wet in de formele zin alleszins raadzaam is.

31. In afwachting van een dergelijke wetwijziging kan het Hof van Cassatie ook zelf actie ondernemen. Zo kan de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie op basis van art. 132 Ger.W. een afzonderlijk reglement opstellen dat de samenstelling van het Hof bepaalt wanneer het over zijn eigen aansprakelijkheid moet oordelen.<sup>73</sup> Wanneer

we aannemen dat de twijfel over de onpartijdigheid van de rechters nooit volledig zal kunnen worden weggenomen, is het namelijk van belang dat de kamer op een duidelijke en voorzienbare wijze wordt samengesteld. Wanneer alle schijn van partijdigheid niet op overtuigende wijze vermeden kan worden, is het belangrijk dat het principe van transparantie zo strikt mogelijk wordt gevolgd.<sup>74</sup>

32. Opnieuw rijst de vraag of art. 6 EVRM niet reeds op zich vereist dat het kamerreglement op die manier wordt aangepast. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft namelijk reeds geoordeeld dat een discretionaire toewijzing van rechtszaken de onpartijdigheid van de rechters in het gedrang kan brengen.<sup>75</sup> Wanneer het Hof van Cassatie uitspraak moet doen over een aansprakelijkheidsvordering ingesteld tegen zijn eigen arrest, zal het aan de eerste voorzitter toekomen om deze zaak toe te wijzen aan een kamer die hierover onpartijdig kan oordelen.<sup>76</sup> In de aansprakelijkheidsvordering – een situatie waarin de onpartijdigheid van het Hof van Cassatie hoe dan ook al in het geding is – lijkt het ons dat een dergelijke discretionaire toewijzing van een zaak, zonder dat deze op duidelijk vast te stellen criteria is gebeurd, een objectief te rechtvaardigen schijn van partijdigheid kan creëren.<sup>77</sup> Deze bemerking wordt nog pertinenter wanneer we in ogenschouw nemen dat er een zekere overlapping bestaat tussen de raadsheren van de verschillende kamers van het Hof van Cassatie in zowel de Nederlandstalige als de Franstalige sectie.<sup>78</sup> Hierdoor valt het niet uit te sluiten dat de aansprakelijkheidsvordering niet aan een bestaande kamer van het Hof kan worden toegekend, maar dat een kamer *ad hoc* zal moeten worden

samengesteld uit raadsheren die noch «gewone» raadsheren noch plaatsvervangende raadsheer zijn van de kamer die het oorspronkelijke arrest heeft geveld. Op deze manier bouwt men toch een zekere mate van institutionele onafhankelijkheid in, die ervoor zorgt dat de schijn van partijdigheid afneemt. Een andere mogelijkheid is dat de kamer die zich over de aansprakelijkheidsvordering buigt, wordt samengesteld uit de verschillende sectievoorzitters en de raadsheren met de meeste anciënniteit.

<sup>74</sup> EHRM 5 oktober 2010, DMD Group, A.S. t/ Slovakije, § 66. Zie m.b.t. transparantie ook: EHRM (GK) 7 juni 2001, Kress t/ Frankrijk, § 78. Met dank aan em. prof. dr. Henri Swennen voor het inspirerende gesprek over dit onderwerp.

<sup>75</sup> EHRM 5 oktober 2010, DMD Group, A.S. t/ Slovakije, § 58.

<sup>76</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.12.4.

<sup>77</sup> Zie in vergelijkbare zin: EHRM 12 januari 2016, Miracle Europe KFT t/ Hongarije, § 63; EHRM 5 oktober 2010, DMD Group, A.S. t/ Slovakije, §§ 65-72.

<sup>78</sup> Voor de huidige samenstelling van het Hof van Cassatie, zie de beschikking van eerste voorzitter J. De Codt van 17 maart 2017. Deze overlapping is geen eenmalig voorval, want ook tijdens het vorige gerechtelijk jaar hadden bepaalde raadsheren tegelijk zitting in verschillende kamers. Het beperkte aantal raadsheren in het Hof maakt het nagenoeg onmogelijk om een duidelijke scheiding te hebben tussen de verschillende kamers. Een verwijzing naar de andere sectie van het Hof zou een volledig andere samenstelling van de kamer waarborgen, maar lijkt ons in te gaan tegen de Taalwet Gerechtszaken (zie art. 27 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, BS 22 juni 1935, 4002).

