

SAMENVATTING MASTERSCRIPTIE: *Kan de wetgever een fout maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW?*

In dit werkstuk werd onderzocht of de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW en aldus het cultus van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever definitief is doorbroken. Een eerste belangrijke bevinding bij het onderzoek is dat er zowel vanuit supranationale invalshoek als vanuit nationale invalshoek een impact is geweest op het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Zowel het Hof van Justitie als het Hof van Cassatie hebben zich uitgesproken over het foutief overheidsgedrag uitgaande van de wetgever. Dit foutief overheidsgedrag werd echter nooit expliciet gekoppeld aan de aansprakelijkheidsgrondslag uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het is van belang telkens de ontleding van het privaatrechtelijk foutbegrip voor ogen te houden. Deze bestaat enerzijds uit de schending van een specifieke norm en anderzijds uit de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm. In het licht van de hoofdonderzoeksvraag werd de eenheidstheorie een kritisch twistpunt. Nadat de eenheid tussen onwettigheid en fout door het Hof van Cassatie werd bevestigd, nam de doctrine een standpunt in over een mogelijke eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. De zorgvuldigheid zorgde voor een heel aantal openstaande vragen met betrekking tot de invulling van de "zorgvuldige wetgever". Ondanks het gebrek aan een specifieke wettelijke grondslag kan ook een lacune legis een fout van de wetgever impliceren in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

De belangrijkste tegenargumenten m.b.t. de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever zijn gelegen in het soevereiniteitsbeginsel, de ratio legis van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof en de scheiding der machten. De soevereiniteit heeft belangrijke beperkingen ondergaan waardoor het geen sterk tegenargument meer kan vormen. De ratio legis van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof kan niet meer onverkort gelden gelet op de evolutie van het Arbitragehof tot een volwaardig Grondwettelijk Hof. Het Grondwettelijk Hof werd een zodanig sterke macht waardoor het beschouwd kan worden als een instantie aanleunend bij de wetgevende macht waardoor het zich in een sterkere positie heeft geplaatst. Dit is één van de belangrijkste elementen die een eenheid tussen ongrondwettig en fout bemoeilijkt. Verdere elementen die de eenheid bemoeilijken, zijn de problematiek rond de opportuniteit en de impliciete toetsing aan de grondwet door de burgerlijke rechter wanneer hij zich in het subjectief contentieux uitsprekt over de wetgevende handeling. De scheiding der machten is eveneens geen strikt gehanteerd beginsel meer gelet op de evolutie naar een beginsel van evenwicht der machten.

De belangrijkste argumenten ter verdediging van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever zijn gelegen in de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid, de oprichting van het Arbitragehof en de evolutie tot een volwaardig Grondwettelijk Hof. Gelet op het feit dat de overheidsaansprakelijkheid zich voornamelijk heeft ontwikkeld in de cassatierechtspraak, kan deze kritisch worden benaderd. Het is opvallend dat het Hof van Cassatie enkel inzake een onwettigheid duidelijk is geweest over de principiële aansprakelijkheid van de wetgever. Enkel de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt dan de grondwet is er expliciet door het Hof van Cassatie bevestigd dat de wetgever in dat geval een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW onder voorbehoud van de modaliteiten. De opeenvolgende cassatiearresten van 26 juni

1998, 10 april 2014 en 30 april 2015 geven duidelijk een genuanceerde eenheidsleer weer tussen onwettigheid en fout alsook de modaliteiten die voldaan moeten zijn om de aansprakelijkheid van de wetgever te kunnen weerhouden. Wanneer de aansprakelijkheid van de wetgever dient te worden weerhouden bij een ongrondwettigheid liggen de kaarten evenwel complexer. Het Hof van Cassatie heeft zich nooit duidelijk uitgesproken over de principiële aansprakelijkheid van de wetgever wanneer zijn fout een ongrondwettigheid betreft. Het Hof erkende enkel een mogelijkheid tot staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever in het Sekten-arrest maar heeft deze nooit expliciet gekoppeld aan art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het Hof lijkt bovendien tegenstrijdige standpunten in te nemen. In het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010 leek het Hof volledig los te koppelen van art. 1382 BW en art. 1383 BW terwijl het in zijn eerdere rechtspraak van 28 september 2006 een specifiek foutbegrip leek te hanteren voor de wetgever. Of dit foutbegrip het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW betreft, is onduidelijk. De wetgever kan bijgevolg een fout maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW maar het probleem is gelegen in het feit dat dit enkel uitdrukkelijk is bevestigd in de situatie van een onwettigheid waarbij de wetgever een wet uitvaardigt die in strijd is met een hogere norm maar niet de grondwet. Voor een ongrondwettigheid is dit nooit uitdrukkelijk door het Hof van Cassatie bevestigd. Bovendien blijkt uit de doctrinaire onenigheid, de bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof en de vage cassatierechtspraak dat het gevoelig lijkt te liggen om een ongrondwettigheid automatisch te koppelen aan het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Anderzijds vormt de grondwet evenzeer een hogere norm in de zin van de ratio legis achter het privaatrechtelijk foutbegrip. Uit een eerste annotatie op cassatie 30 april 2015 blijkt evenwel dat er strekkingen zijn in de rechtsleer die stellen dat grondwetsbepalingen niet altijd voldoen aan de voorwaarde dat de bepaling een bepaald gebod of verbod moet opleggen.

We situeren ons vandaag dus in een complexe fase in de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wanneer deze een ongrondwettigheid betreft. Deze kan enkel worden opgelost wanneer er een klaar en duidelijk cassatiearrest volgt die de principiële aansprakelijkheid van de wetgever invult wanneer de fout een ongrondwettigheid betreft. Enkel dan kan zonder problemen worden gesteld dat de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW ongeacht het feit of de fout gelegen is in de schending van de grondwet of de schending van een andere hogere norm.

1. VOORWOORD

De problematiek rond de overheidsaansprakelijkheid vindt zijn oorsprong in een geschiedenis van het bloed van de prins dat eerst blauw was maar nu als rood kan worden aanzien.¹ Met deze prins doelt W. Van Gerven op de overheid die niet meer zo onaantastbaar is als voorheen.

"Aansprakelijkheid wegens ondeugdelijke wetgeving – Een laatste bastion na Flandria, Anca, Francovich en Brasserie du pêcheur?" ² Dit is de vraag waar reeds veel inkt over is gevloeid zonder duidelijk antwoord. De vraag is of dit bastion wel kan sneuvelen. Kan de wetgever een fout maken in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW?

De inspiratie om dit onderzoek te voeren, komt uit de lessen Rechtsbescherming tegen de overheid. Tijdens deze lessen werd aangekaart dat een vernietigingsarrest van de Raad van State automatisch een fout impliceert in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW en deze redenering niet wordt doorgetrokken naar vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof.

Als studente Rechtsbedeling was deze masterscriptie voor mij een uitdaging. Het was een zeer interessante materie om te onderzoeken. Drie rechtsgebieden raken elkaar zijnde het grondwettelijk recht, het administratief recht en het aansprakelijkheidsrecht. De uitgebreide doctrinaire discussie, de veelheid aan bronnen en de onduidelijke cassatierechtspraak maakte het onderzoek evenwel complex. Desalniettemin was het een ervaring mijn masterscriptie in deze materie te schrijven en was het mijn intentie een meerwaarde te kunnen leveren aan het leerstuk rond de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

Bij deze gelegenheid zou ik nog een aantal personen willen bedanken voor het goede verloop van de masterscriptie. In het bijzonder dr. Stijn Verbist voor de goede begeleiding, de gerichte feedback en zijn voortdurende appreciatie. Verder ook dr. Ilse Samoy voor de tips tijdens de lessen aansprakelijkheidsrecht. Bovendien zou ik ook nog Claudine Verhoeven willen bedanken die mij als opleidingsverantwoordelijke van de UCL na de studies Rechtspraktijk altijd is blijven steunen. Daarnaast zou ik nog iedereen willen bedanken die mij nuttige tips heeft gegeven of hun visie omtrent de kwestie met mij heeft willen delen.

¹ W.VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 87.

² 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, (125) 200-204.

2. INHOUDSOPGAVE

1. VOORWOORD	3
2. INHOUDSOPGAVE	5
3. INLEIDEND HOOFDSTUK	7
3.1 Probleemstelling en situering	7
3.2 Stand van zake	9
3.3 Relevantie van het onderzoek	10
3.4 Voorafgaandelijke denkplaatjes	11
3.5 Doelstelling van het onderzoek	11
3.6 Structuurschets en afbakening	12
4. HET PRIVAATRECHTELIJK FOUTBEGRIIP EN DE WETGEVENDE MACHT	13
4.1 Invulling van het privaatrechtelijk foutbegrip	13
4.2 Impuls vanuit supranationaal recht	14
4.2.1 Erkenning door het Europees Hof van Justitie.....	14
4.2.2 De mogelijke invloed van het EVRM.....	18
4.3 Impuls vanuit nationaal recht	21
4.3.1 Erkenning in de cassatierechtspraak.....	21
4.3.2 De toepassing van het zorgvuldigheidscriterium op de wetgevende macht.....	23
4.3.2.1 <i>De onzorgvuldige administratieve overheid</i>	23
4.3.2.2 <i>De concretisering van onzorgvuldigheid voor de wetgever</i>	24
4.3.2.3 <i>De onzorgvuldige wetgever, de verdere logische stap?</i>	26
4.3.2.4 <i>Doortrekking van de bezwaren tegen de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op het bestuur naar de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de wetgever?</i>	30
4.3.2.5 <i>Tussenconclusie</i>	32
5. DE DOCTRINAIRE EN JURISPRUDENTIELE ONENIGHEID	35
5.1 De belangrijkste argumenten tegen de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever	35
5.1.1 De soevereiniteit van de wetgever	35
5.1.1.1 De rechtspraak van het Europees Hof voor justitie.....	35
5.1.1.2 De rechtspraak van het Hof van Cassatie.....	36
5.1.1.3 De oprichting van het Arbitragehof.....	36
5.1.1.3.1 <i>De burgerlijke rechter op het pad van de grondwettigheidstoetsing?</i>	37
5.1.1.4 Effectief soevereiniteitsverlies?.....	40
5.1.2 Ratio legis Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof	41
5.1.3 De scheiding der machten	45
5.2 De belangrijkste argumenten voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever	45
5.2.1 Evolutie overheidsaansprakelijkheid	45
5.2.1.1 Cassatiearrest 10 september 2010.....	47
5.2.1.2 Het recent cassatiearrest van 30 april 2015.....	55
5.2.1.3 Tussenconclusie.....	56
5.2.2 Evolutie Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof	56
5.2.2.1 Het Grondwettelijk Hof, een sterke macht?.....	57
5.2.2.2 Vernietigingsarrest vs. prejudiciële vraagstelling.....	60

5.2.2.3 Wet in strijd met de grondwet vs. lacune leges.....	64
6. EINDCONCLUSIE.....	71
6.1 Resultaten van het onderzoek	71
6.2 Hoofdonderzoeksvraag	75
6.3 Onderliggende vragen	76
6.4 Eindoplossing	79
7. BIBLIOGRAFIE.....	81
7.1 Wetgeving	81
7.1.1 <i>Wetgeving in de meest brede zin</i>	81
7.1.2 <i>Wetgeving in formele zin</i>	81
7.1.3 <i>Parlementaire voorbereidingen</i>	81
7.1.4 <i>Adviezen</i>	81
7.2 Rechtspraak	81
7.2.1 <i>Europees Hof van Justitie</i>	81
7.2.2 <i>Annotaties bij rechtspraak Hof van Justitie</i>	81
7.2.3 <i>Grondwettelijk Hof.....</i>	81
7.2.4 <i>Hof van Cassatie</i>	82
7.2.5 <i>Franse Hof van Cassatie.....</i>	82
7.2.6 <i>Annotaties bij cassatierechtspraak</i>	82
7.2.7 <i>Hof van Beroep</i>	82
7.3 Rechtsleer	82
7.3.1 <i>Boeken.....</i>	82
7.3.2 <i>Tijdschriften.....</i>	83
7.3.3 <i>Doctoraatschriften</i>	85
7.4 Overige.....	85
7.5 Bijlagen	85
8. BIJLAGEN	87
8.2 Noot onder Cassatie 30 april 2015 – C.12.0637.F	87

3. INLEIDEND HOOFDSTUK

3.1 Probleemstelling en situering

1. Het onderzoek strekt zich uit naar de vraag of de wetgever een fout kan maken in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW. Wanneer de burgerlijke rechter zich in het subjectief contentieus uitsprekt over de schadevergoeding in hoofde van de Belgische wetgever, grondt hij dit krachtens het gemeen aansprakelijkheidsrecht op een foutieve wetgevende handeling. Hierbij kunnen een aantal kernproblemen worden onderzocht.

2. Enerzijds staat dit in contrast met het beginsel van de scheiding der machten. Op grond van het beginsel van de scheiding der machten is de rechter gebonden door de wet en dient de rechter de wet toe te passen.³ Bovendien is ook de uitvoerende macht gebonden door de wet. Dit is de ratio van de exceptie van illegaliteit zoals weergegeven in art. 159 GW waarbij de rechter in het kader van zijn rechterlijke controlebevoegdheid elk besluit of verordening uitgaande van de uitvoerende macht buiten toepassing dient te verklaren wanneer deze strijdig is met een wet. Er bestaat geen analoge bepaling die stelt dat de rechter dit ook kan wanneer een wetgevende norm strijdig is met de grondwet. Hierbij is de oprichting van het Grondwettelijk Hof een belangrijke evolutie die deze lacune zou moeten invullen.⁴

3. Anderzijds betekent de toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever een beperking van zijn soevereiniteit. Het soevereiniteitsbeginsel heeft echter een aantal beperkingen moeten ondergaan waardoor zich de vraag stelt in hoeverre het nog wel een doorslaggevend argument kan vormen.

4. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de wetgever een fout kan maken, werpt zich vervolgens de onderliggende vraag op hoe de burgerlijke rechter invulling moet geven aan het foutbegrip. Het Hof van Cassatie liet na te concretiseren op welke manier het foutbegrip moet worden ingevuld.⁵ Wat betreft de invulling van het foutbegrip ontwikkelde zich in de cassatierechtspraak een eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout. Dit betekent dat de uitvaardiging door de overheid van een onwettige norm automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert.⁶

5. De eenheidstheorie was de aanleiding tot de vraag of deze theorie kon worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.⁷ Dit zou betekenen dat ook een ongrondwettige norm automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert. Het Hof van Cassatie poogde in zijn arrest van 10 september 2010 een antwoord te bieden maar de vele onduidelijkheden en grijze zones zorgden voor een groot vraagteken.⁸ Het Hof van Cassatie gaf geen

³ A. ALEN, *De Trias politica ruimer bekeken*, Brussel, Larcier, 2000, 8-48.

⁴ G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1201-1209. en S. VERSTRAELEN, "De lastige positie van een bestuur na de ongrondwettigheidverklaring van een regelgevende norm: hoe een duidelijk antwoord verloren geraakt in een veelheid van opvattingen" *TBR* 2012, 332-350. en H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 360-375.

⁵ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

⁶ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449. en Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306.

⁷ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449. en Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306.

Zie hierbij ook de Franstalige cassatierechtspraak die in dezelfde zin de eenheidsleer bevestigt: Cass. 21 december 2001, *JLMB* 2002, 1032.

⁸ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

expliciet antwoord op de vraag of de eenheidsleer die inmiddels een genuanceerde eenheidsleer betreft, dient te worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. Dit ophefmakend arrest was de aanleiding tot de doctrinaire tweestrijd tussen voorstanders en tegenstanders van een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.

6. Een genuanceerde eenheidsleer betekent dat de geschonden bepaling een bepaald gebod of verbod moet opleggen aan de overheid om als fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW te worden gekwalificeerd. Dit werd op deze wijze door het Hof van Cassatie bevestigd met betrekking tot de administratieve overheid.⁹ Deze beperking luidt in dezelfde zin als de definitie die oorspronkelijk gegeven werd aan het privaatrechtelijk foutbegrip.¹⁰ Dit betekent bijgevolg dat het tweeledig privaatrechtelijk foutbegrip wordt gehanteerd bij de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht waardoor de vraag zich opwerpt of deze redenering kan worden doorgetrokken naar de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.¹¹

7. Met het arrest van 25 oktober 2004 leek het Hof van Cassatie verwarring te zaaien.¹² Het Hof oordeelde dat een overheidsbeslissing enkel als foutief kan worden beschouwd wanneer de overheid verkeerd optrad dat beoordeeld moest worden naar de maatstaf van een zorgvuldige overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden.¹³ Het leek alsof het Hof de eenheidsleer tussen onwettigheid en fout volledig verwierp aangezien het opnieuw toetste aan de zorgvuldigheid. De verwarring werd opgelost door een recenter cassatiearrest van 10 april 2014.¹⁴

8. Volgens bepaalde rechtsleer heeft het Hof van Cassatie in zijn ophefmakend arrest van 10 september 2010 de doortrekking van de eenheidsleer naar een ongrondwettigheid verworpen.¹⁵ Bijgevolg is het nog steeds niet duidelijk op welke manier de principiële aansprakelijkheid voor fouten van de wetgever dient te worden ingevuld wanneer deze fout gelegen is in een ongrondwettigheid. Er is nooit expliciet bevestigd dat een ongrondwettigheid automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert hetgeen zou betekenen dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing wordt verklaard op de wetgever op dezelfde wijze als het van toepassing werd verklaard op de administratieve overheid.¹⁶

9. Er zijn dus een aantal onbeantwoorde vragen en lacunes in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

10. In eerst instantie is de hoofdvraag of de wetgever wel een fout kan maken in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Vervolgens is de onderliggende vraag op welke wijze deze fout dient te worden ingevuld. Is er nood aan een eenheidstheorie tussen een ongrondwettigheid en fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW? Moet met andere woorden een ongrondwettigheid automatisch

⁹ Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.

¹⁰ *Infra* 13, nr. 34.

¹¹ Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.

¹² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 207.

¹³ Cass. 25 oktober 2004, *NJW* 2004, 1316-1318.

¹⁴ De schending van een specifieke norm die de overheid een bepaald gedrag oplegt of verbiedt, impliceert ipso facto een fout. Zie hierbij Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N/1.

¹⁵ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 426, noot S. GUILLIAMS.

¹⁶ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449. en Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306.

een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceren of moet er verder worden getoetst aan het zorgvuldigheidscriterium?¹⁷ Kan een wetgever wel onzorgvuldig handelen? Er zijn auteurs die reeds het probleem van de onduidelijkheid m.b.t. een onzorgvuldige wetgever hebben aangekaart.¹⁸ Er is dus een lacune wat betreft de invulling van "onzorgvuldige wetgever".

11. Kan de fout van de wetgever bovendien alleen bestaan uit het uitvaardigen van een ongrondwettige wet of kan het ook een verzuim aan wetgeving betreffen zijnde een lacune leges?¹⁹ Is er bovendien een verschil naargelang het gaat om het annulatiecontentieux dan wel om een prejudiciële vraagstelling bij het Grondwettelijk Hof? ^{20 21}

12. Is het in het licht van de soevereiniteit van de wetgever en de scheiding der machten wel mogelijk dat een gewone rechter zich uitspreekt over een fout van de wetgever? Als de wetgever immers een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW, spreekt de burgerlijke rechter zich in het subjectief contentieux uit over de fout van de wetgever. Bovendien volgt uit de recente bevoegdheidsuitbreiding van de Raad van State dat het toekennen van een schadevergoeding niet meer exclusief tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter behoort.²² Is het dan nog steeds ondenkbaar de beoordeling van de fout in hoofde van de wetgever te onttrekken aan de burgerlijke rechter? Men kan zich hierbij ook afvragen of de vraag naar overeenstemming tussen de wet en grondwet en de vraag naar overheidsaansprakelijkheid niet beter door 1 instantie kan worden behandeld.

13. Hogergenoemde probleemstelling situeert zich in het subjectief contentieux bij de aansprakelijkheidsvordering tegen de overheid voor fouten in hoofde van de wetgever.

3.2 Stand van zake

14. Het concrete twistpunt in de huidige rechtsleer en jurisprudentie betreft de kwestie of het wel mogelijk is de eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout door te trekken naar een eenheidstheorie tussen ongrondwettigheid en fout. Hierdoor zal het privaatrechtelijk foutbegrip worden toegepast op de wetgever. In de doctrine heerst er hierover onenigheid tussen voor-en tegenstanders.²³

15. In de jurisprudentie lijkt het Hof van Cassatie vage en tegenstrijdige redeneringen aan te nemen.²⁴ Het Hof sprak zich tweemaal op een vage wijze uit over de overheidsaansprakelijkheid voor

¹⁷ Dit betekent dat we zouden kunnen spreken van "een wetgever die niet heeft gehandeld zoals elke andere vooruitziende en zorgvuldige wetgever geplaatst in dezelfde omstandigheden".

¹⁸ G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398-404.

¹⁹ G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1201-1209. en G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398-404. en K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 68-98. en 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, (125) 199.

²⁰ Art. 1 Bijz. Wet GwH

²¹ Art. 26 Bijz. Wet GwH

²² Art. 11 bis RVS wet.

²³ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

²⁴ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449., Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320, en Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

fouten van de wetgevende macht. In het cassatiearrest dd. 28 september 2006 gaf het Hof een eigen invulling aan het foutbegrip voor de wetgevende macht. Wanneer de wetgevende macht foutief een recht heeft aangetast en dit een recht betreft dat zijn grondslag vindt in een hogere norm die de staat een verplichting oplegt, moet de burgerlijke rechter op een vastgelegde wijze oordelen over de handeling van de wetgevende macht. De burgerlijke rechter dient na te gaan of de wetgevende macht op een passende wijze zijn opdracht heeft uitgevoerd. Indien dit niet het geval is, kan de wetgevende macht een fout worden weerhouden. Het Hof van Cassatie laat na te concretiseren wanneer een wetgever op passende wijze handelt.²⁵

16. In de latere cassatiearresten van 10 september 2010 en 30 april 2015 deed het Hof van Cassatie een poging om een antwoord te bieden op de vraag of de eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout kan worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.²⁶ Mijns inziens vormt geen van deze arresten een doorbraak in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

17. Uit de analyse van hogergenoemde cassatierechtspraak zal blijken dat er contradicties zijn. In het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010 leek het Hof volledig los te koppelen van het privaatrechtelijk foutbegrip terwijl het in zijn eerdere rechtspraak een concretisering van het foutbegrip wou doorvoeren van toepassing op de wetgever. De doctrinaire en jurisprudentiële onenigheid wordt concreet uitgewerkt onder hoofdstuk 5.

3.3 Relevantie van het onderzoek

18. Als de regel zou worden aanvaard dat de wetgever een fout kan maken in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW kan dit een moeilijkheid vormen. Het concrete gevolg is dat de burgerlijke rechter zich in het subjectief contentieux uitsprekt over een fout van de wetgever en bijgevolg de wetgever veroordeelt tot schadevergoeding op grond van het gemeen aansprakelijkheidsrecht.

19. De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht wordt als argument aangehaald ter verdediging van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.

20. De zorgvuldigheidsplicht heeft zich dermate geëvolueerd dat het behoorlijk handelen als algemeen beginsel ook op de wetgevende macht rust. Bovendien heeft de evolutie van het Arbitragehof naar een Grondwettelijk Hof een belangrijke impact op het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Vervolgens heeft ook de inperking van de soevereiniteit van de wetgever een invloed.

21. Deze evoluties maken het onderzoek relevant om na te gaan of er effectief een volgende stap kan worden gezet in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever. Bovendien stelt zich de vraag wat het recent cassatiearrest uitgaande van de Franstalige

²⁵ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320.

²⁶ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

kamer van het Hof van Cassatie zal betekenen voor het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.²⁷

3.4 Voorafgaandelijke denkpistes

22. Een aantal denkpistes kunnen vooraf worden gemaakt. De bedoeling van deze voorafgaandelijke denkpistes is om aan de hand van de resultaten van het onderzoek te concluderen of we van deze denkpistes afstand kunnen nemen. Deze denkpistes werden immers voorafgaand aan het onderzoek geformuleerd. Het vormt een soort van eerste reflex die men kan hebben wanneer de hoofdonderzoeksvraag wordt voorgelegd.

23. Een eerste denkpiste is of art. 1382 BW en art. 1383 BW wel volstaat als aansprakelijkheidsgrond voor de wetgever. Is er geen nood aan nieuwe bijzondere aansprakelijkheidscriteria? Moeten eventuele nieuwe aansprakelijkheidscriteria dan geïncorporeerd worden in art. 1382 BW en art. 1383 BW of is er eerder nood aan een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond naast het privaatrechtelijk foutbegrip? Zou het met andere woorden realiseerbaar zijn afzonderlijke aansprakelijkheidscriteria te construeren voor de fouten van de wetgevende macht los van het gemeen aansprakelijkheidsrecht? Is dit wel opportuun of is het beter binnen het gemeen aansprakelijkheidsrecht te blijven maar de invulling van het foutbegrip specifiek te concretiseren toegespitst op de wetgever? Is er bovendien geen nood aan een parallelle bepaling zoals art. 159 GW voor wetten in strijd met de grondwet?

24. Een twee denkpiste is of het niet mogelijk moet zijn om de vraag naar overheidsaansprakelijkheid en de vraag naar overeenstemming tussen een wet en de grondwet aan één instantie voor te leggen. Is er geen noodzaak om de beoordeling van de aansprakelijkheidsvordering tegen de wetgever te onttrekken aan de burgerlijke rechter? Omgekeerd kan men misschien de burgerlijke rechter zoals in het Amerikaans systeem de mogelijkheid bieden zelf een grondwettigheidstoetsing door te voeren.²⁸

25. Een derde denkpiste is of het beginsel van de soevereiniteit van de wetgever en het privaatrechtelijk foutbegrip wel samen kunnen gaan. Is het beginsel van de soevereiniteit van de wetgever niet een beginsel dat altijd een rol zal blijven spelen?

3.5 Doelstelling van het onderzoek

26. De resultaten van het onderzoek zouden moeten leiden tot een conclusie of na het cultus van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht ook het cultus van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever effectief doorbroken is.²⁹ De recentste stap

²⁷ Cass. 30 april 2015, C.120637.F/1.

²⁸ 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, (125) 199.

²⁹ 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, (125) 188-190.

die gezet werd is een cassatiearrest van 30 april 2015.³⁰ Het Hof sprak zich uit over de verhouding van een wetgevende handeling tot het privaatrechtelijk foutbegrip. De vraag is of het Hof hier effectief mee bevestigt dat de wetgever onder het privaatrechtelijk foutbegrip van de artikelen 1382 BW en 1383 BW ressorteert.³¹ Betekent dit cassatiearrest de uiteindelijke doorbraak in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever?³² Dit is de laatste stap die is gezet in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Dit cassatiearrest zal in het kader van dit onderzoek voor het eerst worden geannoteerd en geëvalueerd.

27. Naast de conclusie of er een doorbraak is in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever, zouden de resultaten van het onderzoek moeten bepalen of er afstand kan worden gedaan van de voorafgaandelijke denkplaatjes.

3.6 Structuurschets en afbakening

28. Het privaatrechtelijk foutbegrip vormt het uitgangspunt omdat de doortrekking van de eenheidstheorie betekent dat het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW wordt toegepast op de wetgever. Het foutbegrip wordt in de eerste hoofdtitel geanalyseerd in zijn privaatrechtelijke context en geïncorporeerd in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

29. De tweede hoofdtitel betreft de doctrinaire en jurisprudentiële onenigheid die een analyse weergeeft van de belangrijkste voor- en tegenargumenten betreffende overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Deze analyse beperkt zich tot de kernargumenten.

30. De belangrijkste cassatiearresten van 10 september 2010 en 30 april 2015 worden geanalyseerd en geëvalueerd in het licht van de hoofdonderzoeksvraag. Het recent cassatiearrest van 30 april 2015 wordt voor het eerst geannoteerd als bijlage.

31. De derde hoofdtitel vormt de eindconclusie waarbij er in eerste instantie een concreet antwoord wordt geformuleerd op de hoofdonderzoeksvraag. Nadien worden de onderliggende vragen beantwoord. Hieruit volgt een reflectie naar de manier waarop de principiële staatsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever het best zou worden ingevuld.

32. Het onderzoek beperkt zich tot de overheidsaansprakelijkheid in hoofde van de wetgever. De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht wordt enkel belicht in het kader van de invloed die het heeft uitgeoefend op de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. De rechterlijke macht wordt buiten beschouwing gelaten.

³⁰ Cass. 30 april 2015, C.120637.F/1.

³¹ Cass. 30 april 2015, C.120637.F/1.

³² Zie bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

4. HET PRIVAATRECHTELIJK FOUTBEGRIIP EN DE WETGEVENDE MACHT

4.1 Invulling van het privaatrechtelijk foutbegrip

33. Het privaatrechtelijk foutbegrip staat niet letterlijk gedefinieerd in onze wetgeving. Procureur-generaal Leclercq gaf een aanzet tot een mogelijke definitie met het idee dat elke handeling die een fundamenteel recht van een derde schendt, een fout uitmaakt. Dit zou betekenen dat de loutere inbreuk van een recht voldoende is om een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW te impliceren. Dit werd bekritiseerd door andere stromingen die stelde dat de loutere inbreuk op een subjectief recht niet automatisch een fout kan impliceren. Deze stromingen werden gevolgd en het foutbegrip kreeg een specifieke invulling in de rechtspraak.^{33 34}

34. Een schending van een hogere norm die een bepaald gedrag gebiedt of verbiedt, maakt een fout uit in de zin van artikelen 1382 BW en 1383 BW op voorwaarde dat de schending wetens en willens was. De loutere schending van een grondwettelijke, wettelijke of reglementaire norm is voldoende om een fout te weerhouden in hoofde van de schadeverwekker.^{35 36}

Als we dit kaderen binnen dit onderzoek is het deze redenering die net een discussiepunt vormt wanneer het een ongrondwettigheid betreft uitgaande van de wetgever. Wanneer de wetgever een ongrondwettige wet uitvaardigt, zijn bepaalde doctrinaire strekkingen van oordeel dat dit niet automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW kan impliceren. Ook het Hof van Cassatie zou in die zin hebben geoordeeld in zijn cassatiearrest van 10 september 2010.³⁷

35. Wanneer er geen schending is van een specifieke norm kan de rechter de desbetreffende handeling toetsen aan het zorgvuldigheidscriterium. Deze zorgvuldigheidstoets betekent dat de handeling dient te worden getoetst aan een maatstaf zijnde een referentiegedrag, het gedrag van de "bonus pater familias".^{38 39} De beoordeling gebeurt in abstracto waardoor de rechter enkel rekening mag houden met externe elementen.⁴⁰ Het gemeen aansprakelijkheidsrecht hecht belang aan de foutbeoordeling in functie van de concrete omstandigheden omdat deze werkwijze leidt tot een concretisering van het zorgvuldigheidsbeginsel.⁴¹ Als we deze redenering kaderen binnen het onderzoek speelt de discussie of er wel sprake kan zijn van een "onzorgvuldige wetgever".

³³ Cass. 22 augustus 1940, *pas.* 1940, 205.

³⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 141.

³⁵ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 137.

³⁶ De schadeverwekker kan zich enkel van aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat de schending van de specifieke norm te wijten is aan overmacht of een onoverkomelijke dwaling. Zie hierbij W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenisrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 22-23.

³⁷ *Infra* 49-50, nr. 177-180.

³⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127.

³⁹ Er wordt beoordeeld of elke vooruitziende zorgvuldige persoon die in dezelfde omstandigheden zou verkeren, op dezelfde manier zou hebben gehandeld. Vooruitziend slaat op het feit of de schadeverwekker moeite heeft gedaan om zich de nadelige gevolgen van zijn handelen in te beelden. Zorgvuldigheid heeft betrekking op de vraag of de schadeverwekker alle nodige voorzorgsmaatregelen had genomen om de negatieve gevolgen van zijn handeling te voorkomen. Zie hierbij T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127-128.

⁴⁰ Een voorbeeld van een extern element is het tijdstip van de feiten.

⁴¹ Hierbij kan verwezen worden naar de tendens die zichtbaar is in de rechtspraak waarbij de rechter bij de invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel steeds meer en meer rekening houdt met interne elementen zoals bijvoorbeeld de leeftijd en de beroepsbekwaamheid van de schadeverwekker. Dit betekent een subjectivering van het zorgvuldigheidscriterium. Zie hierbij Cass. 5 juni 2003, *TBBR* 2002, 110, noot. B. WEYTS. en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 129 en 132.

4.2 Impuls vanuit supranationaal recht

4.2.1 Erkenning door het Europees Hof van Justitie

36. De oprichtingsverdragen van het Europees gemeenschapsrecht creëerden een communautaire rechtsorde waarbinnen de lidstaten hun soevereine rechten en bevoegdheden steeds meer zijn gaan begrenzen.⁴²

37. Het Hof van Justitie bevestigde in het Humblet-arrest dat een wetgevende handeling die strijdig is met het communautair recht, een verplichting oplegt aan de lidstaat om die wetgevende handeling teniet te doen en de onrechtmatige gevolgen te vergoeden.⁴³ De fout van de wetgevende macht staat vast wegens de nalatigheid van de lidstaat om zijn communautaire verplichting na te komen.⁴⁴

38. Omwille van de vage bewoordingen in het toenmalige EG-verdrag heeft het Hof van Justitie via de jurisprudentie een aansprakelijkheidssysteem uitgewerkt.^{45 46} Een internationaalrechtelijke norm met rechtstreekse werking heeft voorrang in de interne rechtsorde.⁴⁷ Bijgevolg kan de aansprakelijkheid in hoofde van een lidstaat worden weerhouden bij de schending van een internationaalrechtelijke norm met rechtstreekse werking.⁴⁸ Het Hof van Justitie heeft erkend dat dit een fout van de wetgever impliceert. Bijgevolg resulteert dit in een foutieve handelswijze ten gevolge van foutief overheidsgedrag in hoofde van de wetgever.⁴⁹

39. Aangezien particulieren schade kunnen ondervinden ten gevolge van een nationaal voorschrift dat niet in overeenstemming is met een internationaalrechtelijke norm, moeten particulieren de mogelijkheid hebben om hiervoor een schadevergoeding te kunnen vorderen.^{50 51}

40. Via de techniek van de schadevergoeding erkent het Hof van Justitie in het Francovich-arrest de staatsaansprakelijkheid voor schade aan particulieren wegens een schending van het gemeenschapsrecht.⁵² De grondslag voor aansprakelijkheid situeert zich rechtstreeks in het

⁴² A. VAN OEVELEN en P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 82.

⁴³ HvJ 16 december 1960, nr. C-6/60, ECLI:EU:C:1960:48.

⁴⁴ A. VAN OEVELEN, P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 86.

⁴⁵ Art. 288, 2^e lid EG Verdrag vervangen door art. 340, 2^e lid VWEU.

⁴⁶ 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, (125) 130.

⁴⁷ Dit werd bevestigd in het Francovich-arrest. Zie hierbij Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, 959.

⁴⁸ Een bepaling uit een richtlijn met directe werking of de niet tijdige of volledige omzetting van een richtlijn zijn voorbeelden waarbij de aansprakelijkheid van de wetgever kan worden weerhouden. Zie hierbij 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, (125) 131.

⁴⁹ A. VAN OEVELEN, P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 84.

⁵⁰ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, overw. 11.

⁵¹ 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, (125) 138.

⁵² Gecoördineerd bij Verdrag van Lissabon 13 december 2007 (P.B., C. 306, 17 december 2007), met ingang van 1 december 2009 (art. 6, 2 en Addendum, BS 27 november 2009 (ed. 4). 15157.

gemeenschapsrecht waardoor staatsorganen de aansprakelijkheid niet kunnen uitsluiten in hun nationale wetgeving.⁵³

41. Het Hof van Justitie creëerde een algemeen aansprakelijkheidssysteem met een ruime draagwijdte.^{54 55} Het eerste aansprakelijkheids criterium is dat de desbetreffende bepalingen uit de richtlijn de intentie moeten hebben om rechten toe te kennen aan particulieren. Als tweede voorwaarde moet de inhoud van de rechten voldoende bepaalbaar zijn en afgeleid kunnen worden uit de desbetreffende bepalingen. Ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de staatsverplichting en de door de benadeelde geleden schade.⁵⁶ Uit deze aansprakelijkheidsvoorwaarden kan worden afgeleid dat de onrechtmatigheid in hoofdzaak van de lidstaat een relatieve onrechtmatigheid moet betreffen.⁵⁷ Bovendien kan de aansprakelijkheid van een lidstaat worden vastgesteld zonder dat er een uitspraak van het Hof van Justitie vereist is.⁵⁸

42. Het Francovich-arrest bevestigt de mogelijkheid om de geleden schade ten gevolge van een foutieve handeling van de wetgevende macht te verhalen op de lidstaat. Particulieren kunnen een vordering tot schadevergoeding instellen voor de schade veroorzaakt door het verzuim aan wetgeving of foutieve wetgeving.⁵⁹

43. De beperkte draagwijdte van het Francovich-arrest was de aanleiding tot het Brasserie du Pêcheur-arrest waar het Hof van Justitie verdere uitlegging gaf aan de aansprakelijkheids criteria.⁶⁰ De meeste lidstaten oordeelde immers dat het onmogelijk was om de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever te weerhouden in het geval de schending van het gemeenschapsrecht voortvloeide uit een handeling of verzuim van de wetgevende macht.^{61 62} Zij beschouwde de soevereiniteit van de wetgever als een absoluut beginsel dat zich tegen dergelijke aansprakelijkheid verzette.⁶³ Zowel het Francovich-arrest als het Brasserie du Pêcheur arrest bevestigde nochtans dat de staatsaansprakelijkheid kan worden weerhouden ongeacht welk orgaan het verzuim pleegde.⁶⁴

⁵³ De staatsorganen van een lidstaat kunnen dus geen immuniteit invoeren om hun te beschermen tegen staatsaansprakelijkheid. Zie hierbij 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, (125) 139.

⁵⁴ Het systeem gold niet enkel voor de hypothese van een niet-omzetting van een richtlijn of laattijdige omzetting van een richtlijn maar voor elke schending van het gemeenschapsrecht.

⁵⁵ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, overw. 38.

⁵⁶ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, overw. 40.

⁵⁷ Enkel particulieren die op basis van de richtlijn een bijzondere bescherming genieten, kunnen de onrechtmatigheid inroepen.

⁵⁸ 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, (125) 137.

⁵⁹ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *SEW* 1993, 100, noot D. CURTIN.

⁶⁰ 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, (125) 140.

⁶¹ 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, (125) 145.

⁶² HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 16.

⁶³ Vanuit rechtsvergelijkend perspectief kan er verwezen worden naar Engeland waar er in tegenstelling tot bij ons nog steeds de leer van de strikte soevereiniteit van de wetgever geldt. Zie hierbij P. POPULIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 17-41.

⁶⁴ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, overw. 31. en HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 42.

De schadevergoedingsplicht na een schending van het gemeenschapsrecht kan dus niet afhankelijk zijn van de nationale bevoegdheidsregels tussen constitutionele machten.^{65 66}

44. Het Hof van Justitie ontwikkelde het aansprakelijkheidssysteem met inachtneming van de ruime beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten.⁶⁷ De staatsaansprakelijkheid wegens uitoefening van haar normatieve bevoegdheid moet restrictief worden geïnterpreteerd omwille van twee redenen. Enerzijds betreft het de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid. Wanneer het in het algemeen belang van de gemeenschap noodzakelijk is om normatieve maatregelen te nemen die de rechten van particulieren kunnen aantasten, mag de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid niet worden belemmerd door de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie. Bovendien gaat het om een normatieve context waarbij er een ruime beoordelingsmarge geldt. Bijgevolg kan de lidstaat slechts aansprakelijkheid oplopen indien de wetgever de grenzen van haar bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft overschreden.⁶⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie striktere aansprakelijkheidscriteria weergaf in het Brasserie du Pêcheur arrest. Een belangrijk bijgevoegd criteria was de vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending waardoor de lidstaat kennelijk of ernstig de grenzen moet hebben miskend van zijn discretionaire bevoegdheid.⁶⁹

45. Het is opmerkelijk dat het Hof van Justitie andere aansprakelijkheidscriteria hanteert in vergelijking met de aansprakelijkheidscriteria uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Naar Belgisch recht is er geen relativiteitsvereiste.⁷⁰ Bovendien vormt het belangrijkste verschil dat er naar Belgisch recht geen vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending bestaat. Er is slechts één onrechtmatigheidsmodel. Elke onwettigheid in hoofde van een overheid is automatisch een onrechtmatigheid in de zin van art. 1382 BW en 1383 BW en aldus een fout van de overheid. Dit werd erkend in het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie dd. 13 mei 1982.⁷¹

46. In tegenstelling tot het Belgisch recht hanteert het Hof van Justitie een dubbel onrechtmatigheidsmodel waarbij onwettigheid en onrechtmatigheid niet ipso facto samenvallen. Een onwettigheid is naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie slechts onrechtmatig wanneer er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending. De wetgever schendt een gemeenschapsbepaling bij het uitvaardigen van een nationale wet maar dit betekent niet dat deze foutieve handelswijze automatisch een onrechtmatigheid impliceert in de zin van het aansprakelijkheidsrecht. Het extra aansprakelijkheids criterium vormt de harde kern in de problematiek omtrent de toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever. De vraag

⁶⁵ Dit zou op gespannen voet komen te staan met de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht dat een fundamentele vereiste vormt van de communautaire rechtsorde. Zie hierbij art. 4, 4e lid VEU.

⁶⁶ 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, (125) 145. en HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 20.

⁶⁷ HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 4.

⁶⁸ HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 45.

⁶⁹ 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, (125) 146. en HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, overw. 51.

⁷⁰ De benadeelde die een schadeclaim instelt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wegens schending van een specifieke norm, dient niet aan te tonen dat hij door de geschonden norm werd beschermd. Zie hierbij T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 124-125.

⁷¹ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306.

is of de fout tevens naar Belgisch recht voldoende gekwalificeerd moet zijn. Indien dit het geval is en we deze redenering doortrekken naar ongrondwettigheid, kan de eenheidstheorie niet gelden. Bijgevolg zou een ongrondwettige wet niet automatisch een fout in hoofde van de wetgever impliceren maar is dit enkel mogelijk als de wetgever op een voldoende gekwalificeerde wijze de grondwet schendt.

47. Volgens H. Vuye is het verschil tussen de aansprakelijkheidscriteria van het Hof van Justitie en deze uit art. 1382 BW en art. 1383 BW pas pertinent bij een discretionaire bevoegdheid van de lidstaten.⁷² In dit geval is het naar Europese jurisprudentie vereist dat de schending voldoende gekwalificeerd is om de onwettigheid ook als een onrechtmatigheid in de zin van het aansprakelijkheidsrecht te kunnen weerhouden.⁷³

48. Bij een gebonden bevoegdheid is de niet naleving van de resultaatverbintenis automatisch een voldoende gekwalificeerde schending. Elke schending van het gemeenschapsrecht is net zoals naar Belgisch recht automatisch een onrechtmatigheid in de zin van het aansprakelijkheidsrecht. Om deze reden is de kloof tussen de aansprakelijkheidsleer van het Hof van Justitie en de Belgische aansprakelijkheidsleer slechts miniem. Er blijkt duidelijk uit de cassatierechtspraak dat onrechtmatigheid en onwettigheid in het Belgisch recht een eenheid vormen.^{74 75} De arresten van het Hof van Cassatie waarbij de eenheid tussen onwettigheid en onrechtmatigheid werd erkend, zijn niet strijdig met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft nooit geoordeeld dat een ruimere rechtsbescherming door de lidstaten uitgesloten is. De nationale aansprakelijkheidscriteria kunnen minder beperkend zijn dan deze gehanteerd door het Hof van Justitie.⁷⁶ De verschillende grondslag van de staatsaansprakelijkheid rechtvaardigt dit onderscheid. De staatsaansprakelijk voor fouten van de wetgevende macht wordt in de cassatierechtspraak gegrond op art. 1382 BW en art. 1383 BW terwijl het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gegrond op de buitencontractuele aansprakelijkheid uit het VWEU en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.^{77 78}

49. Concluderend kunnen we vaststellen dat België een ruimere bescherming heeft ingevoerd in de aansprakelijkheidsleer aangezien de criteria minder strikt zijn. Er is geen relativiteitsvereiste en geen vereiste van voldoende gekwalificeerde schending waardoor aansprakelijkheid in hoofde van de

⁷² 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, (125)164.

⁷³ 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, (125)168.

⁷⁴ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306. en Cass. 14 januari 2000, *Pas.* 2000, 150.

⁷⁵ 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, (125) 168.

⁷⁶ 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, (125) 170.

⁷⁷ Art. 340, 2^e lid VWEU

⁷⁸ HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 en HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

wetgever gemakkelijker kan worden weerhouden in het geval het antwoord op de onderzoeksvraag ja zou zijn.⁷⁹

50. In het licht van de hoofdonderzoeksvraag komen we bovendien tot een belangrijke constatering. Het Hof van Justitie heeft erkend dat de wetgevende macht een foutieve handeling stelt bij een schending van een internationaalrechtelijke norm. Fouten van de wetgever zijn door het Hof van Justitie erkend als foutief overheidsgedrag maar het is onduidelijk over welk foutief handelen het hier gaat. Er is niet expliciet bevestigd dat dit automatisch een foutief handelen in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW moet impliceren. Het Hof van Justitie beantwoordt enkel de algemene vraag of de wetgever een fout kan maken bij het stellen van wetgevende handelingen maar beantwoordt hiermee niet de specifieke vraag of de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Hoe "de fout" wordt ingevuld, behoort tot de beleidsvrijheid van de lidstaten. België heeft de aansprakelijkheid gekoppeld aan art. 1382 BW en art. 1383 BW hetgeen net het probleem vormt wanneer de fout bestaat uit een ongrondwettigheid uitgaande van de wetgever. Bijgevolg heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie enkel een invloed gehad op de overheidsaansprakelijkheid in die zin dat het heeft erkend dat de wetgevende macht foutief kan handelen en schuldig kan zijn aan foutief overheidsgedrag. Hoe de staatsaansprakelijkheid in dergelijk geval wordt ingevuld, heeft het Hof van Justitie niet nadrukkelijk bepaald en behoort tot de beleidsvrijheid van de lidstaten.

51. In het Belgisch recht is een schending van het gemeenschapsrecht automatisch een schending van een specifieke norm in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De rechtspraak van het Hof van Cassatie toont echter aan dat er nuanceringen mogelijk zijn of zelfs een onttrekking aan het foutbegrip wanneer het een fout van de wetgever betreft.⁸⁰

4.2.2 De mogelijke invloed van het EVRM

52. Mijns inziens kan er een link worden gelegd tussen het EVRM en de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Deze link is in het kader van het onderzoek interessant aangezien dit een benadering vormt van het opportuniteitsprobleem dat volgens bepaalde strekkingen een reden vormt om de wetgever niet aansprakelijk te kunnen stellen op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

53. De vraag naar ongrondwettigheid dat een objectief recht impliceert en de vraag naar overheidsaansprakelijkheid dat een subjectief recht impliceert, moeten van elkaar worden onderscheiden.⁸¹ Bij het uitvaardigen van een nationale wet is de wetgever verplicht de grondwet na te leven. De benadeelde die schade ondervindt ten gevolge van een schending van de grondwet heeft een subjectief recht op een schadevergoeding. Het EVRM bevat bepalingen die dezelfde inhoud

⁷⁹ Het gemeenschapsrecht hanteert een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond zijnde art. 340, 2^e lid VWEU dat verder uitgewerkt werd in een aansprakelijkheidssysteem ontwikkeld door het Hof van Justitie terwijl de nationale aansprakelijkheidsgronden geïmplementeerd zijn in hun eigen buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.

⁸⁰ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320., Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426. en Cass. 30 april 2015, C.120637.F. Zie hierbij ook bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

⁸¹ Het Hof van Cassatie bevestigde in dit verband dat "het bestaan van een subjectief recht veronderstelt dat de eiser zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de nakoming waarvan die partij belang heeft" Zie hier bij Cass. 20 december 2007, C.06.0596.F/5, overw. 2.

hebben als bepalingen uit de grondwet.⁸² De link met de overheidsaansprakelijkheid uit zich in de discussie over de mogelijke ont koppeling van de schending van subjectieve rechten van het gemeen aansprakelijkheidsrecht.

54. Als de wetgever een wet uitvaardigt in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou de mogelijkheid kunnen bestaan om rechtstreeks via de leer van subjectieve rechten zijn subjectief recht af te dwingen. Men kan zich de vraag stellen of de burgerlijke rechter in dit geval niet automatisch de aansprakelijkheidsvordering gegrond kan verklaren zonder te moeten oordelen over een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW.⁸³ Een wetgever die een wet uitvaardigt strijdig met het gelijkheidsbeginsel schendt hierbij een grondwettelijke bepaling zijnde de artikelen 10 en 11 van de grondwet maar ook art. 14 van het EVRM in combinatie met een andere bepaling uit het EVRM.⁸⁴ Men kan zich afvragen of dit niet automatisch de aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever kan impliceren zonder dat er getoetst dient te worden aan het privaatrechtelijk foutbegrip. Men zou grondrechten kunnen aanzien als een afzonderlijke categorie subjectieve rechten die ipso facto aansprakelijkheid in hoofde van de schadeverwekker impliceren. Er dient niet meer te worden aangetoond dat de voorwaarden uit het gemeen aansprakelijkheidsrecht voldaan zijn. Het gemeen aansprakelijkheidsrecht blijft buiten kijf. De schending van het subjectief recht zou een autonoom vorderingsrecht impliceren waardoor de staat van rechtswege aansprakelijk wordt gesteld en verplicht is tot schadeloosstelling voor de handelswijze van de wetgever. Deze vergaande visie werd naar Belgisch recht verworpen. De rechtspraak blijft immers beroep doen op het aansprakelijkheidsrecht.⁸⁵

55. Een tweede optie zou zijn om niet volledig los te koppelen van het gemeen aansprakelijkheidsrecht maar wel vast te leggen dat een schending van een subjectief recht automatisch een fout impliceert in de zin van de artikelen 1382 en 1383 BW.^{86 87}

56. De volledige loskoppeling zoals in randnummer 54 werd voorgesteld, betekent dat het privaatrechtelijk foutbegrip niet wordt toegepast op de wetgevende macht waardoor het gevaar op een opportuniteitsoordeel verdwijnt. De loutere schending van het subjectief recht is voldoende om aansprakelijkheid te weerhouden. Het risico dat de burgerlijke rechter zich in de plaats stelt van de wetgever verkleint aangezien de rechter zich enkel baseert op de schending van een subjectief recht dat een afzonderlijke vordering tot schadevergoeding impliceert. De benadeelde verwerft een subjectief recht ten gevolge van het nadeel dat hij heeft ondervonden aan de ongrondwettige wet. Het objectief recht zijnde het feit dat de wet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel komt bij het beoordelen van de afzonderlijke vordering tot schadevergoeding niet ter sprake.

57. Bovendien is de burgerlijke rechter niet langer afhankelijk van het Grondwettelijk Hof om zijn aansprakelijkheidsvordering te gronden aangezien hij geen vernietigingsarrest dient af te wachten

⁸² Art. 8 EVRM, art. 10 EVRM, art. 14 EVRM.

⁸³ S. SOMERS, *Mensenrechten en buitencontractuele aansprakelijkheid*, onuitg. Doctoraatsthesis V.U. Brussel, 2015. 243-247.

⁸⁴ De schending van het gelijkheidsbeginsel in de zin van art. 14 EVRM kan enkel worden aangehaald in combinatie met een andere bepaling uit het EVRM.

⁸⁵ S. SOMERS, *Mensenrechten en buitencontractuele aansprakelijkheid*, onuitg. Doctoraatsthesis V.U. Brussel, 2015. 243-247.

⁸⁶ E. VERJANS, "Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending persoonlijkheidsrechten", *RW* 2013-14, 522-536.

⁸⁷ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 141.

alvorens hij een schadevergoeding kan toekennen aan de benadeelde. De rechter hoeft zich niet te baseren op een vastgestelde ongrondwettigheid omdat de grondslag voor aansprakelijkheid gelegen is in de schending van het subjectief recht ten gevolge van de ongrondwettigheid. De benadeelde krijgt een schadevergoeding toegekend zonder enig oordeel over de wetgevende handeling die tot de schending van het gelijkheidsbeginsel heeft geleid. Het is mijns inziens in dit geval minder problematisch dat een burgerlijke rechter zich uitspreekt over de aansprakelijkheidsvordering na ongrondwettigheid aangezien hij zich gemakkelijker kan beperken tot een oordeel omtrent het subjectief recht los van de fout van de wetgever.

58. De burgerlijke rechter zal niet meer impliciet oordelen over de wetgevende handeling. Hij oordeelt enkel over de schending van een subjectief recht aangezien hij zich niet dient uit te spreken over het feit of de wetgever een fout heeft gemaakt.

59. Wanneer men niet volledig loskoppelt van het gemeen aansprakelijkheidsrecht maar de schending van een subjectief recht automatisch als fout beschouwt, wordt er zoals in Frankrijk een derde element toegevoegd aan de invulling van art. 1382 BW en art. 1383 BW.⁸⁸ Naast een inbreuk op een specifieke norm en de schending van het zorgvuldigheidscriterium zou ook de schending van een subjectief recht een fout impliceren.⁸⁹ Dit kan eveneens een oplossing zijn voor de problematiek omtrent de onduidelijke invulling van het foutbegrip voor fouten van de wetgever. In tegenstelling tot de eenheidsleer tussen ongrondwettigheid en fout zou de burgerlijke rechter louter oordelen over subjectieve rechten en baseert hij zijn oordeel op een extra aansprakelijkheidsgrond uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Bij de toetsing van een ongrondwettige norm aan art. 1382 BW en art. 1383 BW oordeelt de burgerlijke rechter over een objectief recht zijnde de schending van een specifieke norm omdat de wetgever de grondwet heeft geschonden. Hierdoor spreekt hij zich impliciet uit over de wetgevende handeling. Dit doet de burgerlijke rechter niet wanneer hij zich louter uitspreekt over de schending van een subjectief recht.

60. Uit de invloed van het EVRM volgt dat er door middel van de directe werking van mensenrechten afgeweken kan worden van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Hieruit zouden we kunnen afleiden dat er via de algemene redenering omtrent subjectieve rechten eveneens bij de schending van grondwetsbepalingen kan worden afgeweken van het gemeen aansprakelijkheidsrecht.

61. Deze mogelijkheid toont aan dat de kans reëel is dat er genuanceerd zal moeten worden geantwoord op de hoofdonderzoeksvraag.

62. De leer van de subjectieve rechten heeft als voordeel dat de burgerlijke rechter zich meer kan beperken tot een oordeel over subjectieve rechten. Wanneer de burgerlijke rechter immers oordeelt dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW, spreekt hij zich in het subjectief contentieux uit over de wetgevende handeling zijnde het objectief contentieux dat niet tot

⁸⁸ Art. 9 Code Civil.

⁸⁹ Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat de enkele inbreuk op het recht van privéleven automatisch een fout impliceert in de zin van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Deze eenheid tussen de inbreuk en de fout werd in het Frans recht eveneens uitgebreid tot andere rechten. Hieruit kan worden afgeleid dat we deze redenering kunnen doortrekken naar het recht op gelijke behandeling. Zie hierbij Cour de Cassation, 5 novembre 1996, Bull. 94-14.798.

zijn bevoegdheid behoort.⁹⁰ Het oordeel van de rechter moet zich beperken tot een oordeel omtrent het subjectief recht op schadevergoeding ten gevolge van de schending van een objectieve rechtsregel.

63. Bovendien is het de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om te oordelen over de wetgevende handeling die strijdig is met de grondwet. Hierbij kan er een link worden gelegd met de ratio legis van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof die geen bescherming van subjectieve rechten voor ogen had.⁹¹ Als een uitspraak van het Grondwettelijk Hof ipso facto een fout zou impliceren, betekent dit dat de burgerlijke rechter geen eigen oordeel meer dient te vellen over het subjectief recht op schadevergoeding omdat hij zich baseert op een constatering door het Grondwettelijk Hof. Er is een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof die een fout impliceert in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW en bijgevolg heeft de benadeelde recht op een schadevergoeding. Dit betekent dat het Grondwettelijk Hof impliciet bepaalt dat de benadeelde een subjectief recht heeft op schadevergoeding op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW hetgeen niet de ratio legis was bij de oprichting van het toenmalige Arbitragehof.

64. Het mes snijdt langs twee kanten. Enerzijds is het problematisch dat de burgerlijke rechter impliciet oordeelt over de wetgevende handeling die strijdig is met de grondwet wanneer het de wetgevende handeling toetst aan het privaatrechtelijk foutbegrip. Anderzijds is het problematisch als een uitspraak van het Grondwettelijk Hof automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert aangezien het Hof zich dan impliciet uitsprekt over subjectieve rechten hetgeen niet de ratio legis was van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Deze impasse wordt vermeden door de omweg via de subjectieve rechten aangezien er geen toetsing gebeurt aan het privaatrechtelijk foutbegrip maar de grondslag van de aansprakelijkheidsvordering in hoofde van de wetgever gelegen is in de schending van het subjectief recht. De vordering tot schadevergoeding wordt volledig losgekoppeld van het gemeen aansprakelijkheidsrecht en het vormt een autonome vordering los van een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof en los van het oordeel of de wetgever al dan niet foutief handelde. De grondslag is de schending van een subjectief recht van de benadeelde en niet de fout van de wetgever.

65. Een andere mogelijkheid is om toch binnen het gemeen aansprakelijkheidsrecht te blijven maar een derde aansprakelijkheidsgrond toe te voegen aan art. 1382 BW en art. 1383 BW. Naast een schending van een specifieke norm en de schending van de zorgvuldigheid vormt de schending van het subjectief recht een aansprakelijkheidsgrond.

4.3 Impuls vanuit nationaal recht

4.3.1 Erkenning in de cassatierechtspraak

66. Volgens de doctrine heeft het Hof van Cassatie in het Sekten-arrest de mogelijkheid van de staatsaansprakelijkheid wegens fouten van de wetgever erkend.⁹² Door te concluderen dat het

⁹⁰ Dit wordt door de doctrine als problematisch ervaren in het licht van de scheiding der machten en vormt een element in de doctrinaire discussie omtrent de eenheidstheorie. Zie hiervoor *Infra* 50, nr. 158.

⁹¹ *Infra* 42, nr. 148.

⁹² Cass. 1 juni 2006, C.05.0494.N.

beginsel van de scheiding der machten geen aansprakelijkheidsbeletsel meer vormt, aanvaarde het Hof voor het eerst het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor een fout van de wetgever. Het Hof voegde er onmiddellijk een beperking aan toe.^{93 94} Deze beperking komt er op neer dat als een rechter niet rechtstreeks aan de grondwet mag toetsen hij dit ook niet onrechtstreeks mag doen via de foutbeoordeling in het kader van de aansprakelijkheidsvordering.⁹⁵ Volgens K. Muylle vloeit hieruit voort dat de benadeelde verplicht is vooreerst een vernietigingsberoep of prejudiciële vraagstelling in te stellen bij het Grondwettelijk Hof alvorens de staat aansprakelijk te kunnen stellen voor fouten van de wetgever die gelegen zijn in een ongrondwettigheid.⁹⁶

67. Volgens K. Muylle volgt uit de algemene bewoordingen van het Sekten-arrest de onvermijdelijke vaststelling dat de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever werd aanvaard. Opmerkelijk was dat de fout van de wetgever in het Sekten-arrest bestond uit een onrechtmatig verslag van een parlementaire onderzoekscommissie.⁹⁷ Dit verslag werd getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Volgens K. Muylle bestaat er geen twijfel om de overwegingen van het Hof mutatis mutandis te laten gelden voor de wetgevende macht in zijn geheel en dus ook voor wetgevende handelingen die hebben geleid tot een ongrondwettige wet.⁹⁸

68. Mijns inziens heeft het Sekten-arrest de mogelijkheid tot staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever aanvaard. Het is echter betreurenswaardig dat het Hof de inhoud en de gevolgen van deze aansprakelijkheid niet duidelijk heeft weergegeven. Om deze reden kan het antwoord op de onderzoeksvraag niet worden afgeleid uit het Sekten-arrest. De loutere aanvaarding van de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever betekent niet dat de wetgever automatisch een fout maakt in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW. De grondslag van de fout is onduidelijk.

69. Het feit dat de cassatierechtspraak na het Sektenarrest een doctrinaire tweestrijd heeft opgewekt, toont aan dat het onduidelijk is wat de principiële aansprakelijkheid voor fouten van de wetgever inhoudt.^{99 100}

70. Bovendien kreeg "fout" in de cassatierechtspraak een restrictieve invulling voor de wetgever. Wanneer een recht dat voortvloeit uit een hogere norm op foutieve wijze wordt aangetast, dient de

⁹³ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR 2006-2007*, 438. en H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid" in M. VAN QUICKENBORNE en H. VANDENBERGHE, (eds.), *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. 2000-2008*, TPR 2010, (2013) 2082.

⁹⁴ De aansprakelijkheidsvordering kan niet worden gegrond op een bepaling uit de grondwet die zich ertegen verzet dat de onderliggende handeling die een fout impliceert aan de rechterlijke controle wordt onderworpen. Een voorbeeld van dergelijke bepaling is art. 58 GW dat net als doelstelling had een rechterlijke beoordeling te vermijden om de onafhankelijkheid van het parlement te waarborgen. Zie hierbij K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR 2006-2007*, 438. en H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid" in M. VAN QUICKENBORNE en H. VANDENBERGHE, (eds.), *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. 2000-2008*, TPR 2010, (2013) 2082.

⁹⁵ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR 2006-2007*, 441.

⁹⁶ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR 2006-2007*, 440.

⁹⁷ Dit was de reden waarom het Hof van Cassatie oordeelde dat naast het beginsel van de scheiding der machten ook de parlementaire immuniteit uit art. 58 GW geen beletsel kon vormen voor de staatsaansprakelijkheid voor fouten van het parlement.

⁹⁸ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR 2006-2007*, 439.

⁹⁹ *Infra* 47-55, nr. 170 tot 194.

¹⁰⁰ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320., Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426. en Cass. 30 april 2015, C.120637.F. Zie hierbij *Infra* 49-56, nr. 178-197. en bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

rechter na te gaan of de wetgevende macht op een passende wijze zijn opdracht heeft uitgevoerd.¹⁰¹ Het Hof van Cassatie voegde een modaliteit toe aan de foutbeoordeling. Het is echter nog steeds onduidelijk of de aansprakelijkheid kan worden gebaseerd op het privaatrechtelijk foutbegrip. Het Hof heeft niet geconcretiseerd wanneer een wetgever op een passende wijze handelt en wat de criteria hiervoor zijn.¹⁰²

71. Mijns inziens verdient het standpunt van A. Alen verdediging aangezien hij pleit voor de invoering van een specifiek foutbegrip voor de wetgever.¹⁰³ Het feit dat er voor de invulling van het begrip "fout" een onderscheid zou worden gemaakt tussen de uitvoerende macht en de wetgevende macht kan worden gerechtvaardigd door het Anca-arrest waarbij het Hof van Cassatie striktere voorwaarden toepaste voor de staatsaansprakelijkheid ten gevolge van fouten van de rechterlijke macht.¹⁰⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat een onderscheid tussen staatsmachten mogelijk is.¹⁰⁵ Dit weerlegt het standpunt dat een onderscheid tussen de uitvoerende macht en de wetgevende macht niet mogelijk is en ze beide aan dezelfde privaatrechtelijke principes zijn onderworpen. Bovendien is een specifiek foutbegrip voor de wetgever eveneens verdedigbaar vanuit rechtsvergelijkend perspectief. In Frankrijk wordt er immers een specifiek foutbegrip gehanteerd voor een fout van de staat of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon zijnde de "faute de service" die eveneens onderscheiden wordt van het civielrechtelijk foutbegrip van toepassing op particulieren.¹⁰⁶

72. Het voorgaande impliceert de mogelijkheid van een afzonderlijk aansprakelijkheidsregime voor fouten van de wetgever.

4.3.2 De toepassing van het zorgvuldigheidscriterium op de wetgevende macht

4.3.2.1 De onzorgvuldige administratieve overheid

73. De toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de uitvoerende macht wordt vaak als argument aangehaald om te verdedigen dat ook de wetgever aan het privaatrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel moet worden onderworpen. Het Hof van Cassatie erkende in het "verkeerstekenarrest" dat het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW moet worden toegepast op de uitvoerende macht.¹⁰⁷

74. De zorgvuldigheidsplicht werd een nieuw aansprakelijkheids criterium voor de beoordeling van het overheidshandelen.¹⁰⁸ De burgerlijke rechter verwierf de bevoegdheid om een administratieve beslissing te toetsen aan de voorzichtigheidsplicht die impliciet besloten ligt in de artikelen 1382 BW

¹⁰¹ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320.

¹⁰² H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 369-370.

¹⁰³ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 371.

¹⁰⁴ Deze striktere voorwaarden slaan op de uitwissingsvoorwaarde waarbij een aansprakelijkheidsvordering voor fouten van de magistraat slechts ontvankelijk is indien de beslissing van de rechter werd ingetrokken, hervormd, gewijzigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm.

¹⁰⁵ Cass. 19 december 1991, *Pas.* 1991, 368.

¹⁰⁶ A. VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 591.

¹⁰⁷ "Les tribunaux connaissent de la légalité des décisions administratives. Le principe de ce contrôle, appliqué à la matière réglementaire, est, en effet, exprimé dans l'article 107 de la Constitution. Or, l'acte qui constitue une faute aquilienne n'est pas légal. Il viole les articles 1382 et suivants du Code civil" uit Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, 21, overw. 26.

¹⁰⁸ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 35.

en 1383 BW.¹⁰⁹ Dit resulteerde in een parallelle rechterlijke controle op de discretionaire overheidsbevoegdheid in het civiel en het administratief recht.¹¹⁰

75. Het is in dit verband van belang stil te staan bij de verhouding tussen de algemene beginselen behoorlijk bestuur en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zorgvuldigheid als algemeen beginsel behoorlijk bestuur valt onder zorgvuldigheid in enge zin. Zorgvuldigheid in ruime zin verwijst naar het civielrechtelijk zorgvuldigheidsbegrip.¹¹¹

76. Met art. 1382 BW en art. 1383 BW als rechtsbasis situeren we ons in het subjectief contentieux bij de burgerlijke rechter hetgeen mijns inziens betekent dat het Hof van Cassatie in het "verkeerstekenaarrest" doelt op het ruime civielrechtelijke zorgvuldigheidscriterium. Dit kan ook worden afgeleid uit het feit dat enkel de Raad van State in zijn rechtspraak verwijst naar de zorgvuldigheid als algemeen beginsel behoorlijk bestuur. Volgens de rechtsleer zou het Hof van Cassatie er nog nooit naar hebben gerefereerd.¹¹²

77. Door het dualistisch systeem aan rechtsbescherming kunnen zowel de burgerlijke rechter als de administratieve rechter zich uitspreken over onzorgvuldig overheidshandelen. De burgerlijke rechter toetst in het subjectief contentieux aan het ruime civielrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel.¹¹³ De Raad van state toetst in het objectief contentieux aan het zorgvuldigheidsbeginsel in enge zin als algemeen beginsel behoorlijk bestuur.

78. Uit de cassatierechtspraak kan worden afgeleid dat de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel behoorlijk bestuur in België is erkend als algemeen rechtsbeginsel.¹¹⁴ ¹¹⁵ De zorgvuldigheid als algemeen beginsel behoorlijk bestuur vormt een concretisering van het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW en wordt op die manier aanzien als een uitloper of verfijning van de leer van de overheidsaansprakelijkheid.¹¹⁶ De vraag in het licht van de onderzoeksvraag is of het dualistisch systeem van rechtsbescherming zich op dezelfde wijze voordoet bij een wetgevende handeling.

4.3.2.2 De concretisering van onzorgvuldigheid voor de wetgever

79. Voor de wetgever wordt de zorgvuldigheidsplicht aanzien als een afgeleide van het beginsel van behoorlijke regelgeving dat eveneens een algemeen rechtsbeginsel vormt.¹¹⁷ Net zoals de uitvoerende macht is ook de wetgever steeds meer gebonden aan zorgvuldigheidsvereisten. De

¹⁰⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VAN DE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1068.

¹¹⁰ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 42.

¹¹¹ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 44-45.

¹¹² I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 37.

¹¹³ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 37.

¹¹⁴ Een algemeen rechtsbeginsel wordt gedefinieerd als: "een beginsel van politieke moraal die de menselijke persoon en waardigheid moet beschermen en in die geest het optreden van openbare besturen moet beheersen en zelfs kan bestaan als er geen grondwettelijke of andere wetteksten ze zou omschrijven" uit Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, 21. en Cass. 26 april 1963, *Pas.* 1963, 182.

¹¹⁵ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1411-1412.

¹¹⁶ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 38-39.

¹¹⁷ P. Populier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 350-353.

wetgever dient zowel bij het formuleren van de rechtsregel als bij de voorbereiding van de rechtsregel zorgvuldig te handelen. De wetgever moet tijdens de parlementaire voorbereidingen verantwoorden waarom het noodzakelijk is inbreuk te plegen op het beginsel van behoorlijke regelgeving.¹¹⁸

80. Het Grondwettelijk Hof mag niet rechtstreeks toetsen aan algemene rechtsbeginselen maar moet deze mee in rekening nemen bij de toetsing van een wettelijke norm aan de grondwet.¹¹⁹ Het Grondwettelijk Hof verklaart een wet ongrondwettig wanneer de wetgever niet voorafgaandelijk verantwoordt waarom de schending noodzakelijk was. Indien de wetgever een hoger belang kan aantonen dat het schenden van de grondwet rechtvaardigt, is de kans groot dat het Grondwettelijk Hof de wet niet vernietigt.¹²⁰

81. Mijns inziens dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen de schending van de grondwetsbepaling op zich en het beginsel van behoorlijke regelgeving. We moeten ons de vraag stellen waarin de fout van de wetgever effectief gelegen is. Handelde de wetgever onzorgvuldig omdat de tekst van de wet in strijd is met een grondwetsbepaling of handelde de wetgever onzorgvuldig omdat hij niet duidelijk heeft verantwoordt waarom hij een wet heeft uitgevaardigd die strijdig is met de grondwet. Dit doelt op het onderscheid tussen formele beginselen die betrekking hebben op de voorafgaande rechtshandeling zelf en materiële beginselen die betrekking hebben op de inhoud van het besluit.¹²¹ Ligt de fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW met andere woorden vervat in de ongrondwettige norm zelf zijnde de wetgevende akte en schendt de wetgever hierbij de zorgvuldigheid als materieel beginsel of zit de fout vervat in de handeling van de wetgever en schendt hij hierbij de zorgvuldigheid als formeel beginsel? In de doctrine zijn er auteurs die het zorgvuldigheidsbeginsel zowel benaderen vanuit een formeel oogpunt als vanuit een materieel oogpunt.¹²²

82. Mijns inziens doet de onzorgvuldigheid zich voor in de wetgevende voorbereidende handelingen zijnde de fase vooraf aan de besluitvorming. De burgerlijke rechter die in het subjectief contentieus een schadevergoeding toekent, spreekt zich echter uit in het kader van de repressieve rechtsbescherming. Dit lijkt mij een verklaring voor het feit dat men zich de vraag kan stellen of de wetgever wel onzorgvuldig kan handelen op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

83. Er zou geargumenteed kunnen worden dat het om hogergenoemde reden moeilijk is de wetgevende handeling te toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel in ruime zin dat impliciet besloten ligt in de artikelen 1382 BW en 1383 BW. De onzorgvuldigheid van de wetgever die zich manifesteerde bij de voorbereidende wetgevende handelingen wordt als grondslag gebruikt in het

¹¹⁸ P. Populier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 350-353.