<sup>69</sup> W. DE PAUW, «De objectieve onpartijdigheid en de extensieve bevoegdheden van de kamer van inbeschuldigingstelling: een subtiel evenwicht?» (noot onder Cass. 10 juni 2010), *RABG* 2011, 623.

<sup>70</sup> Deze oplossingen werden voorgesteld door de verzoekers in het hier besproken arrest (zie overwegingen A.2.2. en A.3).

<sup>71</sup> EHRM 12 januari 2016, Miracle Europe KFT t/ Hongarije, § 49; EHRM 17 december 2013, Jenita Mocanu t/ Roemenië, § 37; EHRM 3 november 2011, Sorgic t/ Servië, § 62; EHRM (beslissing) 4 mei 2000, Buscarani t/ San Marino.

<sup>72</sup> P. POPELIER, «La loi aujourd'hui (le principe de légalité)» in I. HANCHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, 2, Limal, Anthemis, 2012, § 19.

<sup>73</sup> Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden vereist dat de kamer van het Hof die zich uitsprekt over de aansprakelijkheidsvordering, wordt

samengesteld. De mogelijke schijn van partijdigheid wordt in een dergelijk geval nog groter. Het opstellen van een afzonderlijk kamerreglement voor dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen zou ervoor zorgen dat op transparante wijze kan worden vastgesteld hoe de kamer die zich over de aansprakelijkheidsvordering uitsprekt, wordt samengesteld en zou zo de schijn van partijdigheid doen afnemen.

## V. Conclusie

33. In dit artikel werden enkele kritische kanttekeningen geplaatst bij arrest nr. 29/2017 van het Grondwettelijk Hof. Deze bedenkingen werden in twee bewegingen neergeschreven, die in grote lijnen overeenkomen met de opbouw die het Grondwettelijk Hof in zijn arrest zelf heeft gehanteerd.

34. In een eerste beweging werd deze zaak besproken als een directe uitloper van arrest nr. 99/2014 van het Grondwettelijk Hof. Door de ongemakkelijke *legal transplant* van een principe uit het Europees Unierecht naar een zuiver intern-rechtelijke kwestie, heeft het Grondwettelijk Hof de Belgische rechtsorde namelijk geconfronteerd met de verschillen tussen deze twee rechtsstelsels. Meer bepaald zal een aansprakelijkheidsvordering tegen het Hof van Cassatie in zo'n geval niet noodzakelijk worden voorgelegd aan het Hof van Justitie, dat als ultieme bewaker van het Unierecht uitspraak doet, maar is deze rol in de eerste plaats voorbehouden aan de Belgische rechtscolleges. Deze vaststelling werd geschraagd door het recente arrest van het Hof van Justitie dat aantoonde dat zelfs de zaak-Aquino – waar op het eerste gezicht een aspect van Unierecht aan de orde was – louter nationaalrechtelijk kon worden opgelost. In tegenstelling tot in de Europese rechtsorde met het Hof van Justitie, is er in de nationale rechtsorde geen neutrale bliksemafleider met een equivalente bevoegdheid die garandeert dat zelfs het hoogste nationale gerechtshof zonder enige schijn van partijdigheid oordeelt.

35. In een tweede beweging kunnen er kritische bedenkingen worden geplaatst bij de overige nationaalrechtelijke waarborgen op een onpartijdige rechter in de specifieke feitenconstellatie. We hebben eerst en vooral aangetoond dat het vereiste om een gekwalificeerde fout te bewijzen de beslissingsmarge van de bodemrechters dan wel verkleint, maar de bevoegdheid van het Hof van Cassatie onverlet laat; het Hof is nog steeds bevoegd om na te gaan of de bodemrechters de juiste rechtsgevolgen hebben gekoppeld aan de feiten die zij hebben vastgesteld en kan zo al dan niet tot een gekwalificeerde fout besluiten. Ten tweede volstaat ook de mogelijkheid tot wraking niet om elke schijn van partijdigheid uit te sluiten. Het vaststellen van een ernstige en aantoonbare fout van naaste collega's is een taak waarbij eveneens steeds een zekere schijn van partijdigheid aanwezig kan zijn. Ten derde maakt het Hof schijnbaar een cirkelredenering wanneer het beslist dat het principe van onpartijdigheid van de rechter niet geschonden is omdat de raadsheren in het Hof van Cassatie verplicht zijn om dit principe van onpartijdigheid van de rechter na te leven.