¹¹⁹ GwH 15 december 2011, nr. 187/2011. overw. B.3.2

¹²⁰ "Het Hof vermag niet rechtstreeks te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Wanneer evenwel de vraag rijst naar de bestaanbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, dient het Hof na te gaan of een wettelijke maatregel die een verschil in behandeling inhoudt, berust op een pertinent criterium in het licht van het door de wetgever beoogde doel en of hij op onevenredige wijze afbreuk doet aan de rechten van een categorie van personen, rechten die inzonderheid kunnen worden afgeleid uit algemene rechtsbeginselen, ..." uit GwH 15 december 2011, nr. 187/2011. overw. B.3.2

¹²¹ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 41.

¹²² I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 42.

kader van de repressieve rechtsbescherming terwijl het eigenlijk onder de preventieve rechtsbescherming zou moeten ressorteren.¹²³

84. De burgerlijke rechter kan mijns inziens niet onafhankelijk van het oordeel van het Grondwettelijk Hof een wet toetsen aan het zorgvuldigheidscriterium aangezien er het gevaar bestaat dat hij impliciet een wetgevende handeling toetst aan de grondwet. Bovendien kan de rechter zich niet terughoudend opstellen wegens gebrek aan analoge bepaling zoals art. 159 van de grondwet om een wet buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet. Er bestaat dus geen dualistisch systeem van rechtsbescherming. Het Grondwettelijk Hof baseert zich op de verantwoording door de wetgever in zijn parlementaire voorbereiding waardoor vervolgens de burgerlijke rechter zich op deze grondslag baseert om een fout te weerhouden in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Hier zit mijns inziens een probleem in het licht van de onderzoeksvraag omdat de burgerlijke rechter niet zonder constatering van het Grondwettelijk Hof een wetgevende handeling kan toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Indien de burgerlijke rechter dit wel zou doen, toetst hij impliciet aan de grondwet en baseert hij zich in de repressieve rechtsbescherming op het civielrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel terwijl de effectieve onzorgvuldigheid zich situeert bij de schending van het beginsel van behoorlijke regelgeving in de preventieve rechtsbescherming.

4.3.2.3 De onzorgvuldige wetgever, de verdere logische stap?

85. Ondanks het hogergenoemd standpunt mijnentwege zijn er strekkingen die verdedigen dat de burgerlijke rechter de wetgevende handeling kan toetsen aan het zorgvuldigheidscriterium uit art. 1382 BW en art. 1383 BW los van een oordeel van het Grondwettelijk Hof.

86. Er zijn gevallen waarbij het Grondwettelijk Hof geen arrest heeft uitgevaardigd die de ongrondwettigheid vaststelt.¹²⁴ Het discussiepunt is of de burgerlijke rechter de wetgever aansprakelijk kan stellen op grond van een onzorgvuldig handelen in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW.¹²⁵

87. Volgens G. Maes is de toepassing van het civielrechtelijk zorgvuldigheidscriterium voor het optreden van de wetgevende macht een verdere logische stap in de overheidsaansprakelijkheid. Hij baseert zich op het Sekten-arrest en stelt dat er nooit bepaald is dat het foutbegrip anders zou moeten worden ingevuld voor de wetgever.¹²⁶

¹²³ Voor de administratieve overheid speelt dit probleem niet omwille van het dualisme. De benadeelde heeft daar de keuze of hij in het kader van het objectief contentieux een vernietigingsberoep instelt bij de Raad van State of in het kader van het subjectief contentieux een aansprakelijkheidsvordering instelt bij de gewone rechter. Indien hij opteert voor de burgerlijke rechter is de rechter voor de beoordeling van de fout niet afhankelijk van het oordeel van de Raad van State en kan hij zelf een wettigheidscontrole uitvoeren en toetsen aan het ruim civielrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel. De burgerlijke rechter blijft binnen de repressieve rechtsbescherming en baseert zich niet op een schending van het algemeen beginsel behoorlijk bestuur. Hij toetst louter de administratieve handeling aan de bonus pater familias-regel vervat in art. 1382 BW en art. 1383 BW.

¹²⁴ Dit kan zich voordoen als er geen prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof is voorgelegd of omdat het Hof niet bevoegd is in de zin van art. 1 en art. 26 Bijz. W. GwH.

¹²⁵ G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 399.

¹²⁶ G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398.

88. Bijgevolg breidt de aansprakelijkheid uit in die zin dat er ook een aansprakelijkheidsmogelijkheid bestaat zonder dat de ongrondwettigheid is vastgesteld in een vernietigingsarrest of prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof.¹²⁷

89. De toetsing aan het zorgvuldigheidscriterium zou volgens G. Maes de impasse vermijden in het geval de ongrondwettigheid niet is vastgesteld in een vernietigingsarrest of prejudicieel arrest. Gezien de exclusieve bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof heeft de gewone rechter geen bevoegdheid om te oordelen over de overeenstemming tussen een wet en de grondwet en mag hij zich enkel uitspreken over de vraag naar overheidsaansprakelijkheid.^{128 129} Dit heeft tot gevolg dat er geen aansprakelijkheid kan worden weerhouden op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wegens gebrek aan ongrondwettigheidsverklaring door het Grondwettelijk Hof. Anderzijds kan het Grondwettelijk Hof zich niet uitspreken over een onrechtmatigheid in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW aangezien het niet bevoegd is uitspraak te doen over subjectieve rechten.¹³⁰ De overheid zou dus geen aansprakelijkheid kunnen oplopen terwijl de wetgevende macht een ongrondwettige norm heeft uitgevaardigd. Volgens de rechtsleer druist dit in tegen de evolutie en de verruiming die zich reeds heeft voorgedaan in het contentieux van de overheidsaansprakelijkheid. De oplossing zou volgens hen vervat liggen in de grondslag van de foutieve handeling door de wetgever. Deze grondslag moet worden uitgebreid tot niet enkel een wetsinbreuk door de wetgever maar ook tot een onzorgvuldig optreden van de wetgever in de uitoefening van zijn wetgevende bevoegdheden.¹³¹

90. Het standpunt van G. Maes heeft tot gevolg dat in het geval de wetgever een ongrondwettige wet uitvaardigt maar de zaak niet voorbij het Grondwettelijk Hof passeert, de burgerlijke rechter via de toetsing aan het civielrechtelijk zorgvuldigheidscriterium kan concluderen dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

91. Een eerste bedenking is of de burgerlijke rechter wel kan toetsen aan het zorgvuldigheidscriterium zonder onrechtstreeks te toetsen aan de grondwet. Een rechter mag immers niet impliciet oordelen over de overeenstemming van een wet met de grondwet.¹³² De reden waarom een andere wetgever in dezelfde omstandigheden de desbetreffende norm niet zou hebben aangenomen, kan bestaan in het risico op strijdigheid met de grondwet. Het is moeilijk met zekerheid te stellen dat de rechter niet onrechtstreeks toch toetst aan de grondwet. De kans is reëel dat de rechter bij een ongrondwettigheid zal oordelen dat de wetgever onzorgvuldig heeft gehandeld. Om de zorgvuldigheid te kunnen bepalen, dient de rechter nog steeds na te gaan of een wet in overeenstemming is met de grondwet of wanneer er het risico bestaat dat ze ongrondwettig zal worden verklaard. De burgerlijke rechter zal immers inspiratie halen uit een mogelijke ongrondwettigheid om invulling te geven aan het zorgvuldigheidscriterium. Er is immers vanuit het

¹²⁷ De burgerlijke rechter kan na toetsing aan de zorgvuldigheidscriterium concluderen dat de wetgever een fout heeft begaan op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW omdat het niet heeft gehandeld zoals elke vooruitziende en zorgvuldige wetgever geplaatst in dezelfde omstandigheden. Zie hiervoor *Supra* 15, nr. 33.

¹²⁸ Art. 1382 BW en art. 1383 BW.

¹²⁹ *Infra* 37, nr. 129.

¹³⁰ *Infra* 41-42, nr. 147-148.

¹³¹ G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidscriterium en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 400.

¹³² Hij zou zich voor zijn beoordeling moeten baseren op de vraag of "een normaal vooruitziend en zorgvuldige wetgever, geplaatst in dezelfde concrete financiële, materiële, politieke en sociaaleconomische omstandigheden ook een gelijkaardige norm zou uitvaardigen".

privaatrecht geen exacte definitie van wat een “*bonus pater familias*” nu eigenlijk is. Dit oordeel staat volledig vrij aan de burgerlijke rechter. Bijgevolg gebeurt er toch een onrechtstreekse toetsing aan een referentienorm die normaal tot de exclusieve bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof behoort.¹³³ Volgens de doctrine is er een smalle maar reële grens met de grondwettigheidstoetsing.¹³⁴ Mijns inziens zal het moeilijk zijn deze grens te leggen. De burgerlijke rechter beschikt over onvoldoende knowhow om een andere invulling te geven aan de zorgvuldigheid wanneer het een wetgevende handeling betreft. De kans is reëel dat de rechter de zorgvuldigheid koppelt aan ongrondwettigheid.

92. Naar mijn mening valt het wel te verdedigen om voor de wetgevende macht een andere invulling van het zorgvuldigheidscriterium in te voeren.¹³⁵ Het Sekten-arrest vormt geen doorslaggevend element om dit standpunt te weerleggen omdat het niet duidelijk stelt dat een wetgever onzorgvuldig kan handelen in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Een verdere invulling van het foutbegrip blijft een tekortkoming. Het is nog steeds onduidelijk welke de precieze omvang is van de principiële staatsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgevende macht.¹³⁶

93. Bovendien werd het abstract zorgvuldigheidsbeginsel nooit op een duidelijke wijze geconcretiseerd. De zorgvuldigheidscriterium uit het gemeen aansprakelijkheidsrecht is een erg vaag begrip.¹³⁷ Bij het beoordelen van de zorgvuldigheid kan de rechter rekening houden met een hele resem omstandigheden. Dit kunnen ook externe omstandigheden zijn. Het feit dat de rechter dit kan, leidt tot een verhoogde appreciatie of beoordelingsvrijheid. W. Van Gerven is van oordeel dat “het overheid zijn” dergelijke externe omstandigheid vormt die de rechter in aanmerking kan nemen bij de invulling van het zorgvuldigheidscriterium.¹³⁸ Zoals P. Populier aanhaalt, zijn de eigenheid van wetgeving en het feit dat het om de wetgever gaat elementen die het “overheid zijn” kunnen concretiseren.¹³⁹

94. Wanneer “het overheid zijn” als externe omstandigheid in overweging wordt genomen bij de invulling van het zorgvuldigheidscriterium, kan dit een zekere invloed impliceren wanneer die overheid een wetgever is. We zouden kunnen argumenteren dat dit tot gevolg heeft dat een wetgever minder snel onzorgvuldig zal handelen dan een administratieve overheid. Een administratieve overheid staat dicht bij de burger dan een wetgever. In dit verband kan er verwezen worden naar de extra vereiste van de nabijheid. Het zou interessant zijn om het zorgvuldigheidsbeginsel op die manier nader te concretiseren. De vereiste van nabijheid houdt in dat hoe groter de afstand tussen twee entiteiten, hoe vager hun onderlinge relatie en hoe minder streng de zorgvuldigheidstoets zal gebeuren. Omwille van het feit dat de wetgever verder verwijderd staat van de burger, zal er een

¹³³ Art. 142, 2° GW.

¹³⁴ G. MAES, “Algemene zorgvuldigheidscriterium en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht”, *NJW* 2004, 400.

¹³⁵ G. MAES, “Algemene zorgvuldigheidscriterium en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht”, *NJW* 2004, 398-404.

¹³⁶ P. POPULIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 11.

¹³⁷ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 37.

¹³⁸ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 26-28.

¹³⁹ P. POPULIER, “Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak” *TPR* 1995, 1052.

minder strenge toetsing zijn aan het zorgvuldigheidscriterium. Hieruit kan worden afgeleid dat er een lagere zorgvuldigheidsplicht geldt ten aanzien van de wetgever.¹⁴⁰

95. Een volgend probleem situeert zich bij de vraag of de gewone rechter bij de beoordeling van de zorgvuldigheid een volledige rechterlijke toetsing mag uitvoeren of zich slechts moet beperken tot een marginale toetsing. Volgens I. Boonen dient de problematiek van het verbod op opportuniteitsoordeel te worden genuanceerd aangezien de burgerlijke rechter bij de beoordeling van het abstract criterium van de zorgvuldige wetgever dit criterium steeds moet concretiseren in het licht van de omstandigheden.¹⁴¹ Mijns inziens is deze nuancering terecht gelet op het standpunt van W. Van Gerven dat "het overheid zijn" een belangrijk element is dat in rekening dient te worden genomen voor de beoordeling van de zorgvuldigheid. Vanuit democratisch perspectief is het aangewezen dat "wetgever zijn" in rekening wordt genomen bij de beoordeling van de zorgvuldigheid. De toetsing van de wetgevende handeling aan het zorgvuldigheidscriterium resulteert immers in een verantwoordingsplicht van de wetgever voor zijn gestelde daden tegenover de rechterlijke macht.¹⁴² De burgerlijke rechter mengt zich met het beleid van de wetgever. H. Vandenberghe bevestigt eveneens dat de algemene zorgvuldigheidsnorm resulteert in een opportuniteitsoordeel.¹⁴³

96. Een andere moeilijkheid betreft de grens tussen de preventieve rechtsbescherming en de repressieve rechtsbescherming.¹⁴⁴ Hierbij kunnen we ons de vraag stellen of de grens wel altijd duidelijk getrokken wordt bij de beoordeling over de toepasselijkheid van het zorgvuldigheidsbeginsel op de wetgevende macht. Als een wetgever onzorgvuldig handelt, wordt de repressieve rechtsbescherming in de zin van art. 1382 BW en 1383 BW afgedwongen op grond van een schending van de zorgvuldigheid die zich situeerde in de niet-contentieuze fase waar eigenlijk de preventieve rechtsbescherming een rol moet spelen.¹⁴⁵ Bij een aansprakelijkheidsvordering voor fouten van de wetgevende macht is er reeds een geschil hangende bij de burgerlijke rechter en kan de doelstelling van de preventieve rechtsbescherming niet meer worden bereikt. Dit kan een argument vormen om te verdedigen dat de toepassing van het civielrechtelijk zorgvuldigheidsbegrip op de wetgever problematisch is.

97. Het hogergenoemd probleem kan worden opgelost door een duidelijke invulling van het zorgvuldigheidscriterium toepasselijk op de wetgever. Mijns inziens kunnen we ons hierdoor aansluiten bij het standpunt van H. Vandenberghe. De beleidsvrijheid van de wetgever wordt aangetast waardoor een precisering van het zorgvuldigheidscriterium noodzakelijk en onvermijdbaar is.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Het vereiste van nabijheid vond zijn oorsprong in het kader van mensenrechten. Hoe vager de onderlinge relaties tussen twee partijen, hoe minder streng de mensenrechten-toets door het EHRM gebeurt. Deze redenering zouden we kunnen doortrekken naar de toetsing van het wetgevend handelen aan het zorgvuldigheidscriterium. Wanneer de wetgever immers een onrechtmatige handeling stelt doordat het een wet uitvaardigt in strijd met de grondwet, kan deze strijdigheid zich situeren in een geschonden mensenrecht. Een aantal mensenrechten staan immers ook verankerd in de grondwet. Zie hierbij S. SOMERS, *Mensenrechten en buitencontractuele aansprakelijkheid*, onuitg. Doctoraatsthesis V.U. Brussel, 2015. 271.

¹⁴¹ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 45.

¹⁴² T. VANSWEEVELT, B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127-129.

¹⁴³ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 372.

¹⁴⁴ *Supra* 25, nr. 81-82. *Supra* 25-26, nr. 83-84.

¹⁴⁵ Deze stadia slaan op de contentieuze en de niet-contentieuze stadia van de rechtsbescherming.

¹⁴⁶ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 372.

98. Naar mijn mening is het van belang het onderscheid te hanteren tussen het zorgvuldigheidsbeginsel in enge zin als algemeen beginsel behoorlijke regelgeving en het zorgvuldigheidsbeginsel in ruime zin als civielrechtelijk zorgvuldigheidsbegrip. Er is geen duidelijkheid op welk zorgvuldigheidsbeginsel de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht dient te worden gebaseerd. Het is van belang dit naar de toekomst toe nader te concretiseren.

99. Baseert men de zorgvuldigheid van de wetgever op het algemeen beginsel behoorlijke regelgeving, situeren we ons bij de preventieve rechtsbescherming en is de toepassing van het zorgvuldigheidscriterium uit art. 1382 BW en 1383 BW problematisch. Baseert men de zorgvuldigheid van de wetgever op het ruim civielrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel, situeren we ons bij de repressieve rechtsbescherming en is de toepassing van het zorgvuldigheidscriterium uit art. 1382 BW en art. 1383 BW mogelijk maar onder voorwaarde van een concrete invulling van de bonus pater familias regel toepasselijk op de wetgever.¹⁴⁷

4.3.2.4 Doortrekking van de bezwaren tegen de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op het bestuur naar de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de wetgever?

100. Mijns inziens kunnen we bepaalde bezwaren die geuit zijn tegen de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de uitvoerende macht ook bekijken voor de wetgevende macht.^{148 149}

101. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het bestuur steeds voorzichtig moet omspringen met zijn discretionaire bevoegdheid.¹⁵⁰ Mijns inziens is een bevoegdheid tot het redigeren van een wet ook een discretionaire bevoegdheid waardoor er bijgevolg geconcludeerd kan worden dat ook de wetgever onder dezelfde redenering zou kunnen worden geplaatst.^{151 152}

102. Een eerste bezwaar is dat een beroep op algemene rechtsbeginselen zoals het zorgvuldigheidsbeginsel kan leiden tot "gouvernement des juges" zijnde het bemoeilijken van het evenwicht in de scheiding der machten.¹⁵³ Deze redenering verdient naar mijn mening eveneens steun bij de wetgevende macht waarbij de rechterlijke macht de wetgevende handeling zal toetsen aan het zorgvuldigheidscriterium. Het evenwicht tussen de wetgevende macht en de rechterlijke macht wordt verstoord en het is net dit evenwicht tussen de machten dat van belang is in ons

¹⁴⁷ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 44-45

¹⁴⁸ Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, 21.

¹⁴⁹ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1429-1430.

¹⁵⁰ Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, 21.

¹⁵¹ De wetgever heeft nog een mate van beleidsvrijheid en moet niet strikt een bepaalde wet uitvaardigen hetgeen wijst op een discretionaire bevoegdheid.

¹⁵² Het zou een punt van discussie kunnen zijn of de wetgever niet in bepaalde gevallen een gebonden bevoegdheid heeft waardoor het moeilijker zou zijn om de redenering door te trekken. In dat geval zou de schending van de gebonden bevoegdheid voldoende zijn om een fout te impliceren waardoor de onzorgvuldigheid zelfs niet meer aan de orde zou komen. Dit is afhankelijk van de mate van nauwkeurigheid waarmee de bevoegdheid van de wetgever is omschreven. Hoe nauwkeuriger de bevoegdheid is afgebakend, hoe minder beleidsvrijheid er is en hoe dichter het zal aanleunen bij een meer gebonden bevoegdheid. Zie hierbij W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 35.

¹⁵³ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1429-1430.

democratisch bestel.¹⁵⁴ Bovendien kan de wetgevende macht een gedeelte van haar bevoegdheden overlaten aan de uitvoerende macht.¹⁵⁵ De uitvoerende macht kan ook een wetgevende bevoegdheid toegekend krijgen zoals bijvoorbeeld bij verordeningen. Het bezwaar van de "gouvernement des juges" dient mijns inziens te worden gekoppeld aan de wetgevende handeling in het algemeen ongeacht wie als wetgever optreedt. Het gaat om de algemene kwestie dat een wetgevende handeling wordt beoordeeld door de burgerlijke rechter.¹⁵⁶

103. Een tweede bezwaar is dat de doelmatigheid bij het stellen van een wetgevende handeling wordt verhinderd.¹⁵⁷ De wetgever kan niet zomaar zijn wetgevende handelingen stellen en moet een strikte procedure naleven. Het feit dat de zorgvuldigheidsplicht niet duidelijk is ingevuld voor de wetgevende macht zal dit probleem nog meer bemoeilijken. Dit brengt ons bij het derde bezwaar dat betrekking heeft op de vaagheid.

104. Het Hof van Cassatie onderwierp de uitvoerende macht aan de zorgvuldigheidsplicht maar gaf niet duidelijk weer welke eisen worden gesteld om te voldoen aan die zorgvuldigheidsplicht. Het zorgvuldigheidscriterium is veel te vaag om toepasselijk te zijn op de wetgever. Er is geen enkele rechtspraak of rechtsleer die uitdrukkelijk weergeeft welke exacte voorwaarden er zijn om te voldoen aan de zorgvuldigheidsplicht. Volgens bepaalde rechtsleer zal het gevoel van vaagheid verdwijnen wanneer zich in de rechtspraak meer situaties gaan voordoen waarbij een wetgevende handeling aan het zorgvuldigheidsbeginsel zal worden getoetst. De Raad Van State doet dit reeds bij de vernietiging van een bestuurshandeling wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel door expliciet te bepalen wat de tekortkoming vormt die de aanleiding heeft gegeven tot de schending van de zorgvuldigheid.¹⁵⁸ Dit garandeert mijns inziens niet dat de gewone rechter dit ook zal doen bij de toetsing van de wetgevende handeling aan het zorgvuldigheidsbeginsel.

105. Een gewone rechter heeft nog steeds niet dezelfde knowhow als een instantie zoals de Raad van State en heeft enkel de juiste knowhow om de zorgvuldigheidsplicht te beoordelen voor particulieren. Dit vormt mijns inziens een argument om te verdedigen dat de bevoegdheid tot het toetsen van de wetgevende handeling aan het zorgvuldigheidscriterium aan de burgerlijke rechter kan worden onttrokken en dus worden losgekoppeld van het privaatrechtelijk foutbegrip.

106. Er zou zoals de rechtsleer argumenteert, verdedigd kunnen worden dat de Raad van State een betere kennis heeft om een controlerecht uit te oefenen op de werking van de administratieve overheid hetgeen zich verzet tegen het dualistisch systeem van rechtsbescherming in het

¹⁵⁴ Het feit dat het beginsel van de scheiding der machten geen strikt gehanteerd beginsel meer is, doet hieraan geen afbreuk. Het gaat erom dat het evenwicht tussen de machten wordt verstoord. Het gaat niet over de vraag of het beginsel van de scheiding der machten geschonden wordt. Bovendien leert de evolutie ons dat het net van belang is dat er een evenwicht is tussen de machten en het is net dit evenwicht dat verstoord wordt. De strikte scheiding der machten evolueerde tot een evenwicht der machten. Zie hierbij de visie van A. Alen in A.ALEN, *De Trias politica ruimer bekeken*, Brussel, Larcier, 2000, 2-4. en *Infra* 52, 157.

¹⁵⁵ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1429-1430.

¹⁵⁶ De uitvoerende macht bij het uitvoeren van een besluit of verordening en de wetgevende macht bij het uitvoeren van een wet, decreet of ordonnantie.

¹⁵⁷ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1429-1430.

¹⁵⁸ W. LAMBRECHTS., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1429-1430.

administratief recht.¹⁵⁹ De Raad van State maakt geen deel uit van de rechterlijke macht maar is oorspronkelijk bij wet opgericht als onderdeel van de uitvoerende macht hetgeen een verklaring zou kunnen vormen waarom het een betere knowhow heeft om de werking van de administratieve overheid te controleren.¹⁶⁰ In lijn met deze redenering is het mijns inziens niet ondenkbaar om de beoordeling van de zorgvuldigheid van de wetgevende macht te onttrekken aan de burgerlijke rechter en eventueel over te laten aan het Grondwettelijk Hof aangezien het Grondwettelijk Hof aanleunt bij een instantie gelijkaardig aan de wetgever.¹⁶¹

107. Het Grondwettelijk Hof heeft zich dermate geëvolueerd dat de strekking kan worden gevolgd die het Grondwettelijk Hof ziet als een instantie aanleunend bij de wetgevende macht waardoor het niet meer als een negatieve wetgever kan worden beschouwd.¹⁶²

4.3.2.5 Tussenconclusie

108. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het steeds evoluerende leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid zou het onredelijk zijn te concluderen dat het zorgvuldigheidsbeginsel helemaal niet zou kunnen worden toegepast op de wetgever. De wetgever bezit immers een discretionaire bevoegdheid waarbij hij de grens van zijn beleidsvrijheid niet mag overtreden. Het zou wel wenselijk zijn om het zorgvuldigheidsbeginsel minstens een specifieke concrete invulling te geven wanneer deze wordt toegepast op de wetgevende macht. Bovendien is het twijfelachtig of de burgerlijke rechter wel de juiste instantie is om te oordelen over de onzorgvuldige wetgever.

109. De bezwaren die werden geuit tegen de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de uitvoerende macht kunnen immers ook steun vinden bij de toepassing ervan op de wetgevende macht.

110. De wetgevende macht heeft een vorm van ideologische dominantie en heeft geen dichte relatie met de particulier in tegenstelling tot de administratieve overheid die dichter bij de burger staat. Ten gevolge van verkiezingen geeft het volk instemming aan het beleid van de wetgever. Dit betekent dat de wetgever tijdens zijn beleid maatregelen mag nemen die nodig zijn om het algemeen belang te behartigen en te voldoen aan de behoefte van de kiezers.

111. Als er geen schending van een specifieke norm wordt aangetoond wegens gebrek aan een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof, kan de toetsing aan het zorgvuldigheidscriterium de verdere stap zijn maar dit onder voorwaarde van een specifieke concretisering van het zorgvuldigheidscriterium. Het is noodzakelijk dat er in de toekomst rechtspraak volgt die uitdrukkelijk weergeeft wanneer een wetgever nu precies onzorgvuldig handelt. De wetgevende macht blijft de

¹⁵⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VAN DE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1032.

¹⁶⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VAN DE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1121-1122.

¹⁶¹ Hierbij dient echter wel de nuancering te worden gemaakt dat er potentiële verschillen zijn tussen de formele wetgever en het Grondwettelijk Hof zijnde de verkiezing van parlementairen en de benoeming van de rechters in het Grondwettelijk Hof, de motiveringsplicht van een rechter tegenover de niet-motiveringsplicht van het parlement en het feit dat het Grondwettelijk Hof handelt op initiatief van een derde terwijl de wetgever uit eigen initiatief handelt. Zie hierbij K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 6.

¹⁶² K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 1-19.

hoogste macht en een onbegrensde inmenging met het beleid van deze macht kan mijns inziens moeilijk worden aanvaard. Dit toont aan dat het van belang is de voorwaarden om van een onzorgvuldigheid te spreken strikt te interpreteren.

112. Er is geen enkele rechtspraak die erkent dat een ongrondwettigheid automatisch een onzorgvuldigheid impliceert. Indien deze vaststelling er zou komen, is het bovendien noodzakelijk dat dit uitgebreid wordt gemotiveerd want een wet is nog altijd uitgevaardigd na goedkeuring in het parlement door de volksvertegenwoordigers die wij als burger hebben verkozen. Het parlement handelde met oog op het algemeen belang. Is het feit dat deze wet dan ongrondwettig is wel een onzorgvuldigheid? Een belangenafweging dringt zich op.¹⁶³ P. Populier stelt dan ook terecht dat er bij de toepassing van algemene rechtsbeginselen op wetgeving rekening moet worden gehouden met de eigenheid van wetgeving en wetgever. De wetgever is een democratisch verkozen overheidsmacht die over een ruime beleidsvrijheid beschikt. De rechter dient zich bijgevolg bij het beoordelen van een wetgevende handeling terughoudend op te stellen en zich te beperken tot een toezicht op de redelijkheid.¹⁶⁴

113. Na de conclusie dat enkel een concreet strikt ingevulde zorgvuldigheidsnorm kan worden toegepast op de wetgever is de volgende vraag welke instantie zich hier het best over uitspreekt. Uit de recente bevoegdheidsuitbreiding van de Raad van State blijkt dat het niet meer ondenkbaar is om het oordeel over de fout van de wetgever gelegen in een onzorgvuldig handelen te onttrekken aan de burgerlijke rechter.¹⁶⁵ Sinds de recente grondwetswijziging van art. 144, 2^e lid GW is er reeds een mogelijkheid om de bevoegdheid tot toekenning van een schadevergoeding gedeeltelijk te onttrekken aan de burgerlijke rechter. Deze tendens impliceert een mogelijkheid om de bevoegdheid tot het herstellen van subjectieve rechten aangetast door een ongrondwettige wet ten gevolge van een wetgevend onzorgvuldig handelen te onttrekken aan de burgerlijke rechter.¹⁶⁶

114. Een element dat deze onttrekking nog kan verdedigen, is het feit dat de schadevergoeding die de burgerlijke rechter uitspreekt in de zin van de aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW enkel een integrale schadevergoeding kan zijn. Aan de zijde van de veroordeelde wetgever is dit problematisch in het licht van de vergelijking met de uitvoerende macht. De Raad van State kan een vorm van forfaits hanteren of een eigen indicatieve tabel om de schadevergoedingen te bepalen voor een onwettige bestuurshandeling.¹⁶⁷ De Raad van State heeft immers in de zin van art. 11 bis RVS-wet jo. art. 144, 2^e lid GW een matigingsbevoegdheid in tegenstelling tot de burgerlijke rechter die enkel tot een integrale schadevergoeding kan veroordelen.¹⁶⁸ De onderliggende oorzaak is het dualistisch systeem van rechtsbescherming in het

¹⁶³ Het algemeen belang dat de aanleiding vormt tot een wet die wordt uitgevaardigd door het parlement staat tegenover het individueel belang van de benadeelde die een schadevergoeding wenst wegens schade die hij heeft opgelopen ten gevolge van een ongrondwettige wet.

¹⁶⁴ P. POPULIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak" *TPR* 1995, 1052

¹⁶⁵ Art. 11 bis RVS wet en art. 144, 2^e lid GW.

¹⁶⁶ Deze tendens betekent bovendien dat we ons vragen kunnen stellen bij het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechten. Het onderscheid tussen objectieve rechten en subjectieve rechten komt op de helling te staan want de Raad van State wordt bevoegd om te oordelen over een subjectief recht terwijl het eigenlijk een administratief rechtscollege is dat zich in principe dient uit te spreken in het objectief contentieux. Zie hierbij art. 160, 2^e lid GW en art. 14 § 1 RVS-wet.

¹⁶⁷ F. GLANSBORFF, "L'indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du conseil d'Etat vue par un civiliste", *JT* 2014, 478.

¹⁶⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Die Keure, 2013, 100.

administratief recht dat niet bestaat bij de aansprakelijkheidsvordering tegen de wetgevende macht die enkel voor de burgerlijke rechter kan worden ingeleid.¹⁶⁹

115. In het licht van het voorgaande is het dus problematisch wanneer er zonder meer zou worden aanvaard dat de burgerlijke rechter het wetgevend handelen mag toetsen aan het vage zorgvuldigheids criterium uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het zorgvuldigheidsbeginsel waar de Raad van State zich over uitspreekt is geconcretiseerd tot het zorgvuldigheidsbeginsel in enge zin als algemeen beginsel behoorlijk bestuur terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel in ruime zin als privaatrechtelijk zorgvuldigheids criterium nog steeds niet duidelijk gedefinieerd is. Bovendien kan de schadevergoeding niet worden gematigd waardoor dit ook een element zou kunnen vormen van de redelijkheid aangezien het een wetgevende handeling betreft en de eigenheid van de wetgever in rekening moet worden genomen.¹⁷⁰

116. Voor de toekomst bestaat er bovendien het risico dat de burgerlijke rechter niet kan toetsen aan het beginsel van behoorlijke regelgeving aangezien er een evolutie merkbaar is van algemene rechtsbeginselen die grondwettelijke waarde krijgen toegekend. Indien het beginsel van behoorlijke regelgeving grondwettelijke waarde krijgt, maakt het deel uit van de grondwet in materiële zin waaraan een burgerlijke rechter niet mag toetsen.¹⁷¹

117. Het is bijgevolg mijns inziens twijfelachtig of de wetgever wel onzorgvuldig kan handelen op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer het een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet. Dit kan naar mijn mening niet automatisch en een concrete strikte invulling van de onzorgvuldige wetgever dringt zich op. Bovendien is het twijfelachtig of de burgerlijke rechter hier wel de geschikte instantie voor is. Als men de beoordeling van een onzorgvuldige wetgever aan de burgerlijke rechter wilt overlaten, is het minstens noodzakelijk dat de burgerlijke rechter exacte richtlijnen heeft hoe hij de "bonus pater familias-regel" dient in te vullen.

118. Eventueel zou er zoals bij de administratieve rechter een matigingsbevoegdheid kunnen worden toegekend aan de burgerlijke rechter wanneer het om een schadevergoeding gaat ten gevolge van ongrondwettige wet.

¹⁶⁹ *Supra* 25, nr. 81 en 82.

¹⁷⁰ *Supra* 33, nr. 112.

¹⁷¹ P. POPULIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak" *TPR* 1995, 1052.

5. DE DOCTRINAIRE EN JURISPRUDENTIELE ONENIGHEID

119. De onenigheid is ontstaan naar aanleiding van het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010.¹⁷² Het Hof stelde dat de beoordeling van de fout van de wetgever autonoom dient te gebeuren door de rechter. De ongrondwettigheid werd niet automatisch aanvaard als een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het Hof liet na te bepalen hoe de principiële aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever dan wel moet worden ingevuld.¹⁷³ De doctrine probeert het foutbegrip van toepassing op de wetgevende macht op een duidelijke wijze in te vullen daar waar het Hof van Cassatie in tekort schiet.¹⁷⁴

120. Verschillende strekkingen zijn een standpunt gaan innemen in de discussie omtrent de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.¹⁷⁵ De voorstanders zagen het cassatiearrest als een verdere stap in de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid en aldus een bevestiging van de foutaansprakelijkheid in hoofde van de wetgever. De tegenstanders zijn het arrest daarentegen gaan interpreteren als een loskoppeling van het privaatrechtelijk foutbegrip en gronden hun standpunt met extra argumenten waarom de foutaansprakelijkheid in hoofde van de wetgever niet mogelijk is.

121. De kern van het discussiepunt was of de eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout moet worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. Dit betekent dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer het een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet. De strekkingen namen een standpunt in voor of tegen deze aansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever.

5.1 De belangrijkste argumenten tegen de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever

5.1.1 De soevereiniteit van de wetgever

122. De soevereiniteit van de wetgever is één van de meest aangehaalde argumenten tegen de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. De soevereiniteit is echter aangetast door drie belangrijke beperkingen die zich zowel vanuit supranationale als vanuit nationale invalshoek hebben gemanifesteerd. Bijgevolg is de vraag of de soevereiniteit nog wel een sterk tegenargument kan vormen.

5.1.1.1 De rechtspraak van het Europees Hof voor justitie

123. Een eerste beperking is zichtbaar in het Costa Enel arrest. Het Hof van Justitie oordeelde dat de lidstaten hun soevereiniteit hebben begrensd door hun aan te sluiten bij de Europese gemeenschap. Het verdrag van de Europese gemeenschap creëerde een eigen rechtsorde waarmee de nationale rechters rekening moeten houden.¹⁷⁶ Het feit dat de lidstaten bevoegdheden hebben

¹⁷² Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426

¹⁷³ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426

¹⁷⁴ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot S. GUILIAMS.

¹⁷⁵ Cass. 10 september 2010, *RW* 2010-2011, 1726-1729, noot P. POPULIER.

¹⁷⁶ HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, 1218.

overgedragen aan de staat, betekent dat er voor onbepaalde tijd een gemeenschap is opgericht met eigen bijzondere bevoegdheden.¹⁷⁷ De bevoegdheden van de lidstaten werden bijgevolg ingeperkt en hun soevereiniteit werd begrensd. Lidstaten verbinden zich om hun ervan te onthouden eenzijdige wettelijke voorschriften af te kondigen die strijdig zijn met het gemeenschapsrecht.¹⁷⁸

124. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat de soevereiniteit van de lidstaten is begrensd sedert de aansluiting bij de Europese gemeenschap. Wanneer een lidstaat bevoegdheden voor een bepaald rechtsgebied overdraagt aan de gemeenschap, betekent dit dat de lidstaat zijn soevereiniteitsbeperking erkent.¹⁷⁹ Het Costa Enel arrest heeft bijgevolg een zekere invloed uitgeoefend op de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. De tegenstanders van de overheidsaansprakelijkheid argumenteren dat het beginsel van de soevereiniteit van de wetgever zich verzet tegen de overheidsaansprakelijkheid. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie kan de soevereiniteit van de wetgever niet meer onverkort gelden. Lidstaten hebben deze soevereiniteit immers zelf begrensd door hun aan te sluiten bij de Europese gemeenschap.

5.1.1.2 De rechtspraak van het Hof van Cassatie

125. De soevereiniteitsbeperking kan eveneens worden afgeleid uit de cassatierechtspraak. In het bekende Smeerkaasarrest bevestigde het Hof van Cassatie de rechtstreekse incorporatie van het internationaal recht in de interne rechtsorde waardoor het internationaal recht voorrang heeft op het nationale recht. Bijgevolg wordt de soevereiniteit van de nationale wetgever beperkt.¹⁸⁰ Strijdige regels van intern recht moeten buiten toepassing worden verklaard door de nationale rechter.¹⁸¹ Het feit dat elke nationale norm buiten toepassing dient te worden verklaard bij strijdigheid met direct werkende verdragsbepalingen, impliceert een soevereiniteitsverlies voor de nationale wetgever.

5.1.1.3 De oprichting van het Arbitragehof

126. Een derde beperking aan de soevereiniteit kwam er door de oprichting van het Arbitragehof dat nu geëvolueerd is tot een volwaardig Grondwettelijk Hof.¹⁸²

127. Volgens G. Maes kan er uit de bevoegdheidsuitbreiding worden afgeleid dat een toename van het aantal toetsingsnormen de kans verhoogt dat het Grondwettelijk Hof een schending van de grondwet moet vaststellen. Sinds Het Biorim-arrest kan het Hof via het gelijkheidsbeginsel praktisch alle grondrechten als referentienorm hanteren om wetgevende normen te toetsen.^{183 184}

¹⁷⁷ Deze gemeenschap heeft eigen rechtspersoonlijkheid en handelingsbevoegdheid.

¹⁷⁸ HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, 1219.

¹⁷⁹ Europees beginsel van subsidiariteit uit art. 5 (1) VEU.

¹⁸⁰ Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, 959.

¹⁸¹ Deze regel vormt een regel van materieel grondwettelijk recht.

¹⁸² G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 316-336.

¹⁸³ Het Hof kende een ruime interpretatie toe aan de artikelen 10, 11 en 24 van de grondwet hetgeen betekende dat het Hof bevoegd werd te oordelen over schendingen van grondwettelijke rechten en vrijheden wanneer deze samen met de schending van het gelijkheidsbeginsel werden aangehaald. Zie hierbij GwH 13 oktober 1989, nr. 23/89 overw. A.4.1. en overw. B.1.3.

¹⁸⁴ GwH 13 oktober 1989, nr. 23/89.

128. Bijgevolg werd het aansprakelijkheidsrisico in hoofde van de wetgever verhoogd hetgeen een inperking van de soevereiniteit impliceerde. Een vastgestelde ongrondwettigheid door het Grondwettelijk Hof betekent dat de wetgever een inbreuk pleegde op zijn plicht om zich te onthouden van het uitvaardigen van wetgeving in strijd met de grondwet.¹⁸⁵

5.1.1.3.1 *De burgerlijke rechter op het pad van de grondwettigheidstoetsing?*

129. Het Grondwettelijk Hof heeft op grond van de artikelen 141 en 142 van de Grondwet de exclusieve bevoegdheid om een grondwettigheidstoetsing door te voeren.¹⁸⁶ Dit betekent dat een burgerlijke rechter in het kader van de aansprakelijkheidsvordering niet kan oordelen of een wetgevende norm strijdig is met de grondwet.¹⁸⁷ Het Hof van Cassatie bevestigde uitdrukkelijk dat het niet aan de rechterlijke macht toekomt om na te gaan of de wet in overeenstemming is met de grondwet.¹⁸⁸ Bovendien kan dit impliciet worden afgeleid uit de bedoeling van de grondwetgever om de toetsingsbevoegdheid expliciet toe te kennen aan het Grondwettelijk Hof.¹⁸⁹

130. Er zijn auteurs die van oordeel zijn dat de justitiële rechter wel wetgeving moet kunnen toetsen aan de grondwet.¹⁹⁰ De uitbreiding van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof impliceerde een bevoegdheidsbeperking van de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter mag zich enkel uitspreken over de vraag of de wetgever een fout heeft gemaakt in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW maar mag zich niet uitspreken over de ongrondwettigheid. Hier is volgens de doctrine een paradox zichtbaar. De jurisdictionele uitbreiding van de bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof om de rechtsbescherming te verhogen had tot neveneffect dat de mate van rechtsbescherming ergens anders verminderd werd aangezien de burgerlijke rechter zijn bevoegdheid wordt beperkt.¹⁹¹

131. De rechtsbescherming wordt volgens H. Vuye niet enkel vooruit geholpen door de oprichting van een Grondwettelijk Hof maar men zal eveneens aan de gewone rechter de bevoegdheid moeten verlenen wetgevende normen te toetsen aan de grondwet. De auteur staft zijn argument door te verwijzen naar het Grondwettelijk recht van de Verenigde Staten waar het bestaan van een Grondwettelijk Hof niet impliceert dat de gewone rechter geen toetsing mag uitvoeren van een wet aan de grondwet.¹⁹²

132. Mijns inziens kan het standpunt van H. Vuye voor een stuk worden verdedigd aangezien het tot gevolg heeft dat de vraag naar overheidsaansprakelijkheid en de vraag naar ongrondwettigheid door één instantie zal worden behandeld. Het lost de discussie op over de vraag of een vastgestelde

¹⁸⁵ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 317-319.

¹⁸⁶ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 318-319.

¹⁸⁷ A. VAN OEVELEN en P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 121.

¹⁸⁸ Cass. 23 juli 1849, *Pas.* 1849, 443.

¹⁸⁹ Art. 141 GW en art. 142 GW en 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, (125) 198.

¹⁹⁰ 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, (125) 199.

¹⁹¹ 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, (125) 199.

¹⁹² 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, (125) 199.

ongrondwettigheid door het Grondwettelijk Hof ipso facto een fout moet impliceren. Wanneer de burgerlijke rechter de bevoegdheid zou krijgen een wet te toetsen aan de grondwet, zal het op die manier het foutbegrip invullen en speelt de problematiek omtrent de eenheid niet meer. De burgerlijke rechter stelt een ongrondwettigheid vast en weerhoudt de aansprakelijkheid van de staat voor de fout van de wetgever. De burgerlijke rechter is hierbij niet meer afhankelijk van een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof. Het zou bijgevolg eveneens een oplossing bieden voor de problematiek omtrent de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de wetgevende macht aangezien deze probleemstelling enkel speelt wanneer er geen vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof is. Net omdat de burgerlijke rechter niet aan de grondwet mag toetsen, kan het in dergelijk geval enkel en alleen nog staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever weerhouden na toetsing aan het zorgvuldigheidscriterium. Dit zal zich niet meer voordoen wanneer de burgerlijke rechter de bevoegdheid zou krijgen wetten te toetsen aan de grondwet aangezien het telkens bij een ongrondwettigheid zou kunnen oordelen dat de wetgever de grondwet heeft geschonden waardoor de fout in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW vaststaat. Een ander argument om het standpunt van H. Vuye te verdedigen zou impliciet kunnen worden afgeleid uit de Waleffe-doctrine.¹⁹³ Het Hof van Cassatie heeft het toetsingsverbod van de gewone rechter genuanceerd door de mogelijkheid in te voeren van een grondwetsconforme interpretatie.¹⁹⁴ Deze uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid zou een argument kunnen vormen ter verdediging van een verdere uitbreiding tot een volledige grondwettigheidstoetsing.

133. Het zal echter vooral praktische moeilijkheden opleveren wanneer zowel het Grondwettelijk Hof als de burgerlijke rechter wetten mogen toetsen aan de grondwet. Dit zou tot tegenstrijdige uitspraken kunnen leiden die de eenheid van rechtspraak niet ten goede komt. Naar mijn mening is het bovendien twijfelachtig of de burgerlijke rechter wel de geschikte instantie is om te kunnen oordelen of een wetgevende handeling in strijd is met de grondwet en bijgevolg een fout impliceert. Bovendien toonde de intentie van de grondwetgever reeds aan dat de bevoegdheid van andere rechtscolleges dient te worden beperkt voor aangelegenheden omtrent de grondwet.

134. Gelet op de bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof en de intentie van de grondwetgever om de bevoegdheid van de justitiële rechters te beperken, kan men zich de vraag stellen of dit geen aanwijzing kan impliceren om de aansprakelijkheidsvordering voor fouten van de wetgever wegens een ongrondwettigheid door het Grondwettelijk Hof te laten beoordelen. Ook in dit geval zou het ongrondwettigheidsvraagstuk en de vraag naar overheidsaansprakelijkheid door 1 instantie worden behandeld en zou dit de problematiek omtrent de eenheidsleer oplossen.

135. Om te oordelen of dit realiseerbaar is, dient men stil te staan bij de positie van het Grondwettelijk Hof.

136. Wegens essentiële verschillen tussen een raadsheer in het Grondwettelijk Hof en een gewone rechter kan er worden geconcludeerd dat het Grondwettelijk Hof eerder aanleunt bij een instelling

¹⁹³ Cass. 20 april 1950, *Pas.* 1950, 517.

¹⁹⁴ De ratio hierachter ligt bij de redenering dat de rechter moet uitgaan van de veronderstelling dat de wetgever geen intentie kan hebben gehad om de grondwet te schenden. Zie hierbij Cass. 20 april 1950, *Pas.* 1950, 517.

gelijkaardig aan de wetgever.¹⁹⁵ ¹⁹⁶ In de Belgische grondwet kreeg het onderdeel over het Grondwettelijk Hof bovendien een afzonderlijke titel los van de daaropvolgende bepalingen voor de rechterlijke macht.¹⁹⁷ Bovendien reiken de gevolgen van een jurisdictionele handeling uitgaande van het Grondwettelijk Hof veel verder dan deze van de justitiële rechter doordat vernietigingsarresten gezag van gewijsde erga omnes hebben.¹⁹⁸ Een raadsheer in het Grondwettelijk Hof spreekt zich niet uit over subjectieve rechten maar doet enkel uitspraak over objectieve rechten. Dit kan echter wel genuanceerd worden door het feit dat het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechten op de helling is komen te staan. Sinds de recente bevoegdheidsuitbreiding van de Raad van State kreeg ook de Raad van State de mogelijkheid om over een subjectief recht te oordelen terwijl het in principe enkel kan oordelen over een objectief recht.¹⁹⁹ Dit zou een argument kunnen vormen om te verdedigen dat de aansprakelijkheidsvordering door het Grondwettelijk Hof kan worden beoordeeld.

137. Gelet op de politiek gekleurde samenstelling van het Grondwettelijk Hof en de wijze van subjectieve besluitvorming is het naar mijn mening echter moeilijk het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid toe te kennen om te oordelen over de aansprakelijkheidsvordering. Er zou wispelturige rechtspraak kunnen ontstaan en bovendien staat het Grondwettelijk Hof gekend om zijn schrijnende en onduidelijke motivering waardoor het foutbegrip nog niet op een duidelijke wijze zou worden ingevuld wanneer het wordt toegepast op de wetgever. Dit zou de rechtsbescherming niet vooruithelpen aangezien de kans bestaat dat de benadeelde in veel gevallen zonder schadevergoeding achterblijft. Het risico bestaat dat de rechtszekerheid van de burger herleid wordt tot een flinterdun gegeven. De burgerlijke rechter zal sneller een schadevergoeding toekennen aangezien een burgerlijke rechter politiek onafhankelijker is dan een raadsheer in het Grondwettelijk Hof.

138. Er kan geconcludeerd worden dat de soevereiniteit van de wetgever werd beperkt door de oprichting van een onafhankelijke instantie zoals het Arbitragehof om de wetgevende normen te toetsen aan de grondwet. De doelstelling achter de oprichting van het Arbitragehof was dat een wet niet meer als soevereine wilsuiting van het volk kon worden beschouwd.²⁰⁰ Oorspronkelijk was het de bedoeling de bevoegdheid van het Arbitragehof beperkt te houden door enkel de krachtens de grondwet vastgestelde bevoegdheids-verdelende regels als referentienorm te beschouwen.²⁰¹ In dit verband zou men nog kunnen beargumenteren dat de soevereiniteit van de wetgever een grote invloed blijft hebben op de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever aangezien het niet de intentie was het Arbitragehof een ruime bevoegdheid toe te kennen. Het Arbitragehof evolueerde echter tot een volwaardig constitutioneel Hof waardoor het beginsel van de soevereiniteit

¹⁹⁵ Art. 31 Bijz. W. GwH

¹⁹⁶ Een gewone rechter bewaakt de wet terwijl een grondwettelijke rechter de grondwet bewaakt. De gewone rechter moet zich beperken tot het toepassen van de wet op de onderliggende feiten van een zaak terwijl de grondwettelijke rechter inhoud moet geven aan de wettekst. Dit kan verklaard worden door de vage en algemene bewoordingen van de grondwet. De grondwetsbepalingen zijn immers vaak nog vager opgesteld dan bepaalde wetsbepalingen. De effectiviteit van de grondwet moet op die manier worden gegarandeerd. De Grondwettelijke rechter heeft bijgevolg een veel grotere interpretatiemarge dan een gewone rechter. De Grondwettelijke rechter begeeft zich bijgevolg veeleer op een rechts-creërend pad dan andere rechters. Zie hierbij K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 14.

¹⁹⁷ Art. 141 – art. 143 GW en art. 144 – art. 159 GW.

¹⁹⁸ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 13-14.

¹⁹⁹ Art. 144, 2^e lid GW

²⁰⁰ *Infra* 41-44., nr. 147 tot 156.

²⁰¹ H. BATAILLE en G. PAEMEN, "Het arbitragehof: een volwaardig Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 1986-1987, 499-526.

steeds meer is ingeperkt en geen sterk argument meer kan vormen in de discussie omtrent de overheidsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever.

139. Zelfs al zou er geen Arbitragehof zijn opgericht, kan er een beperking van soevereiniteit worden afgeleid uit de loutere mogelijkheid om wetten te toetsen aan de grondwet door welke instantie de toetsing dan ook zou worden uitgevoerd.

5.1.1.4 Effectief soevereiniteitsverlies?

140. De drie hogergenoemde elementen tonen aan dat lidstaten en dus de wetgevende macht een soevereiniteitsverlies hebben ondergaan. Als gevolg hiervan kan de soevereiniteit niet meer onverkort gelden als tegenargument.

141. Aangezien de soevereiniteit verankerd ligt in art. 33 en 42 van de grondwet ontwikkelde zich in de doctrine een discussie over de primauteit van het internationaal recht op de grondwet.²⁰² Het Hof van Justitie beperkte immers de soevereiniteit in zijn rechtspraak.²⁰³ De vraag die zich hierbij creëerde in de doctrine was of de voorrang van het internationaal recht zoals bevestigd door het Hof van Cassatie in het smeerkaasarrest ook geldt ten aanzien van de grondwet.²⁰⁴

142. Deze vraag genoot belangstelling omdat het antwoord op de vraag een belangrijke impasse oplost. Als er zou gesteld worden dat de primauteit van het internationaal recht enkel geldt tegenover internrechtelijke nationale bepalingen maar niet tegenover de grondwet, betekent dit dat het soevereiniteitsbeginsel zoals weergegeven in de Belgische grondwet voorrang heeft op de rechtspraak van het Hof van Justitie en bijgevolg het soevereiniteitsverlies van de wetgever dient te worden genuanceerd. De tegenstanders van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever zouden hiermee hun argument van de soevereiniteit sterker kunnen doordrukken.²⁰⁵ Volgens het Hof van Cassatie kan uit het smeerkaasarrest worden afgeleid dat de primauteit van het direct werkend internationaal recht ook geldt ten aanzien van de grondwet.²⁰⁶ Het cassatiearrest werd ook door de doctrine op die manier geïnterpreteerd.²⁰⁷ Ook de Raad van State en het Grondwettelijk Hof hebben zich ingemengd in de discussie over de primauteit van het internationaal recht op de grondwet.

²⁰² Art. 33 GW en art. 42 GW

²⁰³ HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964.

²⁰⁴ Cass. 27 mei 1971, Pas. 1971, 959.

²⁰⁵ P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 228.

²⁰⁶ Cass. 27 mei 1971, Pas. 1971, 959.

²⁰⁷ P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 230-233.

143. De Raad van State nam in het Orfinger-arrest dezelfde monistische visie aan als het Hof van Cassatie.^{208 209} Het Grondwettelijk Hof heeft eveneens de voorrang van het internationaal recht op de grondwet erkend.^{210 211}

144. Alle hoogste rechtscolleges erkennen dus de primauteit van het internationaal recht op de formele wetgeving waaronder eveneens de grondwet.²¹² Bovendien valt ook de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in die zin te lezen of minstens te interpreteren.

145. Er is bijgevolg geen twijfel mogelijk over de primauteit van het internationaal recht ten aanzien van de grondwet. Uit de bewoordingen in art. 34 van de grondwet kan worden afgeleid dat zowel het internationaal recht in zijn geheel als het communautair recht dat er onderdeel van uitmaakt, voorrang heeft op de grondwet.²¹³ Wanneer we spreken over de primauteit van het internationaal recht impliceert dit automatisch ook de primauteit van het communautair recht.²¹⁴

146. Deze primauteit betekent aldus dat de beperkingen van de soevereiniteit die zich hebben voorgedaan onder impuls van het internationaal recht voorrang hebben op het beginsel van de soevereiniteit uit art. 33 en 42 van de grondwet.²¹⁵ Er heeft zich bijgevolg een effectief soevereiniteitsverlies voorgedaan waardoor de soevereiniteit geen sterk argument meer kan vormen om zich te verzetten tegen de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

5.1.2 *Ratio legis Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof*

147. Een volgend tegenargument was de ratio legis van de bijzondere wetgever bij het redigeren van de toenmalige wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof.²¹⁶ De grondwetgever van 1983 had de intentie om de taak tot het bewaken van de eerbiediging van de grondwet uitdrukkelijk toe te kennen aan één enkel orgaan, het Arbitragehof.²¹⁷

²⁰⁸ P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 230-233.

²⁰⁹ RvS (6e k.) 5 november 1996, nr. 62.922. 16/31.

²¹⁰ Deze standpunten ontstonden nadat het Grondwettelijk Hof voor het eerst een wet houdende instemming met een internationaal verdrag toetste aan de grondwet om alzo onrechtstreeks het internationaal recht te kunnen toetsen aan de grondwet. Dit deed in de rechtsleer onterecht de gedachte groeien van een dualistisch systeem waarbij de grondwet zou primeren op het internationaal recht. Het Grondwettelijk Hof plaatste via deze techniek de grondwet boven het internationaal recht. Zie hierbij GwH 16 oktober 1991, nr. 26/91. en P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 229-230.

²¹¹ Volgens P. Populier impliceert de toetsing van de instemmingswet aan de grondwet niet dat de grondwet voorrang zou hebben op het internationaal recht. De kern van de monistische visie blijft behouden. Zie hierbij P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 235-238.

²¹² Cass. 27 mei 1971, Pas. 1971, 959. en RvS (6e k.) 5 november 1996, nr. 62.922.

²¹³ Deze grondwetsbepaling heeft het over "volkenrechtelijke instellingen" waaraan bij wet of bij verdrag machten kunnen worden overgedragen. Dit impliceert dat de regelgeving die volgt ten gevolge van de uitvoering van deze machten voorrang heeft op het interne recht waaronder de grondwet. Volkenrecht staat synoniem voor internationaal recht. Het Europees recht vormt binnen het internationaal recht een eigen categorie waardoor het soms als een zelfstandige discipline kan worden geformuleerd.

²¹⁴ P. POPULIER, "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK*, 235-238.

²¹⁵ *Supra* 35, nr. 122-123 en *Supra* 36, nr. 124-126.

²¹⁶ Wet 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheden en de werking van het Arbitragehof, *BS* 8 juli 1983, 8911.

²¹⁷ De wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof is de voorloper van de huidige Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. De aanleiding tot het redigeren van de wet van 28 juni 1983 was de noodzaak aan het oprichten van een orgaan dat de taak toegewezen zou krijgen om zich uit te spreken over de eerbiediging van de grondwettelijke en wettelijke bepalingen m.b.t. de bevoegdheidsverdelingen. Zie hierbij Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St.* Senaat, 1981-1982, nr. 246/2., 3.

148. Volgens een strekking in de rechtsleer heeft de ratio legis van de wet van 28 juni 1983 zich verzet tegen de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.²¹⁸ De ratio legis is gelegen in de doelstelling van een vernietigingsberoep bij het Arbitragehof. Het beroep tot nietigverklaring moest er enkel op gericht zijn de inachtneming van een regel van objectief recht te garanderen. De wetgever had niet de intentie om een subjectief recht te beschermen.²¹⁹ De toewijzing van de vernietigingsbevoegdheid aan het Arbitragehof zou moeten leiden tot een abstract toezicht op de wetten en decreten los van de betwisting omtrent een subjectief recht.²²⁰ Een gewone rechter mag geen controle uitoefenen op de overeenstemming van een wet met de grondwet. Indien het noodzakelijk is in het kader van een hangend geschil heeft de gewone rechter wel de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling.^{221 222}

149. In het geval de gewone rechter de toepassing van een wet op een concreet geschil wilt weigeren, moet deze langs het Grondwettelijk Hof passeren. De dekking door het Grondwettelijk Hof is een *conditio sine qua non* om de toepassing van de ongrondwettige wet te kunnen weigeren. Het achterliggend idee voor de toekenning van deze exclusieve bevoegdheid aan het Grondwettelijk Hof lag in de eenheid van rechtspraak. Er kan bijgevolg geconcludeerd worden dat zowel de gewone rechter als de administratieve rechter de toepassing van een wet in geen geval kunnen weigeren, ook al is ze strijdig met de grondwet.²²³ Deze onmogelijkheid valt bovendien af te leiden uit de *a contrario* redenering uit art. 159 GW. De gewone rechter heeft geen materiële bevoegdheid om een wet buiten toepassing te verklaren wegens strijdigheid met de grondwet.²²⁴

150. Er zijn echter strekkingen die in art. 26 § 2, lid 2, 2^o Bijz. W. GwH een grondslag zien om een wet buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet maar dit is geen algemeen aanvaard principe en is mijns inziens vatbaar voor betwisting. De bepaling staat specifiek onder de afdeling van de prejudiciële vraagstelling waardoor het moeilijk als een algemene bepaling kan worden aanzien die zonder meer de rechter de mogelijkheid zou geven een ongrondwettige norm buiten toepassing te laten. Bovendien zou deze bepaling haaks staan met de *a contrario* redenering uit art. 159 GW. Vervolgens toont het feit dat de doctrine sterk pleit voor een analoge bepaling zoals art. 159 GW aan dat dergelijke bepaling nog niet bestaat en dus ook niet gelezen kan worden in art. 26 § 2, lid 2, 2^o Bijz. W. GwH.²²⁵

151. Er kan geconcludeerd worden dat het standpunt van de tegenstanders zijn grondslag vindt in het achterliggend idee van de vernietigingsbevoegdheid toegewezen aan het toenmalige Arbitragehof. De bijzondere wetgever had geen bescherming van subjectieve rechten op het oog en

²¹⁸ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

²¹⁹ Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2., 41.

²²⁰ Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2., 3.

²²¹ Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2., 9. en art. 26 § 2 Bijz. W. GwH.

²²² Wanneer er voldoende marge is, kan de rechter in eerste instantie opteren voor een grondwetsconforme interpretatie alvorens een prejudiciële vraag te stellen. Dit werd bevestigd in de Waleffe-doctrine. Zie hierbij Cass. 20 april 1950, *Pas.* 1950, 517.

²²³ Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2., 10.

²²⁴ De exceptie van illegaliteit in de zin van art. 159 GW is enkel mogelijk bij normen uitgevaardigd door de uitvoerende macht die strijdig zijn met de wet.

²²⁵ *Infra* 61, nr. 213-214.

dit is net de bescherming die wordt afgedwongen door de belanghebbende bij het instellen van een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Wanneer een belanghebbende schade ondergaat ten gevolge van een wet die strijdig is met de grondwet, dient de aansprakelijkheidsvordering te worden ingesteld tegen de staat voor fouten van de wetgever. Wanneer de justitiële rechter deze vordering zou inwilligen en een schadevergoeding toekent, wordt hierbij het subjectief recht van de benadeelde hersteld. Dit was niet de bedoeling van de bijzondere wetgever. Het Grondwettelijk Hof heeft de desbetreffende wet ongrondwettig verklaard in een vernietigingsarrest maar dit mag enkel tot de vaststelling leiden dat er sprake is van een schending van een objectief recht. Een schending van een subjectief recht blijft buiten beschouwing. Om deze reden kan er volgens de tegenstanders geen eenheid zijn tussen ongrondwettigheid en fout. Wanneer men dit zou aanvaarden, betekent dit immers dat een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof bescherming biedt aan een subjectief recht van de belanghebbende. De belanghebbende zou immers zijn subjectief recht kunnen afdwingen voor de justitiële rechter.

152. De vraag is of de ratio legis nog zo strikt kan gelden. De reden waarom deze vraag zich heeft gemanifesteerd, kan verklaard worden door twee aspecten. Een eerste aspect is dat alle argumenten die in de doctrine werden aangehaald tegen de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht achterhaald zijn door de oprichting van het Arbitragehof op zich.²²⁶ Een tweede aspect is dat zich twee belangrijke ontwikkelingen in de cassatierechtspraak hebben voorgedaan.

153. Een eerste ontwikkeling was de erkenning van de eenheidsleer tussen onwettigheid en fout. Het Hof sprak zich voor het eerst uit over deze eenheid in het cassatiearrest van 19 december 1980.²²⁷ Nadien in een arrest dd. 13 mei 1982 erkende het hof definitief dat de administratieve overheid een fout begaat wanneer het een verordening uitvaardigt in strijd met de grondwet of in strijd met een wettelijke bepaling die hem iets oplegt iets te doen of niet te doen.²²⁸ Deze redenering werd recent nogmaals door het Hof bevestigd.²²⁹

154. Een tweede ontwikkeling deed zich voor in de Anca-arresten. Uit de overwegingen in de Anca-arresten kan worden afgeleid dat de staat onderworpen is aan de gemeenrechtelijke regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid ter vergoeding van de schade veroorzaakt door ambtsfouten van organen van de uitvoerende macht en van de rechterlijke macht.²³⁰ Concreet erkent het Hof van Cassatie dat deze organen een fout begaan wanneer zij een handeling stellen die de grondwet schendt of een regel schendt die hen oplegt op een bepaalde manier te handelen of niet te handelen. Dergelijke beslissing van een rechter of van een administratieve overheid impliceert automatisch een

²²⁶ A. VAN OEVELEN, P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in ALEN, A., BOES, M., DERUYCK, F. (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (120) 578.

²²⁷ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449.

²²⁸ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, overw. 2, 1134.

²²⁹ Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N.

²³⁰ In het ANCA-arrest dd. 19 december 1991 bevestigde het Hof van Cassatie dat de staat net zoals de burgers onderworpen is aan de rechtsregels waaronder in het bijzonder de rechtsregels die betrekking hebben op de vergoedingsaanspraak ten gevolge van foutieve handelingen die subjectieve rechten en wettige belangen van de benadeelde aantast. In zijn arrest dd. 8 december 1994 bevestigde het Hof van Cassatie dat de fout van een magistraat bestaat uit een verkeerd optreden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal, zorgvuldig en omzichtig magistraat in dezelfde omstandigheden ofwel uit een schending van een nationaalrechtelijke norm waarbij een plicht werd opgelegd iets niet te doen of wel te doen. Zie hierbij Cass. 19 december 1991, *Pas.* 1991, overw. 3, 364. en Cass. 8 december 1994, *Pas.* 1994, overw. 6, 8.

fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Deze redenering zou dan mutatis mutandis kunnen worden doorgetrokken naar beslissingen van de wetgevende macht.²³¹

155. Aangezien het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid verwierf formele wetten te vernietigen wegens strijdigheid met de grondwet en gelet op de ontwikkelingen in de cassatierechtspraak, is het volgens A. Van Oevelen en P. Populier moeilijk aanneembaar om te stellen dat de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid geen fout impliceert in hoofde van de publiekrechtelijke rechtspersoon die de norm uitvaardigde.²³² De publiekrechtelijke rechtspersoon kan zowel een orgaan zijn van de uitvoerende macht als een orgaan van de wetgevende macht. Volgens G. Maes staat de fout van de wetgever vast door het gezag van gewijsde erga omnes van vernietigingsarresten in de zin van art. 116 Bijz. W. GwH. en vormt dit de grondslag voor een schadevergoeding in het kader van de aansprakelijkheidsvordering. De burgerlijke rechter zal zich moeten voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof.²³³

156. In het cassatiearrest dd. 13 mei 1982 bevestigt het Hof dat zowel een ongrondwettige verordening als een onwettige verordening een fout impliceert in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Een verordening is geen norm die door het Grondwettelijk Hof aan de referentienormen kan worden getoetst. Op grond van art. 1 bijz. W GwH kan het Grondwettelijk Hof immers enkel een wet, decreet of een in art. 134 van de grondwet bedoelde regel toetsen aan de referentienormen. Een verordening is een norm uitgevaardigd door een administratieve overheid. Dit betekent dat enkel de Raad van State op grond van art. 14, 1^o RVS-wet bevoegd is om de verordening te vernietigen. Het is dit vernietigingsarrest dat op grond van deze cassatierechtspraak automatisch een fout impliceert in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het is mijns inziens opmerkelijk dat dit als element wordt aangehaald om de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever te gronden. Het betreft hier immers fouten van een administratieve overheid. Het gaat echter over een ongrondwettige verordening waardoor het een schending van de grondwet impliceert. De administratieve overheid treedt op als wetgever door het uitvaardigen van de verordening waardoor de redenering mutatis mutandis wordt doorgetrokken naar de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht terwijl de redenering van het Hof van Cassatie zich eigenlijk richt op de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht. Een verordening die strijdig is met de grondwet impliceert een fout van de uitvoerende macht maar de uitvoerende macht is bij het uitvaardigen van een verordening opgetreden als wetgever. Dit zou een element kunnen vormen om de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever te rechtvaardigen in het licht van de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid waardoor de ratio legis van de bijzondere wet op het toenmalige Arbitragehof aan belang verliest. Deze redenering sluit zich aan bij de strekkingen in de doctrine die verwijzen naar het tweeledig privaatrechtelijk foutbegrip dat van toepassing is op de uitvoerende macht en voorspellen dat het Hof van Cassatie in de toekomst dit tweeledig foutbegrip

²³¹ A. VAN OEVELEN, P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 121.

²³² A. VAN OEVELEN, P. POPULIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (75) 122.

²³³ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 318-320.

van toepassing zal verklaren op de wetgever. Of het Hof van Cassatie dit effectief deed, zal blijken uit de analyse van het recent cassatiearrest dd. 30 april 2015.²³⁴

5.1.3 De scheiding der machten

157. De scheiding der machten is een vaak aangehaald tegenargument. Het kernpunt vormt de evolutie van een scheiding der machten naar een evenwicht der machten waarbij de machten elkaar dienen te controleren waardoor ze elkaar in evenwicht houden.²³⁵

158. Het beginsel van de scheiding der machten zou bovendien volgens de doctrine niet uitdrukkelijk weergegeven zijn in de grondwet maar de grondwet zou het enkel op die manier hebben toegepast.²³⁶ Het Flandria-arrest heeft voor het eerst nadrukkelijk afstand gedaan van het absoluut beginsel van de scheiding der machten.²³⁷ De scheiding der machten kan bij gevolg geen beletsel meer vormen voor de overheidsaansprakelijkheid ten gevolgen van ondeugdelijke wetgeving.²³⁸

159. Het beginsel van de scheiding der machten vormt een algemeen tegenargument dat vaak samenhangt met andere tegenargumenten of problemen omtrent de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Onder deze titel beperkt de uiteenzetting zich dan ook tot het kernpunt.

5.2 De belangrijkste argumenten voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever

5.2.1 Evolutie overheidsaansprakelijkheid

160. Mijns inziens verwijzen de voorstanders naar de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid omdat deze evolutie werd erkend in de cassatierechtspraak. Een leer van niet-aansprakelijkheid van de overheid evolueerde tot een overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht zoals erkend in het Flandria-arrest.²³⁹

161. Het Hof van Cassatie bouwde een brug vanuit de artikelen 1382 BW en 1383 BW naar de administratieve rechtmatigheidscontrole.²⁴⁰ Het Hof bevestigde dat administratieve onrechtmatigheid en fout samengaan. De administratieve onrechtmatigheid omvat de schending van een specifieke norm zijnde een besluit uitgevaardigd door een administratieve overheid dat in strijd is met een wettelijke norm. Het loutere feit dat het administratief besluit behept is met een onwettigheid levert het bewijs van een fout in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW.²⁴¹

²³⁴ Zie bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

²³⁵ A. ALEN, *De Trias politica ruimer bekeken*, Brussel, Larcier, 2000, 2-4.

²³⁶ 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, (125) 181.

²³⁷ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193.

²³⁸ 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, (125) 181.

²³⁹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193.

²⁴⁰ Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449. en Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 306.

²⁴¹ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, overw. 2°, 306-307.

162. In een arrest van 26 juni 1998 heeft het Hof van Cassatie de absolute eenheidsleer tussen onwettigheid en fout genuanceerd. De geschonden bepaling moet een bepaald gebod of verbod opleggen aan de administratieve overheid.²⁴² Deze beperking luidt in dezelfde zin als de definitie die oorspronkelijk gegeven werd aan het privaatrechtelijk foutbegrip.²⁴³ Dit betekent bijgevolg dat het tweeledig privaatrechtelijk foutbegrip wordt gehanteerd bij de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht.²⁴⁴ In het arrest van 25 oktober 2004 zaaide het Hof van Cassatie verwarring. Het Hof leek de eenheidsleer tussen onwettigheid en fout te verwerpen aangezien het opnieuw toetste aan de zorgvuldigheid.^{245 246}

163. De verwarring werd opgelost door een recenter cassatiearrest van 10 april 2014 waarbij het Hof het privaatrechtelijk foutbegrip opnieuw effectief toepasselijk verklaart op de overheid en bijgevolg zijn redenering uit het cassatiearrest dd. 13 mei 1982 bevestigt.^{247 248} De eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout staat bijgevolg vast onder voorbehoud van de nuancering vanuit privaatrechtelijk oogpunt zijnde dat de geschonden bepaling een bepaald gebod of verbod moet opleggen aan de administratieve overheid.²⁴⁹

164. Volgens de voorstanders is er geen enkele grondige reden om de redenering van het Hof met betrekking tot de eenheid tussen onwettigheid en fout niet mutatis mutandis door te trekken naar de wetgevende macht. Deze doortrekking zou een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout impliceren.

165. Dat er een evolutie heeft plaatsgehad, is een vaststaand gegeven. Maar of dit de grondslag kan vormen voor de doorbraak van een eenheidstheorie tussen ongrondwettigheid en fout valt te betwisten. De overheidsaansprakelijkheid heeft zich geëvolueerd in de cassatierechtspraak maar er is in deze cassatierechtspraak nog altijd geen duidelijke invulling van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.²⁵⁰ Bijgevolg is het twijfelachtig of deze evolutie een voldoende sterk argument kan vormen.²⁵¹

²⁴² Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.