36. Gevoelsmatig delen we de overtuiging van het Grondwettelijk Hof<sup>79</sup> en het Hof van Cassatie<sup>80</sup> dat het Hof van Cassatie als hoogste en meest gerespecteerde hof van de rechterlijke macht in staat moet worden geacht om in alle onpartijdigheid te oordelen; zelfs over aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op fouten van het Hof van Cassatie zelf. Het valt echter niet uit te sluiten dat partijen in dat laatste geval een gerechtvaardigde vrees hebben bij de partijdigheid van dit Hof. Vanuit dit perspectief moesten we vaststellen dat het bestaande wettelijk kader de aanwezige schijn van partijdigheid niet afdoende kan beperken. Minstens het transparantiebeginsel geeft de wetgever de verplichting om de rechterlijke macht in haar geheel te behoeden voor betichtingen van een schijn van partijdigheid.

37. Een wetgevend optreden is dan ook nodig. Het mag niet de bedoeling zijn dat het beschermen van de onpartijdigheid van rechters uitsluitend aan die rechters zelf wordt overgelaten. Ook de wrakingsmogelijkheid doet geen afbreuk aan de plicht voor de wetgever om een robuust gerechtelijk apparaat uit te werken dat objectieve partijdigheid zoveel mogelijk vermijdt. De vaststelling dat rechters de algemene rechtsbeginselen naleven, vormt geen dekmantel voor de wetgever om die algemene rechtsbeginselen niet steviger te verankeren in wetgeving. Bovendien rees de vraag of art. 6 EVRM – dat het recht waarborgt op berechting door een gerecht dat is ingesteld bij formele wet – hoe dan ook vereist dat de wetgever optreedt.

38. Ten slotte kan het Hof van Cassatie ook zelf al actie ondernemen. Het Hof kan namelijk steeds op basis van art. 132 Ger.W. besluiten om een afzonderlijk kamerreglement op te stellen dat de samenstelling van het Hof bepaalt in het geval van een aansprakelijkheidsvordering. Een dergelijk reglement zou op transparante wijze aantonen hoe de kamer wordt samengesteld en zou de schijn van partijdigheid die bij de huidige discretionaire toewijzing blijft bestaan, sterk doen afnemen. Naast de rechtszekerheid voor de rechtzoekende, komt zo'n helderheid vooral het Hof van Cassatie ten goede, omdat het buiten elke potentiële verdenking komt te staan: Helderheid bewaakt immers de bewakers ofte *claritas custodiet ipsos custodes*.

<sup>79</sup> GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017, overweging B.12.3.

<sup>80</sup> Zie voor het Hof van Cassatie in een enigszins andere context: Cass. 13 maart 2012, P.11.1750.N, *Arr.Cass.* 2012, 651. In dit arrest weigert het Hof in te gaan op de vraag van de eiseres om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over zijn eigen onpartijdigheid. In deze zaak had de toenmalige voorzitter van het Hof van Cassatie een brief naar de voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers gestuurd waarin hij het onschuldvermoeden van de eiseres miskend zou hebben. De eiseres was van oordeel dat het Hof van Cassatie als zodanig niet langer onpartijdig een uitspraak zou kunnen doen in deze zaak. Hierop vroeg ze het Hof een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de artt. 542 tot 552 Sv. met de artt. 10 en 11 Gw. In zoverre een verwijzing naar een andere rechtbank niet mogelijk is in het geval van een gewettigde verdenking ten aanzien van het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat deze brief van de eerste voorzitter enkel zichzelf bond en niet de andere magistraten van het Hof. Het weigerde de prejudiciële vraag te stellen, aangezien die zou uitgaan van een verkeerde veronderstelling inzake de onpartijdigheid van het Hof.