²⁴³ *Supra* 13, nr. 34.

²⁴⁴ Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.

²⁴⁵ Het Hof van Cassatie oordeelde dat een overheidsbeslissing enkel als foutief kan worden beschouwd wanneer de overheid verkeerd optreedt dat beoordeeld dient te worden naar de maatstaf van een zorgvuldige overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden. Zie hierbij Cass. 25 oktober 2004, *NJW* 2004, 1316-1318.

²⁴⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 207.

²⁴⁷ Het cassatiearrest van 10 april 2014 betrof een inbreuk op een wettelijke bepaling uit het Stedenbouwdecreet dat een termijn oplegde voor de beslissing van het college van het burgemeester en schepenen tot verlening of weigering van een vergunning. Naast de bevestiging dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing is op de overheid, stelde het Hof van Cassatie dat het aan de burgerlijke rechter toekomt soeverein te oordelen of dergelijke wetsbepaling die een termijn weergeeft een schending van een specifieke norm inhoudt in de zin van het objectief element. Dit heeft tot gevolg dat de niet-naleving van de termijn op zichzelf een onrechtmatige daad impliceert in hoofde van de overheid. Een aanvullende toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm is niet vereist.

²⁴⁸ Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N.

²⁴⁹ Of de eenheidstheorie ook bestaat tussen onrechtmatigheid die bestaat uit een onzorgvuldig handelen door de administratieve overheid en een fout is een discussie in de rechtsleer. Deze discussie gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten aangezien dit onderzoek zich baseert op de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout en de eenheid tussen een onzorgvuldig wetgevend optreden en fout. Desalniettemin kan het wel als inspiratiebron dienen bij het evalueren van de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid. Volgens W. Van Gerven zou het afhankelijk zijn van de mate van beleidsvrijheid waarover de overheid beschikt. Hoe meer beleidsvrijheid de overheid heeft in het kader van zijn discretionaire bevoegdheid hoe minder snel een onzorgvuldigheid een fout zal impliceren. Zie hierbij W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 38-39.

²⁵⁰ P. POPULIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 11. en Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot S. GUILIAMS.

²⁵¹ Zie bijlage 8.1, noot onder cass. 30 april 2015, C.12.0637.F.

166. Zoals reeds hoger vermeld, heeft het cassatiearrest van 10 september 2010 voor een tweestrijd gezorgd. De voorstanders beschouwen dit cassatiearrest als een element ter verdediging van de foutaansprakelijkheid voor de wetgevende macht. Deze strekking ziet dit als een verdere stap in de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever.²⁵²

167. Een volgend belangrijk cassatiearrest kwam er op 30 april 2015. Over deze uitspraak werd nog geen enkele annotatie geschreven. Een eerste noot bij dit cassatiearrest en een eerste evaluatie zullen aangeven wat dit cassatiearrest kan betekenen in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.

5.2.1.1 Cassatiearrest 10 september 2010

168. Zoals reeds hoger vermeld, zien bepaalde strekkingen in de doctrine dit cassatiearrest als een verdere stap in de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.²⁵³

169. Het onderliggend arrest aan de basis van het cassatiearrest was een uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel dd. 2 oktober 2008. Het arrest ging over een werknemer die een aansprakelijkheidsvordering instelde tegen de staat aangezien zij volgens hem een fout had begaan door een ongrondwettige wet uit te vaardigen als gevolg waarvan de werknemer schade leed doordat hij op grond van die ongrondwettige wet belastingen moest betalen op zijn arbeidsongevallenvergoeding.²⁵⁴

170. De rechter in eerste aanleg wees de vordering op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW af aangezien de werknemer bezwaar had moeten aantekenen tegen de aanslagbiljetten en deze bezwaarprocedure niet meer kon worden ingesteld wegens verstreken termijnen.²⁵⁵ In hoger beroep bleef de gewestdirecteur beweren dat de artikelen 1382 BW en 1383 BW in casu niet konden worden toegepast aangezien ervan zou afgeweken zijn bij specifieke fiscale wet. De artikelen van het gemeen aansprakelijkheidsrecht zouden enkel van toepassing zijn als er niet bij specifieke wet van wordt afgeweken.²⁵⁶

171. De werknemer eiste in hoger beroep de toepassing van de artikelen 1382 BW en 1383 BW. Hij baseerde zich in eerste instantie op het cassatiearrest dd. 13 mei 1982 ten gevolge waarvan zou vaststaan dat een ongrondwettig optreden een fout van de wetgever uitmaakt. In casu bestond de fout uit de betaling van een belasting op grond van een wet die nadien ongrondwettig werd verklaard. De werknemer ging dus onterecht over tot betaling van de belasting. De Belgische staat werd aangesproken voor de fout van de wetgever. Het onderhavig geschil had duidelijk een subjectief recht tot voorwerp aangezien de werknemer recht heeft op een schadevergoeding ten aanzien van de Belgische staat in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW. De bevoegdheid omtrent

²⁵² *Supra* 35, nr. 121.

²⁵³ *Supra* 45, nr. 160-161.

²⁵⁴ Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 613.

²⁵⁵ Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 614.

²⁵⁶ Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 615.

geschillen over subjectieve rechten behoren exclusief toe aan de burgerlijke rechter op grond van art. 144 GW.²⁵⁷

172. Geïntimeerde verwees in zijn verweer naar de ratio legis van de wet houdende inrichting, bevoegdheid en werking van het Arbitragehof die niet de intentie had subjectieve rechten te waarborgen.²⁵⁸ Op grond hiervan dient de burgerlijke aansprakelijkheid van de wetgevende macht volgens geïntimeerde te worden uitgesloten. Het Hof trad geïntimeerde niet bij aangezien geen enkele wettelijke of grondwettelijke bepaling de wetgevende macht in de uitoefening van haar opdracht onttrekt aan de artikelen 1382 BW en 1383 BW. Het is de gewone rechter die dient te oordelen over de burgerlijke aansprakelijkheid van de wetgever, de nadelige gevolgen van de vernietiging en de schadeloosstelling. Met dit oordeel concludeert het Hof van Beroep dat de aansprakelijkheid van de staat voor fouten in hoofde van de wetgevende macht in de uitoefening van de wetgevende functie wordt erkend. De wetgevende macht schendt door het uitvaardigen van een ongrondwettige wetsbepaling een hogere internrechtelijke norm zijnde de grondwet en de staat dient hiervoor buitencontractueel aansprakelijk te worden gesteld op grond van de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW.²⁵⁹

173. Wanneer er een voorafgaand prejudicieel arrest of vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof is geweest, is er aan de voorwaarde voldaan om de aansprakelijkheid van de wetgever te weerhouden.²⁶⁰ ²⁶¹ De vaststelling door het Grondwettelijk Hof dat een bepaling strijdig is met de grondwet, betekent volgens het Hof van Beroep ipso facto dat de wetgever zijn foutief gedrag vaststaat.²⁶²

174. Mijns inziens past het Hof van Beroep een verkeerde redenering toe door te verwijzen naar het cassatiearrest van 13 mei 1982 om te oordelen dat de ongrondwettige belastingswet een fout impliceert in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW. Dit is mijns inziens niet de constatering die het Hof van Cassatie in het arrest van 13 mei 1982 doet. Zoals reeds hoger vermeld, erkent het Hof van Cassatie in dit arrest de eenheid tussen onwettigheid en fout maar niet de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. Het Hof stelde enkel dat een nietigverklaring door de Raad van State impliceert dat de gewone rechter waarbij de aansprakelijkheidsvordering aanhangig is gemaakt, verplicht is te oordelen dat de administratieve overheid een fout heeft begaan. Het Hof van Cassatie sprak zich niet uit over de doortrekking van deze redenering op de wetgever.

175. Het is echter wel zo dat het Hof van Cassatie zich in het arrest van 13 mei 1982 zowel uitsprak over een onwettige verordening als over een ongrondwettige verordening die beide een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceren.²⁶³ Dit zou kunnen verklaren waarom het Hof van Beroep zich baseert op het cassatiearrest van 13 mei 1982 om te concluderen dat de ongrondwettige

²⁵⁷ Brussel 2 oktober 2008, RABG 2009, 615-616.

²⁵⁸ *Supra* 42, nr. 148.

²⁵⁹ Brussel 2 oktober 2008, RABG 2009, 616-617.

²⁶⁰ Art. 26 § 1, 1° Bijz. W. GwH.

²⁶¹ Art. 1 Bijz. W. GwH.

²⁶² Brussel 2 oktober 2008, RABG 2009, 616-617.

²⁶³ "Overwegende dat, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid, de bestuursoverheid een fout begaat wanneer zij een verordening vaststelt of goedkeurt waarin zij grondwettelijke of wettelijke regels schendt die haar voorschrijven op een bepaalde wijze niets of wel iets te doen, zodat zij burgerrechtelijk aansprakelijk is als die fout schade veroorzaakt" uit Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 1139.

belastingwet een fout impliceert. De algemene conclusie uit het cassatiearrest van 13 mei 1982 betreft echter het algemeen feit dat een vernietigingsarrest van de Raad van State waarbij een verordening wordt vernietigd wegens strijdigheid met de wet of met de grondwet automatisch een fout impliceert. Het Hof spreekt zich niet uit over een vernietigingsarrest uitgaande van het Grondwettelijk Hof en het erkent niet expliciet dat ongrondwettigheid en fout samengaan. Het feit dat het Hof ook verwijst naar een verordening die strijdig is met de grondwet zou wel een aanwijzing kunnen zijn in de richting van de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout maar desalniettemin heeft het Hof deze eenheid niet nadrukkelijk bevestigd in zijn arrest van 13 mei 1982. Dit arrest kan slechts een mogelijke aanwijzing zijn voor een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout maar het is geen zekerheid zolang het niet uitdrukkelijk is bevestigd door het Hof van Cassatie. Er is mijns inziens nog altijd een verschil tussen een administratieve overheid die een verordening uitvaardigt in strijd met de grondwet en een wetgever die een wet uitvaardigt in de strijd met de grondwet. Het feit dat het Hof van Cassatie in latere rechtspraak terugkwam op de eenheidsleer toont aan dat de redenering in zijn arrest van 13 mei 1982 niet volledig is en er toch nog twijfels zijn over de eigenlijke bedoeling die het Hof had.²⁶⁴

176. De Geïntimeerde ging in cassatie aangezien hij niet akkoord ging met de beslissing van het Hof van Beroep dat de ongrondwettige bepaling in het WIB ipso facto een fout in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW impliceerde.

177. Volgens het Hof van Cassatie betekende het feit dat het Grondwettelijk Hof een ongrondwettigheid had vastgesteld bij prejudicieel arrest niet dat de wetgever onrechtmatig had gehandeld in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De feitenrechter bij wie een aansprakelijkheidsvordering aanhangig wordt gemaakt, kan autonoom een eigen oordeel vormen over de vaststelling of de wetgever een fout heeft gemaakt. Deze eigen beoordeling mag niet zo ver gaan dat de rechter de wet zou kunnen toetsen aan de grondwet. Dit vormt de grens aan de autonome beoordeling.²⁶⁵ De rechtsleer bevestigde dat het principiële verbod voor de rechterlijke macht om wetten op hun ongrondwettigheid te toetsen zich verzet tegen de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.²⁶⁶

178. De uitspraak van het Hof van Cassatie bracht een doctrinaire discussie op gang. De oorzaak ligt bij de onduidelijke en vage bewoordingen van het Hof. Het Hof verbrak het arrest in hoger beroep aangezien de appelrechter oordeelde dat het prejudicieel arrest waarbij de wetsbepaling uit het WIB ongrondwettig werd verklaard ipso facto een fout in hoofde van de wetgever impliceerde. Naar oordeel van het Hof van Cassatie is het aan de feitenrechter om autonoom een oordeel te vellen over de fout van de wetgever. Het Hof liet echter na te verduidelijken wat het autonoom oordeel inhoudt en op welke wijze de feitenrechter zijn oordeel dient te vormen. Het Hof stelt niet expliciet dat de aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever gegrond is op de artikelen 1382 BW en 1383 BW. Het stelt enkel vast dat een prejudicieel arrest niet automatisch een fout impliceert maar het oordeelt niet wanneer het dan wel een fout zou impliceren. Het Hof verwijst bovendien naar de zorgvuldigheid

²⁶⁴ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426. en Cass. 30 april 2015, c.12.0637.F/1.

²⁶⁵ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

²⁶⁶ A. VAN OEVELEN, "De aansprakelijkheid van de staat, de gewesten en de gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving", *TVW* 2006, 408.

van de wetgever en stelt dat de staat hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld maar laat na om deze zorgvuldigheid concreet in te vullen voor de wetgever.

179. S. Guiliams stelde dat het Hof naast de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout ook de genuanceerde eenheidsleer verwierp terwijl A. Wirtgen een doortrekking ziet van de genuanceerde eenheidsleer naar de wetgevende macht.²⁶⁷ Hier situeert zich een tegenstrijdigheid in de doctrine. Volgens A. Wirtgen moet de fout van de wetgever net op dezelfde manier worden beoordeeld als de fout van de uitvoerende macht en getoetst worden aan het tweeledig foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW.²⁶⁸ Hij leidt dit af uit het cassatiearrest van 13 mei 1982 en de daaropvolgende cassatiearresten die de eenheidsleer hebben genuanceerd.²⁶⁹ Volgens S. Guiliams heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 10 september 2010 de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout verworpen alsook de genuanceerde eenheidsleer waardoor het privaatrechtelijk foutbegrip niet van toepassing kan worden verklaard op de wetgever. S. Guiliams leidt dit af uit de bewoordingen van het Hof waarbij het de foutbeoordeling autonoom overlaat aan de rechter die zich dient uit te spreken over de aansprakelijkheidsvordering.²⁷⁰

180. Het standpunt van S. Guiliams kan mijns inziens worden bijgetreden. Uit het cassatiearrest van 10 september 2010 kunnen we niet uitdrukkelijk afleiden dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing is op de wetgevende macht. Het wilt niet zeggen omdat het Hof verwijst naar de zorgvuldigheid dat het daarom expliciet erkent dat het gaat over de bonus pater familias regel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het Hof verwijst niet uitdrukkelijk naar deze grondslag. Het vermeldt art. 1382 BW en art. 1383 BW enkel bij zijn beoordeling dat een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof geen fout impliceert. Bovendien koppelt het Hof de zorgvuldigheid aan het autonoom oordeel door de burgerlijke rechter en niet aan de bonus pater familias regel. Zoals reeds hoger vermeld, kan de zorgvuldigheid zowel bestaan in enge zin als algemeen beginsel behoorlijk bestuur of beginsel van behoorlijke regelgeving en behoort het pas in ruime zin tot het civielrechtelijk zorgvuldigheidscriterium.²⁷¹

181. Volgens de Franse doctrine wordt de wetgever geacht geen hogere norm te schenden. Een zorgvuldige wetgever zou de grondwet niet schenden. Een ongrondwettigheid zou volgens de Franse doctrine bijgevolg altijd gepaard gaan met een fout. Hiermee sluiten zij zich aan bij de redenering van het Hof van Cassatie in het arrest van 13 mei 1982 waar het de eenheid tussen onwettigheid en fout bevestigt en trekken zij deze redenering door naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.²⁷²

182. Het onduidelijk cassatiearrest had tot gevolg dat de doctrine heeft gepoogd een invulling te geven aan de principiële aansprakelijkheid van de wetgever. In het kader van dit onderzoek is het van belang de doctrinaire interpretaties en uitleggingen van het cassatiearrest te evalueren.

²⁶⁷ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS.

²⁶⁸ Cass. 10 september 2010, *CDPK* 2011, 292-298, noot. A. WIRTGEN.

²⁶⁹ Cass. 10 september 2010, *CDPK* 2011, 292-298, noot. A. WIRTGEN.

²⁷⁰ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS.

²⁷¹ *Supra* 24, nr. 75, 76 en 79.

²⁷² Cass. 13 mei 1982, *RCJB* 1984, 19, noot. RO. DALCQ. en Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 28-72. noot. B. DUBUISSON.

183. Bepaalde strekkingen uit de rechtsleer bevestigen het argument dat we niet uit de cassatierechtspraak kunnen afleiden dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing is verklaard op de wetgevende macht. Het Hof velde het arrest van 10 september 2010 met de bedoeling een concreet antwoord te geven op de vraag of de genuanceerde eenheidsleer tussen onwettigheid en fout kon worden doorgetrokken naar een genuanceerde eenheidsleer tussen ongrondwettigheid en fout. Dit zou betekenen dat net zoals bij een onwettige bestuurshandeling ook een ongrondwettige wet automatisch een fout impliceert op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wegens schending van een hogere norm zijnde de grondwet. Het Hof stelde dat de eigen beoordeling van de rechter meer moet inhouden dan louter een verwijzing naar een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof maar het geeft geen invulling aan die eigen beoordeling.²⁷³ Het Hof laat de volledige beoordeling van de fout van de wetgever autonoom over aan de rechter waardoor er nog steeds geen duidelijkheid is of de aansprakelijkheid van de wetgever nu wel gegrond wordt op art. 1382 BW en art. 1383 BW.²⁷⁴

184. E. De Kezel interpreteert de bewoordingen van het Hof in die zin dat een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof niet automatisch een fout kan zijn en bijgevolg geen aansprakelijkheids criterium vormt. Het kan enkel een beoordelingscriterium zijn voor de burgerlijke rechter.²⁷⁵

185. G. Maes ziet wel een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout die verankerd ligt in art. 116 van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Dit betekent volgens G. Maes dat het beginsel van de buitencontractuele aansprakelijkheid na een arrest van het Grondwettelijk Hof moet worden aanvaard.²⁷⁶ Bijgevolg wordt de algemene gelding van de foutaansprakelijkheid voor handelingen van de wetgever een feit. Dit doctrinair standpunt staat recht tegenover de bijzondere wetgever die op grond van de ratio legis van de Bijzondere wet op het Arbitragehof deze vordering uitdrukkelijk heeft afgewezen.²⁷⁷ Volgens G. Maes heeft deze redenering draagkracht verloren omwille van de evolutie inzake de immuniteit van de wetgevende macht en de overheidsaansprakelijkheid. Het zou onhoudbaar zijn om de wetgevende macht als enige macht uit te sluiten van de foutaansprakelijkheid.²⁷⁸

186. Een belangrijke vraag die we ons moeten stellen is de vraag ten gronde waarom het Hof van Cassatie op die manier heeft geoordeeld. Uit de grieven van het arrest valt niet duidelijk af te leiden wat de reden is waarom het Hof een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid niet voldoende acht om een onrechtmatigheid in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW te weerhouden. Het Hof hanteert een verschillend aansprakelijkheidsregime voor de wetgever dan voor het bestuur. Volgens bepaalde auteurs heeft dit te maken met de nood aan een gekwalificeerde

²⁷³ Cass. 10 september 2010, *RW* 2010-2011, 1726-1729, noot P. POPULIER.

²⁷⁴ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot S. GUILIAMS.

²⁷⁵ E. DE KEZEL, "Ongrondwettige norm is geen bewijs van fout wetgever" *Juristenkrant*, afl. 218, 24 november 2010, 3.

²⁷⁶ G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1208-1209.

²⁷⁷ Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2., 41.

²⁷⁸ G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1209.

foutomschrijving ten gevolge van de beleidsvrijheid van de wetgever.²⁷⁹ Volgens andere rechtsleer heeft het eerder te maken met de vraag of de rechter de wet kan toetsen.²⁸⁰ Het beperkt aansprakelijkheidsregime gehanteerd voor de wetgevende macht is moeilijk te verklaren. Het Hof van Cassatie geeft geen verklaring waardoor deze rechtspraak in vraag wordt gesteld. Er is rechtsleer die beweert dat er geen onderscheid is tussen de aansprakelijkheid van de uitvoerende macht en de wetgevende macht en de wetgever net zoals de uitvoerende macht onderworpen is aan de genuanceerde eenheidsleer en aldus aan het tweeledig privaatrechtelijk foutbegrip.²⁸¹

187. Zoals terecht verdedigd in bepaalde rechtsleer, situeert de kern van het probleem zich bij het feit dat de wetgever verantwoording dient af te leggen aan de burgerlijke rechter.²⁸² Het klinkt onlogisch in ons democratisch bestel dat de rechter de wetgevende macht controleert. Bovendien kan de invulling van de fout van de wetgever door een gewone rechter als problematisch worden ervaren. Het is nog steeds de burgerlijke rechter die zich in het kader van het subjectief contentieux zal uitspreken over een fout van de wetgever. Net hier knelt het schoentje.

188. De foutaansprakelijkheid kan mijns inziens niet zonder meer worden verdedigd. Er zijn immers elementen die aantonen dat er enige terughoudendheid is wanneer de wetgever een ongrondwettige wet uitvaardigt. Dit valt enerzijds af te leiden uit de handhavingmogelijkheid in art. 8 Bijz. W. GwH en de mogelijkheid voor het Grondwettelijk Hof om vast te stellen dat er geen redenen zijn om een wetgevende norm te vernietigen ondanks de strijdigheid met de grondwet.²⁸³ De wetgever krijgt in dit geval een nieuwe kans de norm te wijzigen en de rechtmatigheid te herstellen.²⁸⁴ Anderzijds kan dit ook worden afgeleid uit de onbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om zich uit te spreken over een impliciete weigeringsbeslissing van de wetgever. Het al of niet aannemen van een wet behoort tot de soevereiniteit van de wetgever en de wetgever heeft hiervoor de ruimste appreciatiemarge.²⁸⁵ Dit terwijl een extrinsieke lacune in de wetgeving als gevolg van een impliciete weigeringsbeslissing wel een ongrondwettigheid kan uitmaken en toch kan het Grondwettelijk Hof de impliciete weigeringsbeslissing niet vernietigen.²⁸⁶ Hierbij kan er een kritische kanttekening worden gemaakt. Zoals later in het werkstuk zal blijken, is er geen wettelijke basis die het Grondwettelijk Hof expliciet de bevoegdheid toekent een lacune ongrondwettig te verklaren maar is dit algemeen aanvaard door de doctrine.²⁸⁷

189. Mijns inziens betekent de aanvaarding van de mogelijkheid om een lacune ongrondwettig te verklaren dat het eveneens mogelijk moet zijn voor het Grondwettelijk Hof een impliciete

²⁷⁹ W. VERRIJDT, "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever" in A. ALEN en S. ENSOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, Die Keure, 2010, (305) 313.

²⁸⁰ Cass. 10 september 2010, *RW* 2010-2011, 1726-1729, noot P. POPULIER.

²⁸¹ *Supra* 46, nr. 163-164.

²⁸² W. VERRIJDT, "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever" in A. ALEN en S. ENSOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, Die Keure, 2010, (305) 313.

²⁸³ GwH 2 februari 2005, nr. 27/2005.

²⁸⁴ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A. ALEN (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (76) 88.

²⁸⁵ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 74.

²⁸⁶ *Infra* 65, nr. 230.

²⁸⁷ *Infra* 67, nr. 239.

weigeringsbeslissing ongrondwettig te kunnen verklaren. Een extrinsieke lacune zal mijns inziens praktisch altijd de oorzaak zijn van een impliciete weigeringsbeslissing aangezien er in dat geval totaal geen wettelijke norm wordt uitgevaardigd. Bovendien heeft de Raad van State wel de mogelijkheid om een impliciete weigeringsbeslissing uitgaande van het bestuur te vernietigen.^{288 289} Aangezien de rechtsleer meerdere male verwijst naar een gelijkstelling tussen de uitvoerende macht en de wetgevende macht wat betreft overheidsaansprakelijkheid zou er ook wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing een doortrekking kunnen worden verdedigd. Bovendien toont de alsmaar uitdijende bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof en voornamelijk het feit dat het Hof evolueerde van een negatieve wetgever naar een positieve wetgever aan dat het Grondwettelijk Hof terecht de bevoegdheid zou verwerven om zich uit te spreken over een impliciete weigeringsbeslissing uitgaande van de wetgever.²⁹⁰

190. Nog een probleem is het feit dat niet iedereen de artikelen 10 en 11 van de grondwet die in het onderliggend cassatiearrest werden geschonden als specifieke gedragsnormen aanziet.²⁹¹ Uit het cassatiearrest blijkt niet duidelijk wat het criterium is om te bepalen of een rechtsnorm een specifieke gedragsnorm oplegt aan de overheid.²⁹² Volgens bepaalde rechtsleer is het voldoende dat de verplichting om iets te doen of iets niet te doen impliciet gevestigd ligt in de geest van de norm.²⁹³ Volgens P. Populier is het een bijzondere kenmerk van de artikelen 10 en 11 van de grondwet dat deze bepalingen geen specifieke gedragsregel opleggen.²⁹⁴ Deze onduidelijkheid heeft tot gevolg dat in de meerderheid der gevallen geen fout kan worden weerhouden wegens schending van een specifieke norm en daarom overgeschakeld wordt naar een toetsing aan het privaatrechtelijk zorgvuldigheidscriterium dat evenzeer problematisch is.²⁹⁵

191. Het Hof van Cassatie stelde in een arrest van 10 april 2014 dat het aan de burgerlijke rechter toekomt soeverein te oordelen of een wetsbepaling die een termijn weergeeft een schending van een specifieke norm inhoudt. Dit arrest ging echter over de overheid die een termijn uit een bepaling van de stedenbouwwet liet verstrijken. Het betreft een specifieke situatie van niet-naleving van een termijn. De vraag is of we deze redenering mutatis mutandis kunnen doortrekken naar de wetgever en dus naar andere grondwettelijke bepalingen. Dit zou tot gevolg hebben dat de burgerlijke rechter autonoom kan oordelen of de geschonden grondwettelijke bepaling een schending van een specifieke norm impliceert die de wetgever een bepaald gedrag oplegt of verbiedt. Indien de burgerlijke rechter oordeelt van wel staat de fout van de wetgever automatisch vast en is een aanvullende toetsing aan

²⁸⁸ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 340.

²⁸⁹ De Raad van State hanteert bepaalde criteria om te besluiten tot het bestaan van een impliciet afwijzende beslissing. De overheid moet in eerste instantie verplicht zijn te beschikken. Dit moet op een daartoe correct ingediende aanvraag. Vervolgens moet het stilzwijgen van het bestuur langdurig en omstandig zijn. Zie hierbij I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 340.

²⁹⁰ *Supra* 52, nr. 189. en *Infra* 63, nr. 222.

²⁹¹ Dit betreft de problematiek omtrent de invulling van "schending van een bepaling die aan de overheid een bepaalde gedragsnorm oplegt"

²⁹² Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS.

²⁹³ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

²⁹⁴ P. POPULIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever" *RW* 2006-2007, 244.

²⁹⁵ *Supra* 32-34, nr. 108-118.

de zorgvuldigheidnorm niet vereist.²⁹⁶ Als men dit zou doorvoeren, dient er uitdrukkelijk te worden bepaald aan de hand van welke criteria de burgerlijke rechter dit moet bepalen.

192. Het voorgaande wordt gebaseerd op het objectief element uit het privaatrechtelijk foutbegrip zijnde de schending van een specifieke norm die de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout zou impliceren.²⁹⁷ Bepaalde rechtsleer bekritiseert deze redenering en verwijst hiervoor naar een arrest van 28 september 2006 dat het ophefmakend arrest van 10 september 2010 voorafging.²⁹⁸ Wanneer de wetgevende macht een recht aantast vastgelegd in een hogere norm, dient de rechter waarbij de aansprakelijkheidsvordering is ingesteld na te gaan of de wetgevende macht op passende wijze zijn opdracht heeft uitgevoerd.²⁹⁹ Uit deze bewoordingen kan volgens de rechtsleer worden afgeleid dat het Hof van Cassatie een nieuw foutbegrip hanteert en afstand neemt van het foutbegrip gehanteerd voor fouten van de uitvoerende macht. Het Hof zou een ander foutbegrip hanteren dan deze die volgens een groot deel van de rechtsleer wordt gehanteerd. Het betreft hier immers geen toetsing aan een zorgvuldig optreden of schending van een specifieke rechtsnorm *sensu stricto* maar het gaat over de appreciatiemarge in het nemen van passende maatregelen om de grondwet te waarborgen.³⁰⁰ Het Hof van Cassatie is ook op dit aspect niet concreter ingegaan in zijn arrest van 10 september 2010 en slaat een andere weg in door een autonoom oordeel over te laten aan de burgerlijke rechter terwijl het in zijn arrest van 28 september 2006 een concreet specifiek foutbegrip hanteert.

193. Ook op cassatie 28 september 2006 was er heel wat kritiek in de rechtsleer. Een eerste doctrinaire kritiek was dat het gespecificeerd foutbegrip onverzoenbaar was met eerdere bewoordingen van het Hof op grond waarvan het moet gaan om een norm die de wetgever een bepaalde plicht oplegt iets te doen of niet te doen. Een tweede punt van kritiek was dat het Hof van Cassatie teveel ruimte liet aan de feitenrechter om te oordelen of de wetgever de passende maatregelen heeft genomen om het recht weergegeven in een hogere norm te waarborgen. Het Hof gaf geen enkel criterium weer om de grenzen van de feitenrechter te bepalen.³⁰¹ Volgens critici laat het Hof toe dat een burgerlijke rechter een opportuniteitscontrole uitvoert op het verzuim van de wetgever en wordt er op die manier een volledige toetsing toegelaten.³⁰² Dit kan niet worden doorgevoerd in het licht van de appreciatievrijheid van de wetgever waardoor een marginale toetsing van het wetgevend optreden zich opdringt.³⁰³ De rechtsleer concludeert dat Het Hof van Cassatie ongemotiveerd afstand nam van het foutbegrip dat gehanteerd werd voor fouten van de uitvoerende macht.³⁰⁴

²⁹⁶ Cass. 10 april 2014, C.11.0797.n/1.

²⁹⁷ *Supra* 13, nr. 34.

²⁹⁸ Het cassatiearrest van 28 september 2006 werd aanzien als een arrest dat veel stof deed opwaaien aangezien dit arrest volgens bepaalde rechtsleer leidt tot een vergaande rechterlijke toetsing van de wetgevende macht. Zie hierbij H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid" in M. VAN QUICKENBORNE en H. VANDENBERGHE, (eds.), *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. 2000-2008*, TPR 2010, (2013) 2083.

²⁹⁹ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320.

³⁰⁰ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

³⁰¹ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

³⁰² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 257.

³⁰³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 257.

³⁰⁴ Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot. E. MAES.

194. Mijn inziens is het problematisch dat de rechter een volledige toetsing zou kunnen doorvoeren met betrekking tot het wetgevend handelen. De Raad van State heeft in het kader van de toetsing van bestuurshandelingen ook slechts een marginale toetsing.³⁰⁵ De rechtsleer hanteert vaak het argument van de geëvolueerde overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de uitvoerende macht om te verdedigen dat de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever de volgende stap is.³⁰⁶ Het is onlogisch en tegenstrijdig om voor de opportuniteitscontrole wel een onderscheid te maken tussen de wetgevende handeling en de bestuurshandeling. Bovendien zou het bij een eventueel onderscheid onbillijk zijn om voor de wetgever een volledige toetsing te laten doorvoeren. De kern van het probleem ligt immers al in het loutere feit dat de burgerlijke rechter zich in het subjectief contentieux uitspreekt over een fout van de wetgever. Als dit oordeel dan ook nog eens een opportuniteitsoordeel zou zijn, zou dit een volledige aantasting betekenen van de appreciatievrijheid van de wetgever. Dit zou toch wel een brug te ver zijn in ons democratisch bestel waar de wetgever nog altijd een bijzondere rol heeft in het behartigen van het algemeen belang. Volgens H. Vandenberghe mengt de rechter zich niet in de wetgevende functie en het politiek proces van de totstandkoming van wetten maar voldoet hij enkel aan zijn opdracht om burgerlijke rechten te beschermen in de zin van art. 144 en art. 145 van de grondwet.³⁰⁷ Een gewone rechter mag dus volgens deze auteur oordelen over het foutieve karakter van een handelswijze uitgaande van de wetgever die schade heeft veroorzaakt.³⁰⁸ Mijns inziens kan dit standpunt niet worden bijgetreden in het geval het om een ongrondwettigheid gaat. Bij een ongrondwettigheid is er immers geen zekerheid dat de rechter zich zal beperken tot de bescherming van subjectieve rechten. Er is bovendien geen garantie dat hij zich niet impliciet zal uitspreken over de ongrondwettigheid en aldus zijn bevoegdheid uit art. 144 GW te buiten gaat aangezien het zich op het pad van het objectief contentieux begeeft.

5.2.1.2 Het recent cassatiearrest van 30 april 2015³⁰⁹

195. De recentste stap die werd gezet in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever is het cassatiearrest van 30 april 2015. Dit arrest wordt voor het eerst geannoteerd als bijlage waardoor de uiteenzetting onder deze paragraaf zich beperkt tot een algehele samenvattende conclusie.

196. Naar mijn mening is dit cassatiearrest nog geen doorbraak van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wanneer de wetgever een wet uitvaardigt in strijd met de grondwet. Hetgeen het Hof van Cassatie in zijn arrest van 30 april 2015 doet, is een extra modaliteit toevoegen aan de eenheid tussen onwettigheid en fout. Een wetgever die een wet uitvaardigt en hiermee een hogere norm schendt zijnde een verdragsbepaling maakt pas een fout wanneer er voldaan is aan twee voorwaarden. De norm moet een specifiek verbod of gebod opleggen aan de wetgever en de burgerlijke rechter moet in het kader van de aansprakelijkheidsvordering onderzoek voeren naar de

³⁰⁵ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VAN DE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1189-1190.

³⁰⁶ *Supra* 47, nr. 166 en *supra* 35, nr. 120.

³⁰⁷ H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid" in M. VAN QUICKENBORNE en H. VANDENBERGHE, (eds.), *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. 2000-2008*, TPR 2010, (2013) 2084.

³⁰⁸ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", CDPK 2010, 370.

³⁰⁹ Zie bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.12.0637.F.

aanwezigheid van de bestanddelen uit het privaatrechtelijk foutbegrip. Een arrest van het Hof van Justitie is bijgevolg niet automatisch een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De eenheidsleer tussen onwettigheid en fout wordt opnieuw genuanceerd waarmee dit cassatiearrest de eerdere arresten van 26 juni 1998 en 10 april 2014 opvolgt.³¹⁰ Het Hof baseert zich bijgevolg op een onwettigheid zijnde de situatie waarbij de wetgever een verdragsbepaling schendt. Het Hof zwijgt over de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt waardoor de onduidelijkheden die zich hebben gemanifesteerd na het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010 waar het een schending van grondwetsbepalingen betrof onopgelost blijven.³¹¹

197. Dit cassatiearrest vormt een vervolg op de arresten van 26 juni 1998 en 10 april 2014 waar er telkens modaliteiten werden toegevoegd aan de eenheid tussen onwettigheid en fout.³¹² Het Hof van Cassatie blijft onduidelijk over de fout van de wetgever wanneer deze fout een ongrondwettigheid betreft. Er kan geconcludeerd worden dat de cassatierechtspraak in het algemeen geen sterk argument kan vormen om de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout te verdedigen waardoor het privaatrechtelijk foutbegrip zonder meer zou kunnen worden toegepast op de wetgevende macht op de zelfde wijze als op de uitvoerende macht. Dit recent cassatiearrest geeft dus niet weer waar het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever eigenlijk nood aan heeft. Het zou beter geweest zijn als het Hof zich specifiek zou hebben uitgesproken over de situatie van een ongrondwettigheid en hoe de principiële aansprakelijkheid van de wetgever er in dat geval er zou moeten uitzien. Er is in de toekomst nood aan een cassatiearrest die het onduidelijk arrest van 10 september 2010 opvolgt waar het een situatie betrof van een ongrondwettigheid en de beoordeling werd overgelaten aan het autonoom oordeel van de burgerlijke rechter. Dit verdient nadere invulling die niet uit het recent cassatiearrest van 30 april 2015 kan worden afgeleid.³¹³

5.2.1.3 Tussenconclusie

198. Gelet op de onduidelijke en vage redeneringen van het Hof van Cassatie en het feit dat de overheidsaansprakelijkheid zich evolueerde in deze cassatierechtspraak, kan de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid mijns inziens geen sterk argument vormen om de foutaansprakelijkheid in hoofde van de wetgever te verdedigen. Enkel de evolutie met betrekking tot een onwettigheid is duidelijk. In de situatie van een ongrondwettigheid wordt er enkel op een twijfelachtige, tegenstrijdige en vage manier geredeneerd in de cassatierechtspraak.

5.2.2 Evolutie Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof

199. Bepaalde strekkingen zien de evolutie van het Arbitragehof naar een Grondwettelijk Hof als een argument ter verdediging van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten in hoofde van de wetgever.

³¹⁰ *Supra* 10, nr. 16-17, *Supra* 8, nr. 7. en *Supra* 46, nr. 162.

³¹¹ *Supra* 35, nr. 119 en *Supra* 47-54, nr. 168 tot 192.

³¹² Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28. en Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N.

³¹³ *Supra* 55-56, nr. 196-198.

5.2.2.1 Het Grondwettelijk Hof, een sterke macht?

200. Het Arbitragehof ontwikkelde zich tot een volwaardig Grondwettelijk Hof.³¹⁴ Zowel de Grondwet als de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof zwijgen echter over de eigenlijke functie van het Grondwettelijk Hof. Er bestaat discussie in de doctrine of het Hof tot de rechterlijke macht behoort of dat het eerder aanleunt bij de wetgevende macht.³¹⁵

201. Het Grondwettelijk Hof is een belangrijke speler aangezien de constatering van het Grondwettelijk Hof aanleiding kan geven tot een fout van de wetgever. Volgens G. Maes verklaart de uitbreiding van het aantal referentienormen het belang van het leerstuk rond de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.³¹⁶ P. Van Ommeslaghe en J. Verbist spraken zich een advies uitvoerig uit over de vraag of een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof automatisch een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW moet impliceren. Het Hof van Cassatie is in zijn rechtspraak omtrent de overheidsaansprakelijkheid nooit concreet ingegaan op de band met de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof terwijl dit toch vervlochten ligt met de beoordeling van het foutbegrip.³¹⁷

202. In een opiniestuk van 8 juni 2015 bevestigde politicoloog B. Maddens dat het huidige Grondwettelijk Hof kan worden aanzien als het machtigste parlement van België. Bij de oprichting van het Arbitragehof had men destijds beslist dat het Arbitragehof zich enkel mocht uitspreken over bevoegdheidsconflicten en niet over belangenconflicten. Door de extra referentienorm van de "federale loyauté" sedert de zesde staatshervorming is het voor het Hof niet meer mogelijk zich enkel te baseren op formeel-juridische gronden maar is een politieke afweging noodzakelijk.³¹⁸

203. Het draait dus om het feit dat het Arbitragehof zich oorspronkelijk niet op het politiek terrein mocht begeven hetgeen het Grondwettelijk Hof nu wel kan doen. Bovendien kan dit ook worden afgeleid uit de sterk politieke samenstelling van het Hof waarvan de helft van de leden gewezen politici zijn. Wat betreft de samenstelling van het Grondwettelijk Hof pleitte E. Maes recent voor een meer diverse samenstelling van het Grondwettelijk Hof.³¹⁹ Met zijn opiniestuk wilt B. Maddens mijns inziens aantonen dat het Grondwettelijk Hof niet meer beschouwd kan worden als een onderdeel van de rechterlijke macht. Hij sluit zich hiermee aan bij de doctrinaire strekking die het Hof eveneens ziet als een instantie aanleunend bij de wetgevende macht.³²⁰ Mijns inziens kan deze strekking worden gevolgd gelet op de afzonderlijke afdeling voor het Grondwettelijk Hof in de grondwet los van de afdeling van de rechterlijke macht.³²¹

³¹⁴ H. BATAILLE en G. PAEMEN, "Het arbitragehof: een volwaardig Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 1986-1987, 499-526.

³¹⁵ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 1-5.

³¹⁶ G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1208-1209.

³¹⁷ Adv. 52 1627/001 bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, 19 september 2008.

³¹⁸ MADDENS. B. , "Het machtigste parlement van België", <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/opinieblog/opinie/1.2361963>, (consultatie: 8 juni 2015) en P. POPULIER, "Het Grondwettelijk Hof: Belgische restauratie noch Vlaams voorvechterschap" *Juristenkrant*, afl. 312, 13, 2015, 13.

³¹⁹ De samenstelling van het Hof is niet mee geëvolueerd met de uitbreiding van zijn bevoegdheden. Zie hierbij R. BOONE, "Een diverser Grondwettelijk Hof voor meer legitimiteit en kwaliteit" onuitg. opgenomen in *jura*, 25 februari 2016.

³²⁰ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 9-12.

³²¹ Art. 141 GW tot art. 143 GW.

204. Het Hof is volgens B. Maddens een onrechtstreeks verkozen parlement die een vetorecht bezit tegenover wetgeving. Hij wijst bijgevolg op de sterke macht die het Grondwettelijk Hof heeft verworven naar aanleiding van de evolutie tot een volwaardig Grondwettelijk Hof. Deze "politisering" kan mijns inziens een invloed hebben op het antwoord op de onderzoeksvraag. Het feit dat het Grondwettelijk Hof zich op het politiek terrein kan begeven, betekent dat het dichter bij de wetgevende macht staat als in eerste instantie wordt gedacht.

205. Wanneer er wordt aanvaard dat een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof automatisch een fout van de wetgever impliceert, betekent dit dat het Grondwettelijk Hof zich uitspreekt over de fout van de wetgever terwijl hij zelf onderdeel uitmaakt van de wetgevende macht. De burgerlijke rechter kan zich pas uitspreken over de overheidsaansprakelijkheid na een arrest van het Grondwettelijk Hof. H. Vandenberghe concludeert in dit verband terecht dat de burgerlijke rechter geen schadevergoeding kan toekennen in het geval het Grondwettelijk Hof een strijdigheid met de grondwet niet kan sanctioneren. Deze constatering vindt steun in het risico op impliciete toetsing aan de grondwet en het monopolie van het Grondwettelijk Hof om wetten te toetsen aan de Grondwet. Hier situeert zich het onderscheid tussen de toetsing aan de grondwet en de toetsing aan verdragsbepalingen. Bij een schending van een verdragsbepaling kan de burgerlijke rechter wel een schadevergoeding toekennen aan de benadeelde onder voorbehoud van de nuancerings ingevoerd door de cassatierechtspraak.^{322 323} Dit vormt mijns inziens een element om een onderscheid te zien tussen onwettigheid en ongrondwettigheid hetgeen de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout bemoeilijkt. Aangezien een rechter niet expliciet en evenmin impliciet mag toetsten aan de grondwet, is het een risico om aan te nemen dat de burgerlijke rechter op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW een schadevergoeding mag toekennen wegens een wet die strijdig is met de grondwet. Enkel wanneer er een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof is, kan dit mogelijk zijn aangezien de burgerlijke rechter zich dan niet uitspreekt over de "fout" van de wetgever maar zich enkel baseert op de constatering door het Grondwettelijk Hof om het foutbegrip uit art. 1382 BW en 1383 BW in te vullen.

206. Samenvattend zijn er mijns inziens twee pijnpunten:

1. De burgerlijke rechter kan enkel probleemloos toetsen aan het foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer er een vernietigingsarrest is van het Grondwettelijk Hof die de ongrondwettigheid constateert of wanneer de wetgever niet een grondwetsbepaling maar een andere hogere norm heeft geschonden zoals bijvoorbeeld een verdragsbepaling.
2. De evolutie van het Arbitragehof naar het Grondwettelijk Hof resulteerde in het feit dat het Grondwettelijk Hof zich vaak op politiek terrein begeeft en niet meer zijn beoordeling kan gronden op enkel juridisch-formele elementen waardoor dit de gevoeligheid vergroot ten aanzien van de redenering dat een vastgestelde ongrondwettigheid automatisch een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert.

³²² H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 372.

³²³ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320., Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N. en Cass. 30 april 2015, C.120637.F. Zie hierbij ook *Supra* 54, nr. 193 en bijlage 8.1, noot onder cass. 30 april 2015, C.12.0637.F.

207. Deze pijnpunten kunnen een argument vormen om de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout te verwerpen. P. Van Ommeslaghe en J. Verbist stellen in hun advies terecht vast dat het individuele belang de bovenhand zou nemen over het algemeen belang wanneer men zou aanvaarden dat elk vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof meteen de mogelijkheid tot civielrechtelijke aansprakelijkheid zou impliceren. De wetgevende taak zou worden ondergraven en de beleidsruimte van de wetgever wordt sterk ingeperkt. Het advies pleit voor een onderscheid tussen de vaststelling van de fout en de herstelkans via gerechtelijke weg. Dit kan bereikt worden door de mogelijkheden die er zijn voor het Grondwettelijk Hof om een wet niet te vernietigen maar een bepaalde termijn op te leggen waarbinnen de wetgever de ongrondwettigheid kan herstellen of de lacune kan opvullen.³²⁴ In het kader van de overheidsaansprakelijkheid lijkt dit mij de juiste oplossing. Wanneer de vaststelling van de fout van de wetgever en de mogelijkheid tot herstellingsvordering van elkaar worden gescheiden, zullen hogergenoemde pijnpunten geen probleem meer vormen. De fout van de wetgever zijnde de ongrondwettigheid staat los van de vordering tot schadevergoeding en de discussie omtrent de eenheidstheorie is opgelost. Mijns inziens betekent een fout van de wetgever ook niet automatisch een fout in de zin van het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Het Hof van Cassatie koppelde in zijn rechtspraak van 10 september 2010 expliciet los van het privaatrechtelijk foutbegrip. Ook het recent cassatiearrest van 30 april 2015 valt mijns inziens niet in die zin te interpreteren dat een fout van de wetgever automatisch een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert. De wetgever die een ongrondwettige wet uitvaardigt, handelt onrechtmatig en er kan gesteld worden dat de wetgever bijgevolg een fout maakt, maar waarom zou het automatisch gekoppeld moeten worden aan een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW? Mijns inzien kunnen de argumenten uit het advies van J. Verbist en P. Van Ommeslaghe worden verdedigd. Een wet ontstaat omdat het parlement hier een pertinent algemeen belang mee beoogt los van het feit dat de wet een ongrondwettigheid impliceert. Het is de specifieke taak van de wetgever om een compromis te bewerkstelligen tussen politieke, economische en sociale overwegingen. Het gaat om opportuiniteitskeuzes en de uitvoering van het regeringsprogramma. Dit compromis kan niet zomaar aan het oordeel van de burgerlijke rechter worden toegekend in het kader van de aansprakelijkheidsvordering. Het zou mijns inziens haaks staan met het idee achter een democratische rechtstaat.

208. Vanuit Rechtsvergelijkend perspectief kennen het Engelse en het Duitse rechtssysteem geen eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.³²⁵ Dit kan worden afgeleid uit het feit dat ondeugdelijke wetgeving in deze rechtssystemen geen grondslag oplevert tot aansprakelijkheid.³²⁶

³²⁴ Adv. 52 1627/001 bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, 19 september 2008, 35.

³²⁵ Het Engelse recht houdt nog steeds sterk vast aan de "*Parliamentary sovereignty*" waardoor er een principe geldt dat de wetgever onverantwoordelijk is. Zie hierbij Adv. 52 1627/001 bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, 19 september 2008, 9.

³²⁶ Adv. 52 1627/001 bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, 19 september 2008, 18.

5.2.2.2 Vernietigingsarrest vs. prejudiciële vraagstelling

209. Het Grondwettelijk Hof heeft op grond van art. 142, 2° GW en art. 1 Bijz. W. GwH. de exclusieve bevoegdheid om een wet te vernietigen wegens strijdigheid met de grondwet.³²⁷ Een vernietigingsarrest heeft op grond van art. 9 Bijz. W. GwH. een absoluut gezag van gewijsde erga omnes en de gevolgen werken retroactief waardoor de vernietigde wetgevende norm wordt geacht nooit te hebben bestaan.³²⁸ ³²⁹ De retroactieve verdwijning is een fictie omdat de vernietigde norm in het verleden reeds rechtsgevolgen heeft teweeg gebracht voor de rechtssubjecten. Dit was de aanleiding voor de handhavingsmogelijkheid in art. 8, 3° lid Bijz. W. GwH.³³⁰ Een wet wordt ongrondwettig verklaard en vernietigd maar desondanks kan het Grondwettelijk Hof bepalen welke rechtsgevolgen gehandhaafd moeten blijven.³³¹ De handhavingsmogelijkheid heeft een invloed op de staatsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever aangezien het onmogelijk is een aansprakelijkheidsvordering in te stellen gedurende de handhavingsperiode.³³² Volgens de rechtsleer zal het Grondwettelijk Hof minder terughoudend zijn om een norm effectief ongrondwettig te verklaren omdat het sowieso de mogelijkheid heeft in het kader van de rechtszekerheid bepaalde gevolgen van een bestreden norm te handhaven. Zonder de handhavingsmogelijkheid bestaat het risico dat een ongrondwettige norm niet wordt vernietigd en blijft bestaan in de rechtsorde omdat de kans bestaat dat het Grondwettelijk Hof minder snel een norm ongrondwettig zal verklaren.³³³

210. Volgens H. Vuye kan de redenering uit het cassatiearrest dd. 13 mei 1982 over de draagwijdte van vernietigingsarresten van de Raad van State worden doorgetrokken naar vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof waardoor een vernietigingsarrest automatisch een fout in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW impliceert.³³⁴ Indien er een handhavingsbeslissing is genomen kan er gedurende deze termijn geen aansprakelijkheidsvordering worden ingesteld.³³⁵

211. Het Grondwettelijk Hof is eveneens exclusief bevoegd uitspraak te doen over een prejudiciële vraagstelling op grond van art. 26 Bijz. W. GwH. Een prejudicieel arrest heeft een beperkt gezag van gewijsde in de zin van art. 28 Bijz. W. GwH.³³⁶ De ongrondwettige norm dient nog steeds te worden toegepast en verdwijnt niet uit de rechtsorde. Het Grondwettelijk Hof stelt enkel vast dat de norm ongrondwettig is maar de norm blijft bestaan. Enkel de rechter die een oordeel dient te vellen in de

³²⁷ De vernietigingsprocedure staat omschreven in art. 8 Bijz. W. GwH.

³²⁸ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 350.

³²⁹ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 361.

³³⁰ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 350.

³³¹ S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom, het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-2012, 1231.

³³² Een aansprakelijkheidsvordering zou het nut van de handhavingsmogelijkheid teniet doen. De handhavingsperiode is de periode waarin de rechtsgevolgen van de bestreden norm gehandhaafd blijven en de wetgevende handelingen een geldende grondslag krijgen ondanks het feit dat ze hebben geleid tot een ongrondwettige norm. Zie hierbij S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom, het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-2012, 1231.

³³³ S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom, het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-2012, 1239.

³³⁴ 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, (125)196-199.

³³⁵ S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom, het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-2012, 1239-1240.

³³⁶ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 361.

desbetreffende zaak is gebonden door het prejudicieel arrest en moet de norm buiten toepassing laten.³³⁷ Buiten deze zaak is er in het Belgisch rechtssysteem geen algemene mogelijkheid voor een rechter om een wet buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet.³³⁸

212. Bepaalde rechtsleer ziet in art. 26 § 2, 2^o een grondslag om een ongrondwettig bevonden norm buiten toepassing te laten.³³⁹ De rechtsleer ervaart het in het kader van de rechtszekerheid als problematisch dat een rechter een ongrondwettige norm niet buiten toepassing zou kunnen verklaren na vaststelling van ongrondwettigheid bij prejudicieel arrest.³⁴⁰ Er is immers steun voor te vinden vanuit de rechtsvergelijking. In het Duitse rechtstelsel en het Italiaanse rechtstelsel is het mogelijk om een ongrondwettig bevonden norm erga omnes buiten toepassing te laten.^{341 342}

213. Voor bestuurshandelingen is dit in het Belgisch recht letterlijk verwoord in art. 159 GW. Dit vormt de exceptie van illegaliteit en geeft de burgerlijke rechter de bevoegdheid om een administratieve overheid aansprakelijk te stellen wegens een onrechtmatige daad uit art. 159 GW. Het vormt een zijdelingse vorm van rechtsbescherming aangezien het geen autonome vordering is. Via art. 159 GW moet de rechter een verordening of besluit van de administratieve overheid buiten toepassing laten wegens strijdigheid met de wet of de grondwet.³⁴³ Enkel een verordening of besluit uitgaande van een administratieve overheid kan dus buiten toepassing worden verklaard wegens strijdigheid met de grondwet.³⁴⁴

214. Een wet die strijdig is met de grondwet kan niet buiten toepassing worden verklaard op grond van de a contrario redenering uit art. 159 GW. Naar mijn mening kan dit ook niet op grond van art. 26, § 2, 2^o Bijz. W. GwH. In deze bepaling staat niet letterlijk verwoord dat de rechter de mogelijkheid heeft een ongrondwettige wet buiten toepassing te verklaren. De bepaling geeft enkel de gevallen weer waarbij de rechter niet verplicht is een prejudiciële vraag te stellen. Bovendien toont het feit dat auteurs pleiten voor een analoge bepaling zoals art. 159 GW aan dat er geen analoge bepaling bestaat. Het enige wat men uit de bepaling kan afleiden, is dat de rechter zich op een eventueel eerder grondwettigheidsonderzoek van het Grondwettelijk Hof mag baseren om een oordeel te vormen in het bodemgeschil.³⁴⁵

³³⁷ Art. 28 Bijz. W. GwH.

³³⁸ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 352.

³³⁹ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 352.

³⁴⁰ Dit vormt enkel een probleem in het geval een ongrondwettigheid is vastgesteld bij prejudicieel arrest. Wanneer de ongrondwettigheid wordt vastgesteld bij vernietigingsarrest speelt dit probleem niet aangezien de rechtsnorm dan retroactief uit de rechtsorde verdwijnt en de vernietiging erga omnes geldt waardoor elke rechter of overheid de bestreden norm niet meer kan toepassen aangezien ze retroactief uit de rechtsorde is verdwenen.

³⁴¹ Art. 82 § 1, art. 13, 11^o en art. 78 Bundesverfassungsgesetz.

³⁴² Art. 136 legge costituzionale.

³⁴³ De "wetten" zoals bepaald in art. 159 GW slaan niet enkel op formele wetten maar op alle hogere rechtsnormen waaraan een besluit of verordening onderworpen is en mee in overeenstemming dient te zijn. Hieronder ressorteert dus ook de grondwet. Zie hierbij J. THEUNIS, "De exceptie van onwettigheid: op zoek naar een verloren evenwicht" *TBP* 2011, 263.

³⁴⁴ Art. 159 GW is een bepaling van openbare orde waardoor de rechter verplicht is de onwettige verordening of het onwettig besluit buiten toepassing te laten zelfs in het geval geen van de partijen de exceptie opwerpt. Zie hierbij A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VAN DE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1033.

³⁴⁵ Hierbij is er een zekere appreciatiemarge in het bepalen of de vooropgestelde vraag al dan niet een identiek onderwerp heeft als het onderwerp waarover het Grondwettelijk Hof reeds grondwettigheidsonderzoek deed.

215. Indien art. 26 § 2, 2° Bijz. W. GwH een grondslag vormt om een ongrondwettige norm buiten toepassing te laten, staat dit haaks met de a contrario redenering uit art. 159 GW. Een gewone rechter is niet bevoegd een wet buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet. Een rechter is enkel bevoegd provinciale en plaatselijke besluiten of verordeningen buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet. Enkel indien er een analoge bepaling zoals art. 159 GW zou worden ingevoerd, kan een rechter een ongrondwettige wet buiten toepassing laten. Bovendien moet deze bepaling mijns inziens in de grondwet staan onder de afdeling van de rechterlijke macht. Een andere optie zou zijn om het huidige art. 159 GW aan te passen waardoor de a contrario redenering kan worden verlaten.³⁴⁶

216. Een mogelijke verklaring waarom men voor een analoge bepaling zoals art. 159 GW pleit, kan mijns inziens worden gezocht bij het feit dat de handhavingsmogelijkheid zoals in art. 8 Bijz. GwH. in principe niet mogelijk is bij een prejudicieel arrest. Er is geen wettelijke basis om de gevolgen van de bestreden norm vastgesteld bij prejudicieel arrest te handhaven. Dit heeft tot gevolg dat het Hof terughoudend kan zijn bij het antwoord op een prejudiciële vraag aangezien de rechtsgevolgen niet kunnen worden gehandhaafd hetgeen problematisch kan zijn voor de rechtszekerheid. Een rechtssubject kan reeds rechten hebben ontleend aan een wettelijke bepaling en creëert verwachtingen over bepaalde rechtsgevolgen die de norm teweeg brengt. De rechtsgevolgen kunnen niet worden gehandhaafd wegens gebrek aan handhavingsmogelijkheid bij prejudiciële arresten. Dit kan een reden zijn voor het Grondwettelijk Hof de norm niet ongrondwettig te verklaren aangezien dit vergaande gevolgen kan hebben voor de partijen die reeds rechten hebben ontleend.³⁴⁷

217. Het is opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof in zijn rechtspraak de rechtsgevolgen van een bestreden norm heeft gehandhaafd terwijl die ongrondwettigheid werd vastgesteld bij prejudicieel arrest.³⁴⁸ Het Grondwettelijk Hof had hier geen wettelijke basis voor aangezien art. 8 Bijz. W GwH enkel geldt voor ongrondwettige normen vastgesteld bij vernietigingsarrest. Als er een analoge bepaling zoals art. 8 Bijz. GwH. komt, kunnen ook de rechtsgevolgen van een bestreden norm gehandhaafd blijven wanneer deze norm ongrondwettig wordt verklaard bij prejudicieel arrest. Het Grondwettelijk Hof hoeft zich bijgevolg niet meer terughoudend op te stellen bij het beantwoorden van de prejudiciële vraag aangezien het de gevolgen van een ongrondwettigheid kan handhaven.

218. Naast de belanghebbenden partijen die reeds rechten hebben ontleend aan de wettelijke norm zijn er ook partijen die nadeel ondervinden aan het feit dat een bestreden norm in strijd is met de grondwet en desondanks op hen toepasselijk blijft. Zo kunnen zij op basis van een ongrondwettige norm tot iets verplicht worden terwijl de bestreden norm eigenlijk in strijd is met de grondwet. Voor deze partijen is het van belang dat de bestreden norm buiten toepassing kan worden verklaard. In dergelijke situatie is het noodzakelijk dat de ongrondwettige bepaling door de gewone rechter toch buiten toepassing kan worden verklaard los van het oordeel van het Grondwettelijk Hof.

³⁴⁶ Dergelijke wijzigingen of aanvullingen van de grondwet vergen echter wel een aanpassing van de grondwet dat aan de bijzondere procedure uit art. 195 GW onderworpen is.

³⁴⁷ Indien een norm ongrondwettig wordt verklaard, blijft de norm wel bestaan in de rechtsorde wegens het relatief gezag van gewijsde van een prejudicieel arrest maar de rechter bij de onderliggende zaak is op grond van art. 28 Bijz. GwH. gebonden door het prejudicieel arrest waardoor de rechten van de partijen in die zaak kunnen worden aangetast.

³⁴⁸ GwH 8 juli 1993, nr. 56/93.

219. Een belangenafweging dringt zich op. Enerzijds is er het belang van rechtszekerheid aan de zijde van de rechtssubjecten die reeds rechten hebben ontleend aan de bestreden norm. Anderzijds is er het belang van rechtsherstel en schadevergoeding aan de zijde van benadeelden die schade hebben opgelopen ten gevolge van de bestreden norm en een aansprakelijkheidsvordering wensen in te stellen voor fouten van de wetgever.

220. Voor belanghebbenden die schade hebben opgelopen ten gevolge van een ongrondwettige norm is het nadelig wanneer een rechter geen overheidsaansprakelijkheid kan vaststellen via een analoge bepaling zoals art. 159 GW. Door het gebrek aan handhavingsmogelijkheid voor prejudiciële arresten stelt het Grondwettelijk Hof zich terughoudend op en zal het vaak negatief antwoorden op de prejudiciële vraag. De wet die behept is met een ongrondwettigheid blijft volgens het Grondwettelijk Hof rechtsgeldig. De gewone rechter is verplicht deze toe te passen en kan ze zelf niet buiten toepassing laten. Voor deze benadeelde partijen kan er geconcludeerd worden dat een analoge bepaling zoals art. 159 GW wenselijk is.

221. Bijgevolg kan er geargumenteed worden dat de noodzakelijkheid van een analoge bepaling zoals art. 159 GW afhankelijk is van het resultaat van de belangenafweging. Enerzijds zijn er de belangen van de partijen die reeds rechten hebben ontleend aan een ongrondwettige norm waarbij afbreuk wordt gedaan aan het rechtszekerheidsbeginsel indien de bestreden norm wegens ongrondwettigheid buiten toepassing wordt verklaard. Hiertegenover spelen de belangen van de benadeelden partijen die schade hebben opgelopen ten gevolge van een ongrondwettige norm die op hen van toepassing werd verklaard en een aansprakelijkheidsvordering wensen in te stellen voor fouten van de wetgever. Voor hen is het van belang dat de norm buiten toepassing wordt verklaard.

222. Door een analoge bepaling zoals art. 159 GW in te voeren, krijgt de gewone rechter de bevoegdheid een wet buiten toepassing te verklaren wegens strijdigheid met de grondwet zonder dat hij afhankelijk is van het oordeel van het Grondwettelijk Hof. Mijns inziens zou het contradictorisch zijn het Grondwettelijk Hof op die manier buiten spel te zetten. Het staat immers haaks met de als maar uitdijende bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Het Arbitragehof evolueerde tot een volwaardig Grondwettelijk Hof en zelfs tot een positieve wetgever in die zin dat het ook lacunes in de wetgeving mag opvullen. De bedoeling van de bijzondere wetgever is er net in gelegen het Grondwettelijk Hof steeds meer bevoegdheden toe te kennen.³⁴⁹

223. Algemeen gesteld is een analoge bepaling zoals art. 159 GW moeilijk verdedigbaar in het licht van het beginsel van de rechtszekerheid. Een analoge bepaling zoals art. 8 Bijz. W. GwH. om een handhavingsmogelijkheid in te voeren na een prejudicieel arrest kan deze moeilijkheid niet oplossen. Dit biedt nog steeds geen volledige bescherming voor de rechtszekerheid aangezien de partijen die reeds rechten hebben ontleend aan de desbetreffende norm enkel gedurende de handavingsperiode beschermd zijn.

³⁴⁹ H. BATAILLE en G. PAEMEN, "Het arbitragehof: een volwaardig Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 1986-1987, 499-526.

224. Bovendien kan er getwijfeld worden aan de effectieve noodzakelijkheid van een analoge bepaling zoals art. 159 GW. Er heerst in de doctrine immers een strekking die stelt dat de exceptie van onwettigheid ook zou kunnen worden toegepast wanneer art. 159 GW niet zou hebben bestaan. Zij leiden dit af uit andere grondwetsbepalingen die de toepassing van de exceptie van onwettigheid onweerlegbaar zouden impliceren en uit de cassatierechtspraak die het als algemeen rechtsbeginsel zou hebben erkend.³⁵⁰ Naar mijn mening kan deze redenering niet worden doorgetrokken naar de buitentoepassing-verklaring van een wet wegens strijdigheid met de grondwet aangezien het Hof van Cassatie zich hierover niet heeft uitgesproken. Er is bijgevolg geen algemeen beginsel dat de rechter een wet buiten toepassing moet laten wegens strijdigheid met de grondwet. Dit gelet op de verschillende machtsverhoudingen.³⁵¹ Bovendien kan mijns ziens ook het gevaar van de impliciete toetsing aan de grondwet hierbij een rol spelen.³⁵²

225. Er kan geconcludeerd worden dat er geen analoge bepaling zoals art. 159 GW bestaat om wetgevende normen buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met de grondwet. Er is zowel geen letterlijke analoge bepaling als geen algemeen beginsel die de rechter toelaat een ongrondwettige wet buiten toepassing te laten. Het is naar mijn mening moeilijk verdedigbaar een dergelijke analoge bepaling in te voeren. De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever afleiden uit een analoge bepaling zoals art. 159 GW is bijgevolg geen goede oplossing.

5.2.2.3 Wet in strijd met de grondwet vs. lacune leges

226. In het kader van dit onderzoek kan men zich de vraag stellen of de fout van de wetgever in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW ook vaststaat bij een lacune leges en wie deze lacunes leges moet vaststellen.

227. Een verzuim van de wetgever is pas ongrondwettig als de lacune in de wetgeving in strijd is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Bij een lacune heeft de wetgever nagelaten een wettelijke bepaling uit te vaardigen voor een bepaalde situatie terwijl er wel een wettelijke bepaling uitgevaardigd is voor een gelijkaardige situatie. Door middel van de kapstopconstructie kan het Hof bijgevolg een lacune van een wettelijke norm toetsen aan een bestaande juridische norm. De onrechtmatigheid is gelegen in het gebrek aan een wettelijke norm. Het Grondwettelijk Hof kan wijzen op het feit dat er een passende maatregel vereist is en dat deze maatregel op ongrondwettige wijze ontbreekt wegens strijdigheid met het discriminatiebeginsel. Het kan gaan om een extrinsieke lacune waarbij er een volledige wettelijke norm ontbreekt of een intrinsieke lacune waarbij de lacune in de getoetste norm zelf ligt.³⁵³

228. Het Grondwettelijk Hof is geëvolueerd van een negatieve wetgever tot een positieve wetgever waardoor het de mogelijkheid heeft verworven zowel onrechtstreeks als rechtstreeks wetgevend op te treden bij lacunes. Bij het onrechtstreeks optreden geeft het Hof een duidelijke richtlijn aan de

³⁵⁰ Het Hof van Cassatie had het over het algemeen beginsel dat de rechter geen toepassing mag maken van een bestuurshandeling waarbij een hogere bepaling wordt geschonden. Zie hierbij Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N.

³⁵¹ J. THEUNIS, "De exceptie van onwettigheid: op zoek naar een verloren evenwicht" *TBP* 2011, 260-261.

³⁵² *Supra* 21, nr. 64 en *Supra* 26, nr. 84.

³⁵³ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 353.

wetgever om de lacune op te vullen. Bij een rechtstreeks optreden zal het Hof zelf overgaan tot de invulling van de lacune.³⁵⁴

229. De doctrine pleit voor een specifieke bepaling in de grondwet en in de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof die het Hof de bevoegdheid geeft om in het geval van lacunes te besluiten tot ongrondwettigheid.³⁵⁵ Hiervoor is bovendien ook steun te vinden vanuit de rechtsvergelijking aangezien er bijvoorbeeld in de Portugese grondwet dergelijke bepaling is opgenomen.³⁵⁶

230. Zolang deze bepaling in België niet wordt ingevoerd, bestaat het risico dat het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd zal verklaren wanneer het geconfronteerd wordt met een vernietigingsberoep of een prejudiciële vraag omtrent een impliciete weigeringsbeslissing.³⁵⁷ Zolang er geen wettelijke basis wordt ingevoerd, is het Grondwettelijk Hof niet verplicht de lacune vast te stellen. Er is wel een tendens zichtbaar in de rechtspraak van het Hof waar het uit zijn eigen een lacune in een wetgeving vaststelt, maar dit biedt geen zekerheid dat het Hof dit in elke situatie zal doen.³⁵⁸ Een wettelijke grondslag zal mijns inziens meer zekerheid bieden dat het Hof een lacune vaststelt en vermindert het hogergenoemd risico. Bovendien is het in het kader van de rechtsbescherming van belang dat lacunes ongrondwettig kunnen worden verklaard. Mijns inziens twijfelt de rechtsleer onterecht over het feit of de vaststelling van een lacune soelaas kan bieden aan de rechtsbescherming.³⁵⁹ Benadeelden kunnen niet alleen door het optreden van de wetgever worden geschaad maar eveneens door het niet-optreden van de wetgever.³⁶⁰

231. Bovendien is er een gelijkaardige mogelijkheid toegekend aan de Raad van State in art. 14 § 3 RVS-wet dat eveneens een argument vormt om een gelijkaardige bepaling in te voeren voor het verzuim van de wetgevende macht gelet op het feit dat de rechtsleer alsmaar pleit voor een gelijkstelling van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever aan de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de administratieve overheid.³⁶¹

232. De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om lacunes vast te stellen vormt geen probleem meer in het licht van het beginsel van de scheiding der machten. Het Grondwettelijk Hof stelt zich in de plaats van de wetgever maar dit kan mijns inziens gerechtvaardigd worden door de als maar uitbreidende bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof en de nuancering van het begrip van de scheiding der machten. Het Grondwettelijk Hof is immers net de instantie die ervoor dient te zorgen

³⁵⁴ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 354.

³⁵⁵ Art. 142 van de grondwet die de bevoegdheidsgrond vormt voor het Grondwettelijk Hof bevat niet de mogelijkheid voor het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over een lacune.

³⁵⁶ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A. ALEN. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (76) 83-86.

³⁵⁷ De impliciete weigering doet zich voor wanneer de wetgever beslist om een bepaalde wetgevende maatregel niet te nemen waardoor er geen wetgevende norm kan worden uitgevaardigd.

³⁵⁸ GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008.

³⁵⁹ "De vraag rijst evenwel of de vaststelling van een lacune enig soelaas kan bieden. De verzoekende partij wil immers niet bereiken dat een wet wordt vernietigd of buiten toepassing wordt gelaten, maar wenst juist dat ze op haar wordt toegepast" Zie hierbij R. MOERENHOUT en P. POPULIER, "Art. 1 Bijz. W. 6 januari 1989 [op het Grondwettelijk Hof]" in P. POPULIER (eds.) *Publiek procesrecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2011 (1) 31.

³⁶⁰ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A. ALEN. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (76) 84-85.

³⁶¹ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A., ALEN. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005 (76) 83-84.

dat de machten in evenwicht blijven en elkaar niet gaan domineren.³⁶² Bovendien zou het mijns inziens steun kunnen vinden vanuit art. 75 van de grondwet. Elke tak van de wetgevende macht heeft de bevoegdheid wetgevende initiatieven te nemen. Als het Grondwettelijk Hof eerder wordt aanzien als een instantie die aanleunt bij de wetgever, zou er geargumenteed kunnen worden dat het eveneens de bevoegdheid uit art. 75 van de grondwet zou kunnen uitoefenen in geval van een lacune leges.

233. Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie hebben bevestigd dat in geval van intrinsieke lacunes eveneens de gewone rechter in de mate van het mogelijke de ongrondwettige lacune moet invullen.³⁶³ Hierbij bestaat er mijns inziens het gevaar dat de rechter zich in de plaats stelt van de wetgever. Het is niet aan de rechterlijke macht een lacune in een wet op te vullen. Een gewone rechter zou enkel geschikt zijn om de wet te interpreteren en uit te leggen onder voorbehoud van de hoge rechtspraak die reeds een interpretatie weergeeft. De neutrale positie en de onafhankelijkheid van de rechter komt in het gedrang indien de rechter een wet die hij zelf dient toe te passen op een geschil soeverein kan invullen. Het zou mijns inziens beter zijn wanneer het Grondwettelijk Hof effectief vaststelt op welke wijze de lacune dient te worden ingevuld. Gelet op de positie van het Grondwettelijk Hof als bijzondere instantie aanleunend bij de wetgevende macht is het meer geschikt een lacune in te vullen dan een gewone rechter.

234. Er is geen klaar en duidelijk gevolg van een lacune leges. Volgens de rechtsleer is het in eerste instantie aan de wetgever om op te treden. Vervolgens stelt zich de vraag of de wetgever hiertoe gedwongen kan worden en of er een sanctiemogelijkheid bestaat indien de wetgever niet optreedt.³⁶⁴

235. Indien het Grondwettelijk Hof bevestigt dat de wetgever niet is opgetreden en er bijgevolg sprake is van een schending van het discriminatiebeginsel, betekent dit prima facie een injunctie aan de wetgever om de discriminatie te verhelpen. De rechtsleer probeert de vraag omtrent de mogelijke verplichting van de wetgever te beantwoorden vanuit bestuursrechtelijk perspectief waarbij op grond van art. 14 § 3 RVS-wet de Raad van State kan optreden tegen het onwettig stilzitten van een administratieve overheid. Dit optreden bestaat uit het vernietigen van de fictieve weigeringsbeslissing. De Raad van State mag zich op grond van de marginale toetsing echter niet in de plaats stellen van de administratieve overheid om de ontbrekende beslissing te nemen. Dit heeft tot gevolg dat de rechtzoekende nog steeds niet geholpen is. Het verzuim kan enkel aanleiding geven tot een procedure bij de Raad van State om een dwangsom op te leggen of tot een aansprakelijkheidsvordering voor de burgerlijke rechter tot het vorderen van een schadevergoeding.³⁶⁵

³⁶² Dit kan volgens de doctrine worden afgeleid uit het feit dat het Grondwettelijk Hof eigenlijk aanzien kan worden als een ideaalbeeld zijnde een gemengde instantie die enerzijds sterk aanleunt bij de wetgevende macht maar anderzijds ook over fundamentele rechten oordeelt waardoor het eveneens gedeeltelijk aanleunt bij de rechterlijke macht. Zie hierbij K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 10.

³⁶³ J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 357.

³⁶⁴ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A., ALEN. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (76) 83-86.

³⁶⁵ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in ALEN. A., *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 168 p., 295.

236. Deze problematiek kan mijns inziens niet op dezelfde wijze worden doorgetrokken naar de situatie van een wetgevende norm die ontbreekt ten gevolge van een fictieve weigeringsbeslissing tot het nemen van een wetgevende maatregel. Indien het Grondwettelijk Hof een fictieve weigeringsbeslissing kan vernietigen, zal het zich niet onterecht in de plaats stellen van de wetgever gelet op de evolutie van het Grondwettelijk Hof van negatieve wetgever naar positieve wetgever. Bovendien lijkt het Grondwettelijk Hof te behoren tot de wetgevende macht en is de overgrote meerderheid in de doctrine van oordeel dat het een instantie vormt volledig onafhankelijk van de rechterlijke macht. Het feit dat het Grondwettelijk Hof een afzonderlijke afdeling krijgt in de Belgische grondwet toont dit aan.³⁶⁶ Dit betekent dat het Grondwettelijk Hof zich eigenlijk niet in de plaats kan stellen van de wetgever en de problematiek niet op dezelfde wijze speelt als bij de administratieve overheid.

237. Wanneer er een bepaling wordt ingevoerd die het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft een lacune leges ongrondwettig te verklaren, kan dit eveneens de gevolgen van de lacune leges op het vlak van overheidsaansprakelijkheid vastleggen.³⁶⁷ Dit zou mijns inziens een goede oplossing zijn om klaarheid te brengen in de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever indien deze fout een lacune leges betreft. De vraag die speelt, is of art. 1382 BW en art. 1383 BW kan worden toegepast wanneer een benadeelde schade ondervindt ten gevolge van een lacune leges. Er is nog geen enkel vaststaande rechtspraak die zich hierover uitsprak. Er is wel lagere rechtspraak die deze aansprakelijkheid van de wetgever erkent.³⁶⁸ Bovendien erkende procureur-generaal Leclercq dat de regels van art. 1382 BW ev. geen onderscheid maken tussen een handelen en een verzuim uitgaande van een publiekrechtelijke overheid.³⁶⁹

238. Volgens G. Maes is het moeilijk om foutaansprakelijkheid te koppelen aan een ongrondwettigheid ten gevolge van een lacune leges zolang er geen wettelijke bepaling is die het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk een bevoegdheid toekent om een lacune leges vast te stellen.³⁷⁰ Of het Hof van Cassatie een lacune leges zal zien als een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW valt nog af te wachten.

239. De wetgever zou volgens P. Populier een redelijke termijn kunnen krijgen om de lacune op te vullen en pas bij het verstrijken van deze termijn is er een aansprakelijkheidsvordering mogelijk. Zij staft haar standpunt met de verruiming van de rechterlijke controle op wetgeving waardoor het in het kader van de rechtsbescherming van belang is dat de rechter zowel controle kan uitvoeren op wetgevend handelen als op wetgevend verzuim. P. Populier ziet de mogelijkheid tot schadevergoeding als een manier om de wetgever te pushen de discriminatie ten gevolge van de lacune leges te herstellen. De Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof zou bovendien een lacune

³⁶⁶ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 10-14.

³⁶⁷ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A. ALEN. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 168 p., (76) 84-87.

³⁶⁸ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in ALEN. A. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 168 p., (76) 84-87.

³⁶⁹ H. VANDENBERGHE, "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 373.

³⁷⁰ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-70.

op zich zijn aangezien de rechtszoekenden enkel beschermd zijn tegen een ongrondwettige wet en niet tegen het stilzitten van de wetgever.³⁷¹

240. Wat de precieze gevolgen van het arrest na lacune leges zijn, is moeilijk vast te stellen. G. Maes ziet een probleem in het feit dat er geen enkele bepaling uit de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof de gevolgen weergeeft van een arrest na lacune leges. Er is bovendien geen enkele bepaling die de houding van de rechter na prejudiciële vraagstelling m.b.t. een lacune leges bepaalt. De rechter bevindt zich in dit geval in een tweestrijd tussen zijn gebondenheid uit art. 28 Bijz. W. GwH en het feit dat de aangevochten bepaling met een lacune eigenlijk rechtmatig blijft en verder moet worden toegepast. Op zich is de norm immers niet ongrondwettig want enkel de lacune is ongrondwettig. Het feit dat er een lacune is, is in strijd met het gelijkheid-en discriminatiebeginsel maar de norm op zich blijft rechtsgeldig.³⁷²

241. Net zoals een rechter in het aansprakelijkheidscontentieux gebonden moet zijn door een vastgestelde ongrondwettigheid en impliciet tot een fout moet besluiten op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW moet een rechter volgens G. Maes ook na een arrest dat een lacune leges vaststelt impliciet een fout weerhouden. De grondslag zou te vinden zijn in art. 116 Bijz. W GwH.³⁷³ Het Grondwettelijk Hof heeft bovendien bevestigd dat het ontbreken van wetgeving een ongrondwettigheid kan uitmaken.³⁷⁴ De foutaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever is volgens G. Maes bevestigd ten gevolge van het algemeen beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid na een arrest van het Grondwettelijk Hof ongeacht of het een bestreden norm betreft dan wel een gebrek aan een norm.³⁷⁵

242. Wanneer er geen arrest van het Grondwettelijk Hof is die een ongrondwettigheid na lacune leges vaststelt, is de vraag of er in dit geval getoetst kan worden aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit zal er volgens G. Maes vanaf hangen of de vaststelling en sanctionering van de nalatigheid van de wetgever om te handelen overeenkomstig de grondwet een impliciete toetsing aan de grondwet zal impliceren.³⁷⁶

243. Volgens G. Maes wordt er te snel gesteld dat de rechter onrechtstreeks toetst aan de grondwet indien het uitspraak doet over een lacune leges. Er wordt een gebrek aan rechtsbescherming gecreëerd omdat er aan de gewone rechter de bevoegdheid wordt ontnomen zich uit te spreken over een lacune leges. Het feit dat de rechter impliciet aan de grondwet zou toetsen wanneer het zich uitspreekt over een lacune leges dient volgens G. Maes te worden genuanceerd op grond van de uitzondering op de prejudiciële vraagstelling in art. 26 Bijz. GwH. Dit betekent dat de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof impliciet in de mogelijkheid voorziet dat de rechter wettelijke bepalingen kan toeten aan de grondwet. Bovendien zou er kunnen worden verdedigd dat de rechter wel bevoegd

³⁷¹ P. POPULIER, "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in A., ALEN., *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (76) 86.

³⁷² G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-75.

³⁷³ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-75.

³⁷⁴ GwH 15 mei 1996, nr. 31/96.

³⁷⁵ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-75.

³⁷⁶ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-75.

is om een wettelijke norm aan de grondwet te toetsen maar dat het enkel niet bevoegd is de rechtsgevolgen te bepalen van een ongrondwettigheid. De fout bij een lacune leges zou bestaan uit het feit dat er geen wettelijke norm is. Dit betekent dat er moeilijk kan worden gesteld dat de rechter een wettelijke norm impliciet toetst aan de grondwet. Er is immers een lacune leges en er is geen wettelijke norm. Iets wat er niet is, kan volgens G. Maes ook niet impliciet worden getoetst aan de grondwet.³⁷⁷ De redenering van G. Maes sluit aan bij de paradox die de Franse doctrine heeft aangehaald. Logisch gezien is het onmogelijk om te stellen dat een wet de grondwet schendt omdat er een lacune is. Iets wat er niet is, kan toch niet in strijd zijn met de grondwet? ³⁷⁸ Het komt er echter op neer dat de schending vervat ligt in het ontbreken van een bepaalde wet. Dit gebrek is in strijd met het discriminatiebeginsel uit de grondwet en dus niet de wet zelf. ³⁷⁹

244. Er kan geconcludeerd worden dat het wenselijk is een bepaling in te voeren in de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof die het Hof uitdrukkelijk de bevoegdheid toekent om een ongrondwettigheid vast te stellen na een lacune leges. Bovendien zouden de gevolgen van dit arrest moeten worden weergegeven in deze bepaling. De bevoegdheid van de gewone rechter dient hierbij mijns inziens te worden beperkt tot het toekennen van een schadevergoeding in het subjectief contentieux. Het oordeel over de ongrondwettigheid van de lacune leges op zich, de koppeling aan het foutbegrip en de invulling van de sanctionering behoren beter toe aan het Grondwettelijk Hof. Dit zou immers het probleem oplossen dat G. Maes aanhaalt i.v.m. het gebrek aan rechtsbescherming dat zou gecreëerd worden wanneer men de gewone rechter niet toelaat een lacune leges te toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel. De rechtsbescherming wordt in dit geval rechtstreeks geboden door het Grondwettelijk Hof. Voor de mate waarin er effectief aan het zorgvuldigheidsbeginsel mag getoetst worden, kan er verwezen worden naar de hoger uiteengezette problematiek omtrent de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel op de wetgevende macht die mijns inziens bij een lacune leges op dezelfde manier zal spelen.³⁸⁰

245. Gelet op het feit dat de overheidsaansprakelijkheid zich in de cassatierechtspraak heeft geëvolueerd, zou het wenselijk zijn dat eveneens het Hof van Cassatie zich op een duidelijke wijze uitspreekt over de gevolgen van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever indien deze fout een lacune leges betreft. Het Hof van Cassatie zou 1 arrest moeten vellen waarin het de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever verduidelijkt zowel met betrekking tot een ongrondwettige norm na vernietigingsarrest of na prejudicieel arrest als met betrekking tot een lacune leges. Het is bovendien opmerkelijk dat de doctrinaire onenigheid omtrent de overheidsaansprakelijkheid zich heeft beperkt tot de ongrondwettigheid van een bestaande wettelijke norm zonder nader te concretiseren wat het zou betekenen als deze ongrondwettigheid voortvloeit uit een lacune leges.

³⁷⁷ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 75-80.

³⁷⁸ J.C. SCHOLSEM, "La cour d'arbitrage et les lacunes législatives" in A. ARTS, (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, (213) 216.

³⁷⁹ K.J. VAN DORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 69.

³⁸⁰ *Supra* 26-30, nr. 85-99

246. Men zou zich anderzijds kunnen afvragen hoe sterk het onderscheid tussen een lacune leges en een ongrondwettige norm is. Een lacune leges is immers enkel ongrondwettig als het een strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel of non-discriminatiebeginsel impliceert. Een schending van het gelijkheidsbeginsel of non-discriminatiebeginsel betekent een fout in de zin van de artikelen 1382 BW en 1383 BW aangezien het beginsel de wetgever oplegt geen discriminerende wetgevende normen uit te vaardigen. Met andere woorden belanden we via een omweg ook bij de schending van een specifieke norm ook al is er eigenlijk sprake van een lacune leges. De lacune leges wordt immers gekoppeld aan een specifieke norm. In deze zin verdient het standpunt van G. Maes verdediging om de fout van de wetgever vast te leggen na een arrest van het Grondwettelijk Hof ongeacht het feit of de inhoud van het arrest een ongrondwettige norm betreft of een lacune leges. Het loutere feit dat het om een ongrondwettigheid gaat, is voldoende om een fout van de wetgever te impliceren. Als men bijgevolg concludeert dat de wetgever een fout maakt bij het uitvaardigen van een wet wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel maakt het eveneens een fout bij het niet uitvaardigen van een wet als gevolg waarvan eveneens het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Wegens de koppeling van een lacune leges aan het gelijkheid en non-discriminatiebeginsel lijken zowel het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid wegens een ongrondwettige norm als het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid wegens een lacune leges in elkaars vaarwater te lopen.

6. EINDCONCLUSIE

247. Het onderzoek was er op gericht te achterhalen of er effectief sprake is van een doorbraak in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever waardoor we kunnen stellen dat de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Er werd onderzocht of de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW wel volstaan als aansprakelijkheidsgrond en of er niet geadviseerd kan worden tot een wetgevend initiatief voor een nieuwe aansprakelijkheidsgrondslag naast de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW of een incorporatie van bijzondere aansprakelijkheidscriteria in art. 1382 BW en art. 1383 BW. Een ander mogelijke piste die werd onderzocht, is deze van de leer van subjectieve rechten die zich onder supranationale impuls heeft ontwikkeld. Dit zou betekenen dat de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever volledig wordt losgekoppeld van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

248. Samenhangend met de hoofdonderzoeksvraag onderzocht ik de problematiek omtrent de eenheidsleer in geval de fout van de wetgever een ongrondwettigheid betreft. Het Hof van Cassatie slaagde er immers niet in deze discussie op te lossen. Integendeel bracht de onduidelijke cassatierechtspraak de discussie net op gang. Het hele debat rond een mogelijke eenheid tussen ongrondwettigheid en fout werd grondig geanalyseerd en na afweging van deze argumenten nam ikzelf een doctrinair standpunt in.

249. Bovendien onderzocht ik welke instantie het meest geschikt is om zich uit te spreken over enerzijds de vraag naar overeenstemming tussen de wet en de grondwet en anderzijds de vraag naar overheidsaansprakelijkheid. Hierbij onderzocht ik de toch wel bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof en de verhouding tot de burgerlijke rechter die zich in het kader van het subjectief contentieux uitspreekt over een aansprakelijkheidsvordering.

6.1 Resultaten van het onderzoek

250. Het privaatrechtelijk foutbegrip werd van toepassing verklaard op de uitvoerende macht maar is in het algemeen nooit letterlijk van toepassing verklaard op de wetgevende macht. De cassatiearresten zijn te vaag om eruit te kunnen afleiden dat het foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW van toepassing is verklaard op de wetgever. Het feit dat het privaatrechtelijk foutbegrip nooit expliciet van toepassing is verklaard op de wetgever toont aan dat er toch enige twijfel is om de wetgever aan hetzelfde foutbegrip te onderwerpen als het bestuur. Vooral in de situatie waarbij de wetgever een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet is er onduidelijkheid of de wetgever in dat geval een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De doctrinaire onenigheid toont aan dat de situatie waarbij de wetgever een ongrondwettige wet uitvaardigt gevoeliger ligt dan de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt. Deze doctrinaire onenigheid heeft zich immers gemanifesteerd na het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010 waarbij het een situatie betrof waar de wetgever grondwetsbepalingen had geschonden.³⁸¹ Het Hof bevestigde enkel dat de burgerlijke rechter autonoom moet oordelen of de wetgever een fout maakt wanneer het een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet. Het Hof heeft niet letterlijk gekoppeld aan

³⁸¹ *Supra* 49, nr. 177.

art. 1382 BW en art. 1383 BW. De mogelijke omweg via de algemene leer van de subjectieve rechten toont bovendien aan dat een loskoppeling van art. 1382 BW en art. 1383 BW niet ondenkbaar is.³⁸²

251. Een eerste belangrijke vaststelling uit het onderzoek is de aanwezigheid van elementen die aantonen dat er enige terughoudendheid is tegenover de wetgever. Deze terughoudendheid kan de gevoeligheid ten aanzien van de situatie van een ongrondwettigheid mogelijk verklaren. Het gaat over de handhavingsmogelijkheid door het Grondwettelijk Hof, de mogelijkheid voor het Grondwettelijk Hof om niet te vernietigen terwijl de wet toch ongrondwettig is, de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing, het gebrek aan grondslag om een lacune leges vast te stellen en het gebrek aan een analoge bepaling zoals art. 159 GW. De terughoudendheid die hieruit voortvloeit impliceert dat een ongrondwettigheid niet ipso facto een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW kan impliceren en de hoofdonderzoeksvraag minstens genuanceerd dient te worden beantwoord.

252. Een tweede vaststelling is de moeilijkheid rond de concretisering van "fout". Wanneer we zouden stellen dat de wetgever een fout maakt, dienen we ons af te vragen over welke fout het expliciet gaat. Mijns inziens zit hier een onduidelijkheid. De expliciete concretisering van "fout" is van belang. De supranationale rechtspraak heeft wel erkend dat de wetgever foutief kan handelen maar dit betekent niet dat dit foutief handelen zich automatisch uit in een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De moeilijkheid is gelegen in de problematiek omtrent de eenheidstheorie. Het was een punt van discussie of de eenheid tussen onwettigheid en fout kon worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.³⁸³ Mijns inziens kan de eenheidstheorie niet automatisch worden doorgetrokken. Ik onderbouw mijn standpunt aan de hand van drie elementen die gebleken zijn uit het onderzoek en die de eenheid tussen een ongrondwettigheid en fout bemoeilijken. Een eerste element betreft het onderscheid tussen objectieve rechten en subjectieve rechten.³⁸⁴ Een tweede element betreft de problematiek rond de impliciete toetsing aan de grondwet waarvoor de burgerlijke rechter niet bevoegd is.³⁸⁵ Een derde element betreft de bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof die zich ontwikkelde tot een sterke macht en mijns inziens eerder kan worden aanzien als een instantie aanleunend bij de wetgevende macht.³⁸⁶

253. We dienen echter wel een lichte nuancering van hogergenoemd standpunt niet uit het oog te verliezen. Het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechten kwam immers op de helling te staan sedert de recente bevoegdheidsuitbreiding van de Raad van State in de zin van art. 144, 2^e lid GW. De Raad van State heeft de mogelijkheid verworven uitspraak te doen over subjectieve rechten terwijl het principieel bevoegd is in het objectief contentieux. Naar mijn mening is er desondanks toch een onderscheid verdedigbaar tussen het Grondwettelijk Hof en de Raad van State. Dit kan voornamelijk gerechtvaardigd worden door de bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof die eerder aanleunt bij een instantie aanleunend bij de wetgevende macht terwijl de Raad van State een

³⁸² *Supra* 19, nr. 54.

³⁸³ *Supra* 50, nr. 179-180.

³⁸⁴ *Supra* 20-21, nr. 62-64.

³⁸⁵ *Supra* 58 nr. 206 en *Supra* 21, nr. 64

³⁸⁶ *Supra* 57-60, nr. 203-208.

administratief rechtscollege vormt. Hieruit volgt dat het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechten nog steeds kan worden aangehaald om te concluderen dat een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout moeilijk kan worden verdedigd.

254. Niet enkel hogergenoemde elementen bemoeilijken een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. Eveneens de vage rechtspraak van het Hof van Cassatie toont aan dat er onzekerheid en twijfel bestaat over de toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever wanneer de fout van de wetgever een ongrondwettigheid betreft. In het ophefmakend arrest van 10 september 2010 koppelt het Hof volledig los van het privaatrechtelijk foutbegrip. In de doctrinaire onenigheid ontstaan na dit ophefmakend arrest, volg ik de strekking die stelt dat de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout door het Hof werd verworpen.³⁸⁷ Het recent cassatiearrest van 30 april 2015 is evenmin een doorbraak aangezien dit arrest van het Hof mijns inziens geïnterpreteerd dient te worden als een verdere nuancering van de eenheid tussen onwettigheid en fout. Het Hof spreekt zich niet expliciet uit over een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.³⁸⁸ Deze recentste stap in het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever impliceert dat er bij het antwoord op de onderzoeksvraag een onderscheid kan worden gemaakt tussen de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt en de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt.

255. De tegenstrijdige redeneringen van het Hof van Cassatie alsook de doctrinaire onenigheid tonen aan dat er toch enige gevoeligheid is wanneer de fout van de wetgever gelegen is een ongrondwettigheid. Er moet toch een reden zijn waarom het Hof van Cassatie de principiële aansprakelijkheid van de wetgever duidelijk weergeeft wanneer het onwettigheid betreft maar vaag blijft wanneer het een ongrondwettigheid betreft. Het is duidelijk dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt en de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt. In de arresten van 26 juni 1998, 10 april 2014 en 30 april 2015 is duidelijk te zien hoe het Hof van Cassatie een onwettigheid koppelt aan art. 1382 BW en art. 1383 BW en hieraan modaliteiten toevoegt.³⁸⁹ De wetgever vaardigde in die arresten een wet uit in strijd met een verdragsbepaling en deze werd gezien als een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer de bepaling een gebod of verbod oplegde aan de wetgever. Recent in het cassatiearrest van 30 april 2015 werd een extra modaliteit toegevoegd zijnde de aanwezigheid van de burgerrechtelijke bestanddelen van het foutbegrip. In het cassatiearrest van 10 september 2010 daarentegen waar het een ongrondwettigheid van de wetgever betrof, koppelt het Hof volledig los van het foutbegrip terwijl het in zijn eerder arrest van 28 september 2006 een concreet foutbegrip leek te hanteren zonder evenwel uitdrukkelijk te koppelen aan art. 1382 W en art. 1383 BW. De grote hamvraag is waarom het Hof van Cassatie niet op dezelfde manier oordeelde in zijn arrest van 10 september 2010. Als er effectief een eenheid zou zijn tussen ongrondwettigheid en fout zou het Hof toch ook daar duidelijk een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout hebben bevestigd.

³⁸⁷ *Supra* 50, nr. 180.

³⁸⁸ Bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

³⁸⁹ Voor de verdere onderbouwing van dit standpunt verwijs ik dienaangaande naar de annotatie op cassatie 30 april 2015 als bijlage 8.1.

256. Uit de analyse van de doctrinaire onenigheid kan echter wel worden afgeleid dat een aantal tegenargumenten van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever hun draagkracht hebben verloren. De soevereiniteit van de wetgever is dermate beperkt waardoor de wetgever niet meer volledig soeverein kan handelen.³⁹⁰ Bijgevolg kunnen we afstand nemen van de voorafgaandelijke denkpijpe dat de soevereiniteit altijd een rol zou blijven spelen en kunnen soevereiniteit en het privaatrechtelijk foutbegrip dus zonder problemen samengaan. Het beginsel van de scheiding der machten is geen strikt gehanteerd beginsel meer waardoor het nu eerder een evenwicht der machten moet impliceren.³⁹¹ De ratio legis van de Bijzondere wet op het toenmalige Arbitragehof kan niet meer onverkort gelden door de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid.³⁹² Hierbij kan echter een kritische kanttekening worden gemaakt. De overheidsaansprakelijkheid heeft zich geëvolueerd in de cassatierechtspraak en het is deze onduidelijke en vage cassatierechtspraak die de doctrinaire tweestrijd heeft op gang gebracht. De mate waarin de evolutie van de overheidsaansprakelijkheid een argument kan vormen om de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout te aanvaarden, dient dan ook met een kritische blik te worden benaderd. Mijns inziens situeren we ons nog ergens in die evolutie van de overheidsaansprakelijkheid maar er is nog geen doorbraak. Het cultus van de overheidsaansprakelijkheid is mijns inziens nog niet helemaal doorbroken wanneer het een fout van de wetgever betreft die een ongrondwettige wet uitvaardigt.

257. Wanneer er geen eenheid kan zijn tussen ongrondwettigheid en fout is de volgende stap of de burgerlijke rechter de wetgevende handeling kan toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Ook dit kan gelet op de resultaten van het onderzoek niet zonder meer worden verdedigd. Het zorgvuldigheidscriterium in de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW is de vage "bonus pater familias-regel" waardoor het voor de burgerlijke rechter onduidelijk is hoe hij het zorgvuldigheidscriterium moet invullen.³⁹³ In eerste instantie speelt ook hier de hogergenoemde problematiek omtrent de impliciete toetsing aan de grondwet.³⁹⁴ Anderzijds is er de problematiek rond de opportuniteit.³⁹⁵ Bovendien bemoeilijkt het onderscheid tussen preventieve rechtsbescherming en repressieve rechtsbescherming de toetsing van de wetgevende handeling aan de bonus pater familias-regel.³⁹⁶ De fout van de wetgever doet zich mijns inziens voor in de niet-contentieuze fase terwijl de rechtsbescherming wegens de fout van de wetgever via het zorgvuldigheidsbeginsel uit art. 1382 BW en art. 1383 BW wordt afgedwongen in de contentieuze fase. De rechtsbescherming moet worden afgedwongen in de niet-contentieuze fase en moet onderdeel uitmaken van de preventieve rechtsbescherming. De wetgever die een ongrondwettige wet uitvaardigt gaat mijns inziens in de fout bij de wetgevende voorbereidende handelingen. Als er verdedigd wordt dat de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW kan er al zeker verdedigd worden dat deze fout moet kunnen worden vermeden wanneer hij reeds in de maak is aldus tijdens de wetgevende voorbereidende handelingen. Een volgend element dat de toetsing aan de "bonus pater familias-regel" bemoeilijkt, is de verhouding van het ruime

³⁹⁰ *Supra* 35-40, nr. 122-139.

³⁹¹ *Supra* 45, nr. 157-159.

³⁹² *Supra* 41-44, nr. 147-156.

³⁹³ *Supra* 50, nr. 180.

³⁹⁴ *Supra* 26, nr. 84 en *Supra* 58, nr. 205.

³⁹⁵ *Supra* 29, nr. 95

³⁹⁶ *Supra* 29, nr. 96

civielrechtelijke zorgvuldigheids criterium tot het zorgvuldigheidsbeginsel in enge zin.³⁹⁷ De onzorgvuldigheid van de wetgever is mijns inziens gelegen in een schending van het beginsel van behoorlijke regelgeving zijnde het zorgvuldigheidsbeginsel in enge zin. Er is geen enkele grondslag die de burgerlijke rechter de mogelijkheid toekent om zich te baseren op het beginsel van behoorlijke regelgeving om de bonus pater familias in te vullen. Een toetsing aan het ruime civielrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel is mijns inziens enkel mogelijk wanneer er in de toekomst een duidelijke concretisering volgt van de bonus pater familias regel wanneer deze wordt toegepast op de wetgever.

6.2 Hoofdonderzoeksvraag

258. Mijns inziens kunnen we concluderen dat de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW maar in de huidige stand van zake is dit enkel expliciet bevestigd voor de situatie van een onwettigheid waarbij de wetgever een hogere norm schendt maar niet de grondwet. Voor de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt, heeft het Hof van Cassatie nooit expliciet de fout van de wetgever gekoppeld aan art. 1382 BW en art. 1383 BW. Zelfs al had het Hof van Cassatie deze intentie, kan het nog steeds niet worden afgeleid uit de vage bewoordingen van het Hof. Het feit dat het Hof dit wel expliciet deed voor de situatie van een onwettigheid in zijn arresten van 26 juni 1998, 10 april 2014 en 30 april 2015 en niet expliciet voor de situatie van een ongrondwettigheid toont aan dat het Hof zelf onzeker was over een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.³⁹⁸

259. Een ongrondwettigheid impliceert mijns inziens wel een fout van de wetgever maar niet ipso facto een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW dat een recht op schadevergoeding impliceert. Voornamelijk het arrest van het Hof van Cassatie van 28 september 2006 valt in die zin te interpreteren aangezien het Hof daar lijkt te oordelen richting een concreet foutbegrip van toepassing op de wetgever zonder evenwel concreet te koppelen aan art. 1382 BW en art. 1383 BW.³⁹⁹ Een ongrondwettigheid kan in de toekomst enkel een fout impliceren in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer er in eerste instantie een expliciete bevestiging volgt van het Hof van Cassatie dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer het een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet. Dit op dezelfde wijze als het Hof dat bevestigde voor een onwettigheid in de arresten van 26 juni 1998, 10 april 2014 en 30 april 2015. Het zou dus ook moeten gaan om een genuanceerde eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. De geschonden bepaling moet een specifiek verbod of gebod opleggen en de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid zijnde fout, schade en oorzakelijk verband moeten aangetoond zijn.⁴⁰⁰ Aan deze reeds bestaande modaliteiten zouden er dan extra specifieke aansprakelijkheids criteria moeten worden toegevoegd voor de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt. Dit kan worden verdedigd vanuit de gevoeligheid die zich manifesteerde omtrent de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt. Mijns inziens speelt de bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof hierin een sterke rol.⁴⁰¹

³⁹⁷ *Supra* 30, nr. 98-99.

³⁹⁸ *Supra* 54, nr. 193 en *Supra* 56, nr. 197. Zie hierbij ook bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

³⁹⁹ *Supra* 54, nr. 193.

⁴⁰⁰ Bijlage 8.1, noot onder Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

⁴⁰¹ *Supra* 56-64, nr. 199-225.

6.3 Onderliggende vragen

260. Na het hogergenoemd antwoord op de hoofdonderzoeksvraag is de onderliggende vraag hoe de extra modaliteiten, zijnde de nieuwe aansprakelijkheidscriteria het best zouden worden ingevuld om te kunnen concluderen dat de ongrondwettigheid door de wetgever een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW impliceert.

261. Een eerste noodzakelijk aansprakelijkheids criterium is de specifieke concretisering van de fout. Een eerste mogelijke invulling is een specifieke ongrondwettige norm. Een wet is strijdig met een specifieke norm zijnde de grondwet. Er zou ingevoerd kunnen worden dat de ongrondwettigheid moet voldoen aan een aantal modaliteiten alvorens het een fout in hoofde van de wetgever kan impliceren op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW:

1. De wetgever moet de intentie hebben gehad de grondwet te schenden;
2. Het individueel belang van het recht op de vergoeding van de schade ten gevolge van de ongrondwettigheid moet zwaarder doorwegen dan het algemeen belang voor het uitvaardigen van de ongrondwettige wet;
3. Er mag geen handhavingsmogelijkheid zijn uitgesproken door het Grondwettelijk Hof;
4. Er mogen geen elementen zijn op basis waarvan het Grondwettelijk Hof zou kunnen oordelen dat het de ongrondwettige wet niet vernietigt;
5. De wetgever mag de ongrondwettigheid niet uitdrukkelijk hebben gemotiveerd in de voorbereidende wetgevende stukken. Wanneer er een concrete en voldoende motivering is die de schending van de grondwet verantwoordt, kan er geen fout in hoofde van de wetgever worden weerhouden.

262. Wanneer men de fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wilt invullen aan de hand van een onzorgvuldigheid dient deze invulling te gebeuren aan de hand van het beginsel van behoorlijke regelgeving. De burgerlijke rechter moet uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen toegekend om de bonus pater-familias regel in te vullen aan de hand van het beginsel van behoorlijke regelgeving.

263. Verder kan er nog een derde aansprakelijkheidsgrond worden ingevoerd in art. 1382 BW en art. 1383 BW. Naast een schending van een specifieke norm met de bijhorende modaliteiten en een schending van het beginsel van behoorlijke regelgeving kan de krenking van een subjectief recht een grondslag zijn voor schadevergoeding. Dit zou dezelfde redenering zijn als in het Franse recht.⁴⁰²

264. Een andere mogelijke invulling van "de fout" is gelegen in een verzuim aan wetgeving. De fout van de wetgever kan ook bestaan uit een lacune leges. De fout van de wetgever is gelegen in een lacune in een bepaald wetsartikel of het volledig ontbreken van een wetsartikel of een volledige wet. Dit kan gegrond worden op art. 1382 BW en art. 1383 BW op voorwaarde van de toetsing aan specifieke concrete aansprakelijkheidscriteria. Ook hier is er immers sprake van een situatie van ongrondwettigheid aangezien de redenering omtrent de lacune leges gebaseerd wordt op een schending van het gelijkheidsbeginsel. Bij een lacune leges zou de specifieke

⁴⁰² *Supra* 20, nr. 59 en zie hierbij art. 9 Code Civil.

aansprakelijkheidsvoorwaarde erin kunnen bestaan dat de wetgever die nalaat een wet uit te vaardigen in ernstige mate het gelijkheidsbeginsel moet hebben geschonden. De benadeelde moet aanzienlijke schade hebben opgelopen ten gevolge van het gebrek aan wetgeving. De invulling van "aanzienlijk" en "in ernstige mate" kan worden overgelaten aan de aansprakelijkheidsrechter.

265. Dit brengt ons bij de volgende kwestie. Wie is deze aansprakelijkheidsrechter? Welke instantie is het meest geschikt om zich uit te spreken over de nieuwe aansprakelijkheidscriteria. Bovendien is een samenhangende vraag of deze toetsing zijnde de vraag naar overheidsaansprakelijkheid en de vraag naar ongrondwettigheid door 1 instantie zou kunnen worden beoordeeld.

266. Mijns inziens zou de aansprakelijkheidsvordering kunnen worden beoordeeld door de burgerlijke rechter. De moeilijkheden die zich situeren in de huidige stand van zaken worden immers vergemakkelijkt door de concrete invulling van het foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het risico op opportuniteit verkleint aangezien de rechter ook kan toetsen aan een derde aansprakelijkheidsgrond zijnde de schending van subjectieve rechten. Wanneer de rechter aanvoelt dat hij zich op het pad van een opportuniteitsoordeel begeeft, kan hij zich baseren op deze derde aansprakelijkheidsgrond om de fout van de wetgever in te vullen. Gelet op de verzwakking van de beginselen van de scheiding der machten en de soevereiniteit van de wetgever is het niet meer problematisch dat een gewone rechter de staat aansprakelijk stelt wegens fouten in hoofde van de wetgevende macht. Het feit dat deze aansprakelijkheidsvordering wordt gegrond op art. 1382 BW en art. 1383 BW is niet meer problematisch aangezien het foutbegrip concreet wordt ingevuld wanneer het de situatie betreft waarbij de wetgever de grondwet schendt. De aansprakelijkheidsvordering voor fouten in hoofde van de wetgever wordt niet meer gebaseerd op een vaag foutbegrip. De schending van een specifieke norm wordt specifiek aan modaliteiten onderworpen wanneer het een ongrondwettigheid betreft en de onzorgvuldige wetgever wordt ingevuld aan de hand van het beginsel van behoorlijk rechtsbedeling. De toetsing van de wet aan de grondwet zijnde het objectief contentieus moet uiteraard blijven behoren tot de exclusieve bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Het is bijgevolg moeilijk de vraag naar overheidsaansprakelijkheid en de vraag naar ongrondwettigheid aan 1 instantie toe te kennen. Deze blijven dan ook best gescheiden in het licht van het objectief contentieus bij het Grondwettelijk Hof en het subjectief contentieus bij de burgerlijke rechter.

267. Het enige moeilijk punt is de invulling van de nieuwe specifieke aansprakelijkheidscriteria bij een ongrondwettigheid. Deze betreffen immers puur grondwettelijke aangelegenheden en dienen mijns inziens vanuit staatsrechtelijke perspectief te worden beoordeeld met aandacht voor het feit dat het om de wetgever gaat. Hier kan er opnieuw verwezen worden naar de visie van P. Populier dat de eigenheid van de wetgever een element is waar steeds rekening mee moet worden gehouden.⁴⁰³ Een oplossing zou kunnen zijn om inzake de specifieke situatie van een wetgever die een ongrondwettige wet uitvaardigt een mogelijkheid tot wisselwerking in te voeren tussen het Grondwettelijk Hof en de burgerlijke rechter. Concreet zou dit het volgende twee-stappenplan impliceren:

⁴⁰³ *Supra* 28, nr. 93.

- 1 *De aansprakelijkheidsvordering wordt ingeleid bij de burgerlijke rechter en de benadeelde eist een schadevergoeding ten gevolge van de schade die hij heeft opgelopen als gevolg van een ongrondwettige wet of een lacune leges.*
- 2 *De burgerlijke rechter controleert met welke aansprakelijkheidsgrond hij invulling kan geven aan de fout van de wetgever.*

Is dit een schending van een specifieke norm zijnde een ongrondwettige wet consulteert de burgerlijke rechter het Grondwettelijk Hof om een advies te geven m.b.t. de modaliteiten van de ongrondwettigheid zijnde de opgesomde punten in randnummer 261. Dit beperkt zich enkel tot een advies van het Grondwettelijk Hof waarop de burgerlijke rechter zich kan baseren. Men zou het kunnen vergelijken met de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling maar dan een vraagstelling omtrent de bijzondere aansprakelijkheidscriteria gekoppeld aan de ongrondwettigheid. Het advies zou mijns inziens wel bindend kunnen zijn gelet op de alsmaar uitbreidende bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof en het feit dat het Hof een sterke macht is geworden. Dit toont naar mijn mening aan dat het niet tekort door de bocht zou zijn om het Grondwettelijk Hof de macht te geven de modaliteiten aan een ongrondwettigheid in te vullen. Het feit dat het enkel om een advies gaat en de burgerlijke rechter de aansprakelijkheidsvordering mag afhandelen verzacht mijns inziens het mogelijke probleem omtrent politieke onafhankelijkheid. De schadevergoeding wordt nog altijd toegekend door de burgerlijke rechter in het subjectief contentieux. Enkel de nieuwe modaliteiten gekoppeld aan de ongrondwettigheid worden ingevuld door het Grondwettelijk Hof gelet op de aard van de modaliteiten die puur grondwettelijke elementen betreffen. Bovendien verkleint dit het risico op een impliciete toetsing aan de grondwet door de burgerlijke rechter aangezien de burgerlijke rechter zich enkel dient te baseren op het advies van het Grondwettelijk Hof om de aansprakelijkheidsvordering verder af te handelen. De rechter begeeft zich niet op het pad van de grondwettigheidstoetsing want deze toets gebeurt in hoofdzaak nog steeds door het Grondwettelijk Hof in het objectief contentieux. In bijzaak gebeurt elk aspect uit de aansprakelijkheidsvordering dat gelinkt is aan een puur grondwettelijke kwestie ook door het Grondwettelijk Hof in het advies. De effectieve kernvraag of de wetgever de grondwet heeft geschonden en de modaliteiten van deze ongrondwettigheid noodzakelijk om een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW te kunnen impliceren, gebeurt door het Grondwettelijk Hof.

Is de aansprakelijkheidsgrond eerder gelegen in een onzorgvuldigheid of de schending van een subjectief recht dan is er geen verwijzing nodig naar het Grondwettelijk Hof en kan de burgerlijke rechter de volledige aansprakelijkheidsvordering afhandelen zonder tussenkomst van het Grondwettelijk Hof. Dit kan gerealiseerd worden door de concrete invulling van de zorgvuldigheid aan de hand van het beginsel van behoorlijke regelgeving en de extra aansprakelijkheidsgrond in art. 1382 BW en art. 1383 BW zoals in het Franse recht.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Art. 9 Code Civil.

6.4 Eindoplossing

268. Samenvattend is een eerste mogelijke optie de invoering van de leer van de subjectieve rechten waardoor er wordt losgekoppeld van het privaatrechtelijk foutbegrip en de aansprakelijkheidsvordering wegens fouten in hoofde van de wetgever gegrond wordt op de schending van een subjectief recht. De wetgever schendt een verdragsbepaling of schendt de grondwet waardoor de benadeelde schade ondervindt. De benadeelde stelt een aansprakelijkheidsvordering in maar moet geen fout aantonen van de wetgever. Het enige wat de benadeelde moet aantonen is dat hij een subjectief recht op schadevergoeding heeft en op basis hiervan krijgt hij een schadevergoeding toegekend los van de vraag of de wetgever een fout maakte en los van de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW.

269. Een tweede mogelijke optie is binnen het gemeen aansprakelijkheidsrecht blijven maar de aansprakelijkheidscriteria uit art. 1382 BW en art. 1383 BW concretiseren wanneer de fout van de wetgever gelegen is in een ongrondwettigheid. Er worden nieuwe aansprakelijkheidscriteria geïncorporeerd in het bestaande civielrechtelijk foutbegrip of er wordt een nieuwe bepaling ingevoerd die zal bestaan naast de artikelen 1382 BW en art. 1383 BW. De concretisering van de aansprakelijkheidsgrondslag kan worden ingevuld zoals voorgesteld onder randnummer 260 ev. en zou in concreto worden uitgewerkt volgens het twee-stappenplan uit randnummer 267.

7. BIBLIOGRAFIE

7.1 Wetgeving

7.1.1 *Wetgeving in de meest brede zin*

- Het Burgerlijk wetboek 21 maart 1804, *BS* 3 september 1807, 0.
- De gecoördineerde wetten op de Raad van State 12 januari 1973, *BS* 21 maart 1973, 3461.
- Wet 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheden en de werking van het Arbitragehof, *BS* 8 juli 1983, 8911.

7.1.2 *Wetgeving in formele zin*

- Gecoördineerde Grondwet 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054.
- Bijzondere Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315.

7.1.3 *Parlementaire voorbereidingen*

- Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2.

7.1.4 *Adviezen*

- Adv. 52 1627/001 bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, P. VAN OMMESLAGHE, J. VERBIST, 19 september 2008.

7.2 Rechtspraak

7.2.1 *Europees Hof van Justitie*

- HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en nr. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:7.
- HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.
- HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.
- HvJ 16 december 1960, nr. C-6/60, ECLI:EU:C:1960:48.

7.2.2 *Annotaties bij rechtspraak Hof van Justitie*

- HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en nr. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *SEW* 1993, 93-101, noot D. CURTIN.

7.2.3 *Grondwettelijk Hof*

- GwH 8 juli 1993, nr. 56/93.
- GwH 13 oktober 1989, nr. 23/89.
- GwH 2 februari 2005, nr. 27/2005.
- GwH 15 mei 1996, nr. 31/96.
- GwH 15 december 2011, nr. 187/2011.
- GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008.

7.2.4 Hof van Cassatie

- Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, 205.
- Cass. 23 juli 1849, *Pas.* 1849, 443.
- Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193.
- Cass. 20 april 1950, *Pas.* 1950, 517.
- Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, 21.
- Cass. 26 april 1963, *Pas.* 1963, 182.
- Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, 959.
- Cass. 19 december 1980, *Pas.* 1980-1981, 449.
- Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 1134.
- Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.
- Cass. 21 december 2001, *JLMB* 2002, 1032.
- Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N.
- Cass. 25 oktober 2004, *NJW* 2004, 1316-1318.
- Cass. 1 juni 2006, C.05.0494.N.
- Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320.
- Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.
- Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N.
- Cass. 30 april 2015, C.120637.F.

7.2.5 Franse Hof van Cassatie

- Cour de Cassation, 5 novembre 1996, *Bull.* 94-14.798.

7.2.6 Annotaties bij cassatierechtspraak

- Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 426, noot S. GUILLIAMS.
- Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot S. GUILLIAMS.
- Cass. 10 september 2010, *RW* 2010-2011, 1726-1729, noot P. POPULIER.
- Cass. 10 september 2010, *CDPK* 2011, 292-298, noot A. WIRTGEN.
- Cass. 13 mei 1982, *RCJB* 1984, 19, noot. RO. DALCQ.
- Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 28-72. noot. B. DUBUISSON.

7.2.7 Hof van Beroep

- Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 613.

7.3 Rechtsleer

7.3.1 Boeken

- ALEN, A., *De Trias politica ruimer bekeken*, Brussel, Larcier, 2000, 121 p.
- MAES, G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 523 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VAN DE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1459 p.

- MOERENHOUT, R. en POPULIER, P., "Art. 1 Bijz. W. 6 januari 1989 [op het Grondwettelijk Hof]" in POPULIER, P. (eds.), *Publiek procesrecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1-89.
- OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1991, 482 p.
- POPULIER, P., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 426 p.
- POPULIER, P., *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 326 p.
- POPULIER, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 663 p.
- POPULIER, P., "De Rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving" in ALEN, A. (eds.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 76-88.
- SCHOLSEM, J.C., "La cour d'arbitrage et les lacunes législatives" in ARTS, A. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 213-237.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 152 p.
- VAN DORMAEL, K.J., *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Larcier, 2015, 117 p.
- VANDENBERGHE, H., VAN OEVELEN, A., VUYE, H. en WYNANT, L., *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, 295 p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.
- VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 88 p.
- VAN OEVELEN, A. en POPULIER, P., "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving in het Publiekrecht" in ALEN, A., BOES, M., DERUYCK, F. (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 75-127.
- VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 495 p.
- VERRIJDT, W., "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever" in ALEN, A. en ENSOTTIAUX, S. (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, Die Keure, 2010, 305-396.
- VUYE, H., "Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?" in VANDENBERGHE, H., VAN OEVELEN, A., VUYE, H., WYNANT, L. (eds.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, 125-204.

7.3.2 Tijdschriften

- BATAILLE, H., en PAEMEN, G., "Het arbitragehof: een volwaardig Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 1986-1987, 499-526.

- DE KEZEL, E., "Ongrondwettige norm is geen bewijs van fout wetgever", *Juristenkrant*, 24 november 2010, afl. 218, 3.
- GLANSDORFF, F., "L'indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du conseil d'Etat vue par un civiliste", *JT* 2014, 474-479.
- GOOSSENS, J. en HAECK, Y., "Opvulling en lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever" *TVCR* 2014, 350-362.
- LAMBRECHTS., W., "Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1979-1980, 1409.
- MAES, G., "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1201-1209.
- MAES, G., "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398-404.
- MUYLLE, K., "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het parlement na het "Sektenarrest" van het Hof van Cassatie", *TBR* 2006-2007, 438-441.
- POPULIER, P., "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever" *RW* 2006-2007, 244-245.
- POPULIER, P., "De visie van het Grondwettelijk Hof op de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht: een discussie op gang gebracht door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 26/91" *CDPK* 2007, 227-243.
- POPULIER, P., "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak" *TPR* 1995, 1049-1114.
- THEUNIS, J., "De exceptie van onwettigheid: op zoek naar een verloren evenwicht" *TBP* 2011, 260-274.
- VANDENBERGHE, H., "De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof", *CDPK* 2010, 360-375.
- POPULIER, P., "Het Grondwettelijk Hof: Belgische restauratie noch Vlaams voorvechterschap" *Juristenkrant*, 2015, afl. 312, 13.
- VANDENBERGHE, H., "Overheidsaansprakelijkheid" in VAN QUICKENBORNE., M en VANDENBERGHE., H. (eds.), *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. 2000-2008*, *TPR* 2010, 2013-2097.
- VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid van de staat, de gewesten en de gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving", *TVW* 2006, 400-416.
- VAN OMMESLAGHE, P. en VERBIST, J. "Overheidsaansprakelijkheid voor optreden van de wetgevende macht", *TBP* 2009, 3-24.
- VERSTRAELEN, S., "Toen barstte de bom, het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-2012, 1230-1241.
- VERSTRAELEN, S., "De lastige positie van een bestuur na de ongrondwettigheidverklaring van een regelgevende norm: hoe een duidelijk antwoord verloren geraakt in een veelheid van opvattingen" *TBR* 2012, 332-350.
- VERJANS, E. "Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending persoonlijkheidsrechten", *RW* 2013-14, 522-536.

7.3.3 Doctoraatschriften

- SOMERS, S., *Mensenrechten en buitencontractuele aansprakelijkheid*, onuitg. Doctoraatsthesis V.U. Brussel, 2015.

7.4 Overige

- MADDENS. B. , "Het machtigste parlement van België", <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/opinieblog/opinie/1.2361963>, (consultatie: 8 juni 2015).
- BOONE. R., "Een diverser Grondwettelijk Hof voor meer legitimiteit en kwaliteit" onuitg. opgenomen in jura, 25 februari 2016.

7.5 Bijlagen

- Noot onder Cassatie 30 april 2015 – C.12.0637.F

8 BIJLAGEN

8.2 Noot onder Cassatie 30 april 2015 – C.12.0637.F

NOOT onder Cass. 30 april 2015 – C.12.0637.F

1. Het Hof van Cassatie heeft zich in een arrest van 30 april 2015 opnieuw uitgesproken inzake de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. De vraag of het cultus van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever is doorbroken, hield de doctrinaire discussie reeds een lange tijd op gang.⁴⁰⁵ De vraag die het onderliggend cassatiearrest naar voren brengt, is of het privaatrechtelijk foutbegrip nu expliciet van toepassing werd verklaard op de wetgever. Dit betekent dat een ongrondwettigheid impliceert dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW.

2. Het Hof van Cassatie stelt in het onderliggend arrest dat de burgerlijke rechter in het kader van een aansprakelijkheidsvordering de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid moet controleren alvorens over te gaan tot het toekennen van een schadevergoeding. Deze controle moet worden uitgevoerd vooraleer er uitspraak wordt gedaan over de aansprakelijkheidsvordering. De bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid zijn fout, schade en oorzakelijk verband. Dit zijn de bestanddelen die vervat liggen in het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Dit zou kunnen betekenen dat dit cassatiearrest een uiteindelijke doorbraak is in het cultus van de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Betekent dit cassatiearrest dat we kunnen concluderen dat de wetgever die een ongrondwettige wet uitvaardigt een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW?

3. Als we de evolutie in de cassatierechtspraak bekijken, is het opvallend dat het Hof van Cassatie in het onderliggend arrest van 30 april 2015 een andere wending aanneemt.

4. In het cassatiearrest van 13 mei 1982 bevestigde het Hof dat er een eenheid bestaat tussen een onwettigheid en fout. Dit betekent dat wanneer de wetgever een wet uitvaardigt die in strijd is met een hogere norm dit automatisch een fout impliceert in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW.⁴⁰⁶

5. De eenheidsleer tussen onwettigheid en fout werd voor het eerst genuanceerd in het cassatiearrest van 26 juni

1998. Om een fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW te weerhouden, moet de geschonden bepaling een bepaald gebod of verbod opleggen aan de wetgever.⁴⁰⁷ In het cassatiearrest van 28 september 2006 gaf het Hof een eigen invulling aan het begrip "fout". Wanneer de wetgever een recht aantast dat zijn grondslag vindt een hogere norm die de staat een verplichting oplegt, moet de burgerlijke rechter nagaan of de wetgever op een passende wijze heeft gehandeld.⁴⁰⁸ Het Hof heeft niet geconcretiseerd wanneer de wetgever op passende wijze handelt en heeft de fout niet uitdrukkelijk gekoppeld aan art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het Hof leek bijgevolg een bijzonder foutbegrip te hanteren voor fouten van de wetgever zijnde "de wetgever die niet op passende wijze heeft gehandeld, maakt een fout".

6. In het arrest van 10 september 2010 ging het voor het eerst over de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt. De wetgever had een belastingwet uitgevaardigd die in strijd was met gelijkheidsbeginsel uit art. 10 en art. 11 van de grondwet. Als gevolg hiervan werd de benadeelde verplicht een belasting te betalen op grond van een wet die ongrondwettig was. Het ging in dit arrest dus om de situatie waarbij de wetgever de grondwet had geschonden. Het Hof bevestigde dat de burgerlijke rechter autonoom moet oordelen of de wetgever in dergelijke situatie een fout maakt. Het Hof heeft niet concreet gespecificeerd wanneer er nu effectief sprake is van een fout en of deze fout gebaseerd wordt op art. 1382 BW en art. 1383 BW.⁴⁰⁹ Het was niet duidelijk hoe dit cassatiearrest moest worden geïnterpreteerd. Het was onduidelijk of het Hof heeft bevestigd dat de eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout kan worden doorgetrokken naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout waardoor het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW effectief van toepassing wordt verklaard op de wetgever. Bepaalde strekkingen zien het oordeel van het Hof eerder als een verwerping van de eenheidstheorie waardoor art. 1382 BW en art. 1383 BW niet van toepassing zijn op de wetgever.⁴¹⁰

7. De modaliteiten aan de "fout" van de wetgever werden nogmaals door het Hof bevestigd in een recenter arrest van 10 april 2014.⁴¹¹

8. De laatste stap in de cassatierechtspraak is het onderliggend arrest van 30 april 2015. De feiten waren de

⁴⁰⁵Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS., Cass. 10 september 2010, *CDPK* 2011, 292-298, noot. A. WIRTGEN., Cass. 10 september 2010, *RW* 2010-2011, 1726-1729, noot P. POPULIER., Cass. 28 september 2006, *TBPR* 2007-09, 547-553, noot E. MAES., E.DE KEZEL, "Ongrondwettige norm is geen bewijs van fout wetgever" *Juristenkrant*, afl. 218, 24 november 2010, 3., G. MAES, "Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving", *RW* 2003-04, 1201-1209. en G. MAES, "Algemene

zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398-404.

⁴⁰⁶ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 1134.

⁴⁰⁷ Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28.

⁴⁰⁸ Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320.

⁴⁰⁹ Cass. 10 september 2010, *NWJ* 2011, 425-426.

⁴¹⁰ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS.

⁴¹¹ Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N.

volgende: Eiseres in de zaak is de Vrije Universiteit Brussel. Eerste verweerster is de Belgische staat en tweede verweerster is de Franse gemeenschap. Eiseres wordt in eerste aanleg veroordeeld wegens het onterecht invorderen van een bijkomend inschrijvingsgeld van studenten die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese gemeenschap. Eiseres grondt dit op een reglementering die deze plicht oplegt aan studenten die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese gemeenschap. Deze reglementering was in strijd met het non-discriminatiebeginsel uit art. 7 EEG-verdrag dat geïncorporeerd werd in art. 18 VWEU. Eiseres stelt een vordering in tot tussenkomst en vrijwaring tegen de Franse gemeenschap aangezien zij de desbetreffende reglementering heeft ingevoerd. Het Hof van Justitie bevestigde dat de regeling ingevoerd door de Franse gemeenschap strijdig is met het non-discriminatiebeginsel uit art. 7 EEG-verdrag. De reglementering vormt een discriminatie op grond van nationaliteit. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat de schuldvordering van eiseres onzeker was. Volgens het Hof van Beroep vloeien de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid niet voort uit de loutere vaststelling door het Hof van Justitie dat een reglementering strijdig is met het non-discriminatiebeginsel. Dit kan enkel wanneer de Franse gemeenschap een resultaatverbintenis miskent die hem werd opgelegd door de geschonden verdragsbepaling. Indien dit niet het geval is, kan er geen fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW worden weerhouden in hoofde van de Franse gemeenschap.

9. In het onderliggend cassatiearrest van 30 april 2015 bevestigt het Hof dat de burgerlijke rechter de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid moet controleren. Het lijkt alsof het Hof de toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever bevestigt aangezien de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid vervat liggen in art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het is mijns inziens nog steeds geen algemene definitieve bevestiging dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing is verklaard op de wetgevende macht. Het lijkt alsof het Hof dit enkel bevestigt ten aanzien van een onwettigheid en niet ten aanzien van een ongrondwettigheid. De onderliggende feiten betreffen een schending van een EU-bepaling waardoor de redenering specifiek lijkt te gelden voor de schending van een EU bepaling en dus voor een onwettigheid maar niet voor een schending van de grondwet. Dit gaat over de situatie waarbij de wetgever een hoger norm schendt zijnde EU-recht. Deze redenering wordt in het arrest niet expliciet doorgetrokken naar de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt. Het was immers deze laatste situatie uit cassatie 10 september 2010 die de doctrinaire onenigheid tot stand heeft gebracht. Het was bijgevolg belangrijk dat het Hof in het onderliggend arrest van 30 april 2015 verder zou gaan op zijn onduidelijk en

vaag arrest van 10 september 2010. Hier had de wetgever de artikelen 10 en 11 van de grondwet geschonden en het was deze situatie die onduidelijk teweegbracht over de gevolgen voor de overheidsaansprakelijkheid in hoofde van de wetgever. In het onderliggend arrest was de wet tot invoering van een extra inschrijvingsgeld strijdig met een EU bepaling zijnde het non-discriminatiebeginsel. Het Hof spreekt zich niet uit over een schending van de grondwet. Bijgevolg kan er moeilijk worden voorgehouden dat dit cassatiearrest een vervolg is op het ophefmakend cassatiearrest van 10 september 2010 waar het ging om een wet die strijdig was met de grondwet. Er is bijgevolg nog steeds geen invulling van de principiële aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever in het geval de wetgever een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet.

10. Het Hof van Cassatie bevestigt in het onderliggend arrest dat de loutere schending van een EU-bepaling niet ipso facto een fout impliceert. Uit de vaststelling van het Hof van Justitie dat de regelgeving van de Franse gemeenschap in strijd is met art. 7 EEG-verdrag vloeit niet automatisch voor dat de bestanddelen van de foutaansprakelijkheid aanwezig zijn. De burgerlijke rechter moet deze onderzoeken. Dit lijkt op de redenering die het Hof van Cassatie aanhaalt in het arrest van 10 september 2010 aangezien het daar ook oordeelde dat een arrest van het Grondwettelijk Hof niet ipso facto een fout impliceert. Er zou beargumenteerd kunnen worden dat het Hof ook in het onderliggend cassatiearrest van 30 april 2015 de eenheidsleer verwerpt maar dan concreet de eenheid tussen een arrest van het Hof van Justitie en een fout. De regelgeving omtrent het extra inschrijvingsgeld is strijdig met art. 7 EEG-verdrag en is dus onwettig wegens schending van een verdragsbepaling maar dit impliceert niet ipso facto een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het kan pas een fout impliceren wanneer de rechter aantoonde dat hij de bestanddelen uit de burgerlijke aansprakelijkheid zijnde fout, schade en oorzakelijk verband heeft onderzocht.

11. In het licht van de analysering van het privaatrechtelijk foutbegrip neemt het Hof van Cassatie een rare redenering aan in het arrest van 30 april 2015. Door te stellen dat een arrest van het Hof van Justitie niet ipso facto een fout impliceert, druist het in tegen de ratio van het privaatrechtelijk foutbegrip. Het objectief bestanddeel van het foutbegrip heeft immers tot doel dat een schending van een specifieke norm automatisch een fout impliceert. De verdragsbepaling in casu zijnde het toenmalige art. 7 EEG-verdrag is dergelijke specifieke norm hetgeen betekent dat een schending van deze norm een fout impliceert in de zin van art. 1382 BW en 1383 BW. Het Belgisch rechtssysteem kent immers één enkel onrechtmatigheidsmodel hetgeen

bevestigd werd in het cassatiearrest van 13 mei 1982.⁴¹² Een onwettigheid impliceert ipso facto een fout in de zin van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Er is echter wel een opmerkelijk verschil. In het onderliggend arrest betreft het een regelgeving uitgevaardigd door de Franse gemeenschap terwijl het in het cassatiearrest van 13 mei 1982 een besluit van een administratieve overheid betreft. Het Hof van Cassatie voegde in zijn eerdere rechtspraak reeds modaliteiten toe aan de formulering van "fout" indien de fout uitgaat van de wetgever.⁴¹³ Het betreft in casu een onwettigheid die uitgaat van de gemeenschapswetgever. Dit betekent dat de hogergenoemde modaliteiten van toepassing zijn. De wetgevende handeling kan bijgevolg enkel een fout impliceren wanneer art. 7 EEG-verdrag de gemeenschapswetgever iets oplegt om te doen of niet te doen.

12. Bij grondwetsbepalingen is het niet altijd even duidelijk of zij de wetgever opleggen iets te doen of niet te doen. De vraag is of deze problematiek ook speelt bij de bepaling uit het EEG verdrag die het non discriminatiebeginsel oplegt hetgeen nu vervat ligt in art. 18 VWEU. Zo ja, vormt dit de verklaring waarom het Hof van Cassatie de vreemde redenering aanneemt in het onderliggend arrest door te stellen dat de vastgestelde schending van het EEG verdrag door het Hof van Justitie niet automatisch een fout impliceert. De modaliteit die het Hof in zijn eerdere rechtspraak heeft toegevoegd aan de beoordeling van het foutbegrip zal hoogstwaarschijnlijk aan de basis liggen van het Hof zijn redenering. Een vergelijking van art. 18 VWEU met art. 10 GW leert ons dat de letterlijke bewoordingen in art. 18 VWEU wel expliciet het verbod van discriminatie opleggen aan de nationale wetgever veeleer dan kan worden afgeleid uit art. 10 van de grondwet dat eerder algemeen is geformuleerd. In art. 10 en 11 van de grondwet valt geen letterlijk verbod te lezen wat de twijfel kan verklaren of deze bepalingen wel voldoen aan de door het Hof van Cassatie opgelegde modaliteit. Aangezien art. 18 VWEU wel voldoet aan de modaliteit is het een onjuiste redenering van het Hof om te stellen dat een schending van art. 18 VWEU niet automatisch een fout uitmaakt. Een schending van een specifiek norm zoals art. 18 VWEU betekent op grond van het gemeen aansprakelijkheidsrecht een fout in de zin van art. 1382 BW en 1383 BW. Bovendien druist de redenering van het Hof in tegen zijn eerdere rechtspraak in het arrest van 13 mei 1982 waarbij het uitdrukkelijk de eenheid tussen onwettigheid en fout heeft aanvaard. De onwettigheid zijnde de strijdigheid van het decreet van de Franse gemeenschap met een verdragsbepaling is een onwettigheid die automatisch een

fout in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW moet impliceren.

13. Uit de grieven van het onderliggend cassatiearrest blijkt een onduidelijkheid.⁴¹⁴ Er situeert zich immers een tegenstrijdigheid in de redenering van het Hof van Beroep. Het Hof van Beroep erkent enerzijds dat een wettelijke bepaling die strijdig is met supranationaal recht een fout van de wetgever impliceert. Anderzijds stelt het Hof van Beroep dat deze vastgestelde onwettigheid de rechter er niet van ontslaat om het bestaan van de wezenlijke bestanddelen van de aansprakelijkheid uit art. 1382 BW en art. 1383 BW vast te stellen. De "fout" is één van deze wezenlijke bestanddelen dus dit vormt een contradictorische en vage redenering. Het Hof erkent dat er een fout van de wetgever is maar dat de rechter toch nog de fout als wezenlijk bestanddeel van de burgerlijke aansprakelijkheid dient vast te stellen. De term fout wordt niet nader geconcretiseerd hetgeen verwarring zaait. Het Hof van Cassatie repliceert hierop en stelt dat de wetgever een fout begaat wanneer een verordening wordt uitgevaardigd die in strijd is met een gemeenschapsrechtelijke norm. Deze norm moet hem verplichten op een welbepaalde manier iets niet te doen. Pas in dit geval komt de burgerlijke aansprakelijkheid van de wetgever in het gedrang. Het Hof van Cassatie brengt evenmin duidelijkheid aangezien het enerzijds erkent dat de wetgever een fout maakt door een regelgeving uit te vaardigen die strijdig is met supranationaal recht maar anderzijds hieruit concludeert dat de burgerlijke aansprakelijkheid van de wetgever in dat geval in het gedrang komt maar niet vaststaat. Deze redenering staat haaks met het principe dat een onwettigheid ipso facto een fout impliceert en de term "fout" eigenlijk sowieso verwijst naar een fout in de zin van de burgerlijke aansprakelijkheid. Dit gelet op de eerdere uitspraak van het Hof dd. 13 mei 1982.

14. Of hoger genoemde vaststelling uit randnummer 13 kan worden doorgetrokken naar een ongrondwettigheid is een moeilijke kwestie. Het onderliggend arrest betreft een onwettigheid zijnde een regelgeving uitgaande van de Franse gemeenschap die in strijd is met een verdragsbepaling. Het Hof maakte reeds in zijn eerdere rechtspraak een onderscheid tussen onwettigheid en ongrondwettigheid. Er is duidelijk een onderscheid tussen de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt en de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt. In zijn arrest van 13 mei 1982 werd een eenheid tussen onwettigheid en fout erkend terwijl het Hof in zijn arrest van 10 september 2010 een eenheid tussen

⁴¹² Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1981-1982, 1134.

⁴¹³ *Supra* 1, nr. 5

⁴¹⁴ Zie hierbij cass. 30 april 2015, C.120637.F/6.

ongrondwettigheid en fout verwierp. Alleszins zijn er bepaalde strekkingen die het cassatiearrest van 10 september 2010 zien als een verwerping van de eenheid tussen ongrondwettigheid en fout.⁴¹⁵ Andere strekkingen zien het eerder als een doortrekking van de eenheidstheorie en een toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever.⁴¹⁶

15. Mijns inziens kunnen we de redenering van het Hof van Cassatie in zijn arrest van 10 september 2010 niet beschouwen als een doortrekking van de eenheid tussen onwettigheid en fout naar een eenheid tussen ongrondwettigheid en fout. Het Hof koppelt de fout van de wetgever letterlijk los van het privaatrechtelijk foutbegrip uit art. 1382 BW en art. 1383 BW. Het laat de beoordeling van "fout" immers autonoom over aan de burgerlijke rechter. De rechter moet autonoom oordelen of de strijdigheid van de wet met de artikelen 10 en 11 van de grondwet een fout van de wetgever impliceerde. Er blijkt nergens uit het cassatiearrest van 10 september 2010 dat het om een fout uit art. 1382 BW en art. 1383 BW gaat. Bovendien ging het om een ongrondwettigheid. Het onderliggend cassatiearrest van 30 april 2015 betreft de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt dan de grondwet. Dit cassatiearrest vormt mijns inziens dan ook geen vervolg op het eerder arrest van 10 september 2010 waardoor de commotie rond dit cassatiearrest naar mijn mening kan blijven spelen.

16. Er is nog steeds geen duidelijk en concreet antwoord op de vraag of de wetgever een fout kan maken op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer de wetgever een wet uitvaardigt die strijdig is met de grondwet. Er is bijgevolg nog steeds geen duidelijke invulling van de principiële aansprakelijkheid van de wetgever. Het onderliggend arrest betreft een situatie waarbij het gaat om een onwettigheid zijnde de situatie waarbij de wetgever een regelgeving uitvaardigt die strijdig is met een EU-bepaling. De situatie in cassatie 10 september 2010 ging over een ongrondwettigheid zijnde een regelgeving die in strijd was met het gelijkheidsbeginsel uit de grondwet. Mijns inziens is er nog steeds een onderscheid tussen de wetgever die een EU bepaling schendt of de wetgever die de grondwet schendt. Zowel het VWEU-verdrag als de grondwet zijn beide specifieke hogere normen in de zin van het objectief element uit het privaatrechtelijk foutbegrip. Desondanks rechtvaardigt de bijzondere positie van het Grondwettelijk Hof alsook het feit dat niet iedereen grondwetsbepalingen ziet als bepalingen die een bepaald gebod of verbod

opleggen aan de wetgever een onderscheid tussen de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt en de situatie waarbij de wetgever een andere hoger enorm schendt. Grondwetsbepalingen zijn onduidelijk en vaag opgesteld hetgeen betekent dat er uit de bewoordingen van de grondwet moeilijk kan worden afgeleid of ze de wetgever opleggen iets te doen of niet te doen.⁴¹⁷ Het is bijgevolg noodzakelijk dat de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever specifiek wordt geconcretiseerd in de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt.

17. Het enige argument om de redenering van het Hof van Cassatie toch te kunnen doortrekken naar een ongrondwettigheid en fout is gelegen bij het non-discriminatiebeginsel. Het non-discriminatiebeginsel is zowel opgenomen in de grondwet als in het VWEU.⁴¹⁸ Dit zou kunnen betekenen dat de burgerlijke rechter zowel bij een arrest van het Grondwettelijk Hof als bij een arrest van het Hof van Justitie onderzoek dient te doen naar de bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid. Dit zou kunnen betekenen dat dit een bevestiging vormt van de verwerping van de eenheidstheorie tussen ongrondwettigheid en fout. Een arrest van het Grondwettelijk Hof betekent net zoals een arrest van het Hof van Justitie niet automatisch dat de wetgever een fout maakt op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW. De wetgever maakt pas een fout op grond van art. 1382 BW en art. 1383 BW wanneer de burgerlijke recht aantoont dat alle bestanddelen van de burgerlijke aansprakelijkheid aanwezig zijn. Toch kan er niet met zekerheid worden gesteld dat dit de bedoeling was van het Hof van Cassatie in het onderliggend arrest van 30 april 2015. Het zou beter zijn geweest als het Hof dit expliciet had weergegeven als algemeen principe. Bovendien maakte het Hof reeds eerder al een onderscheid tussen onwettigheid en ongrondwettigheid.⁴¹⁹

18. Mijns inziens gaat het Hof van Cassatie in het onderliggend arrest van 30 april 2015 verder op de nuancering van de eenheid tussen onwettigheid en fout. Het Hof geeft vervolg aan zijn eerdere geformuleerde modaliteiten bij de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever.⁴²⁰ Een schending van een specifieke norm in casu een EU-bepaling impliceert niet ipso facto een fout omdat de bestanddelen van het civiel aansprakelijkheidsrecht dienen te worden onderzocht. Naast het feit dat de geschonden bepaling aldus een bepaald gebod of verbod moet opleggen, dient verder onderzoek te gebeuren naar de bestanddelen van het

⁴¹⁵ Cass. 10 september 2010, *TFR* 2011, 197-201, noot. S. GUILIAMS.

⁴¹⁶ Cass. 10 september 2010, *CDPK* 2011, 292-298, noot A. WIRTGEN.

⁴¹⁷ Zie hierbij de vergelijking van art. 10 GW en art. 11 GW met art. 18 VWEU. *Supra* nr. 12.

⁴¹⁸ Art. 10 GW, art. 11 GW en art. 18 VWEU

⁴¹⁹ *Supra* nr. 15.

⁴²⁰ Cass. 26 juni 1998, *RCJB* 2001, 21-28., Cass. 28 september 2006, *NWJ* 2007, 319-320. en Cass. 10 april 2014, C.11.0797.N/1. en *supra* nr. 5.

privaatrechtelijk foutbegrip. De toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip op de wetgever kan mijns inziens niet als algemeen principe worden afgeleid uit het onderliggend cassatiearrest. De toepassing van het privaatrechtelijk foutbegrip is enkel bevestigd voor de situatie waarbij de wetgever een hogere norm schendt maar niet de grondwet. Het onderliggend arrest ging immers over de schending van een EU-bepaling.

19. Naar mijn mening kunnen we uit de bewoordingen van het Hof navolgende redenering afleiden: er kan een fout in hoofde van de wetgever worden weerhouden wegens schending van een hogere norm in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW als er twee voorwaarden voldaan zijn:

- 1) Er is onderzoek gevoerd naar de bestanddelen uit het privaatrechtelijk foutbegrip en deze zijn aanwezig;
- 2) op voorwaarde dat de geschonden bepaling een bepaald gebod of verbod oplegt aan de wetgever.

20. Uit de bewoordingen van het Hof kan nergens letterlijk worden afgeleid dat er eveneens een fout van de wetgever in de zin van art. 1382 BW en art. 1383 BW kan worden weerhouden wegens schending van de grondwet. Als men dit effectief wilt bereiken zal er nog 1 cassatiearrest moeten volgen dat uitdrukkelijk een algemeen principe erkent dat het privaatrechtelijk foutbegrip van toepassing is op de wetgever zowel bij de situatie waarbij de wetgever de grondwet schendt als bij de situatie waarbij de wetgever een andere hogere norm schendt.

Elisa Fiata

Universiteit Hasselt

