



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 50.931/2
du 8 juillet 2013

advies 50.931/2
van 8 juli 2013

sur

over

une proposition de loi
'modifiant le Code judiciaire
en ce qui concerne la
réouverture de la procédure en
matière civile' (*Doc. parl.*,
Chambre, n° 53-2014/001)

een wetsvoorstel 'tot wijziging
van het Gerechtelijk Wetboek
wat betreft de heropening van
de rechtspleging in burgerlijke
zaken' (*Parl. St.*, Kamer,
nr. 53-2014/001)

Le 7 février 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, sur une proposition de loi 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la réouverture de la procédure en matière civile' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 53-2014/001).

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 8 juillet 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 8 juillet 2013.

*

Op 7 februari 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken' (*Parl. St.*, Kamer, nr. 53-2014/001).

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 8 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 juli 2013.

*

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. La proposition de loi 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la réouverture de la procédure en matière civile', soumise à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, tend à permettre la réouverture de la procédure civile au niveau national lorsque la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour européenne) a constaté une violation de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels (ci-après la Convention européenne) par l'État belge. Plus précisément, elle permet à un requérant, qui a obtenu qu'un arrêt définitif de la Cour européenne constate une telle violation, de demander « la réouverture » de la procédure civile à l'origine de l'intervention de la Cour européenne, essentiellement en vue d'obtenir, à charge de l'État, la réparation intégrale du préjudice que lui ont causé les décisions internes (article 1121/6, § 1^{er}, proposé).

Sur le plan technique, la proposition s'inspire dans une très large mesure du régime de réouverture de la procédure en matière pénale créé par la loi du 1^{er} avril 2007 'modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale' et figurant aux articles 442bis et suivants du Code d'instruction criminelle.

2. Bien que les développements ne le précisent pas, cette proposition – comme du reste la loi précitée du 1^{er} avril 2007 – vise à rencontrer une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 19 janvier 2000, 'sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme' ¹.

Dans la suite logique de l'obligation faite aux États membres, en application de l'article 46 de la Convention européenne, de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour européenne dans les litiges auxquels ils sont parties, cette recommandation préconise de faire primer la *restitutio in integrum* au sein de chaque système juridique national.

Il est par ailleurs précisé que,

« Si les États disposent d'une certaine liberté d'appréciation quant à la manière d'effacer ces effets, la Recommandation du Comité des ministres a pour objectif de limiter cette liberté d'appréciation des États membres dans certains domaines » ².

Pour ce faire, le Comité des ministres constate qu'

« il y a des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le réexamen d'une affaire ou la réouverture d'une procédure s'est avéré être le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* ».

¹ Recommandation n° R (2000) 2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres 'sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme', adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 2000 lors de la 694^e réunion des délégués des ministres.

² M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2009, p. 1234.

Partant, le Comité encourage notamment les Parties contractantes

« à examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue de s'assurer s'il existe des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention, en particulier lorsque :

i. la partie lésée continue de souffrir de conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture, et

ii. il résulte de l'arrêt de la Cour que

a. la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou

b. la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée ».

Dans l'exposé des motifs de cette recommandation, le Comité des Ministres constate que, même si le réexamen des affaires concerne principalement le domaine du droit pénal, il doit viser toutes les catégories d'affaires, en particulier celles qui satisfont aux critères énumérés dans les sous-paragraphes (i) et (ii). Et de préciser que

« le but de ces critères additionnels est d'identifier les situations exceptionnelles dans lesquelles l'objectif de garantir les droits de l'individu et la mise en œuvre effective des arrêts de la Cour l'emporte sur les principes qui sous-tendent la doctrine de la *res judicata*, en particulier celui de la sécurité juridique, nonobstant l'importance indéniable de ces principes ».

3. La proposition de loi à l'examen ne s'inscrit toutefois pas dans l'optique souhaitée par la recommandation précitée du Comité des ministres, qui donnait la préférence à la *restitutio in integrum*.

Tout en suggérant un nouveau débat « sur le fond » en réouverture, la proposition limite celui-ci à une procédure en indemnisation en faveur de la partie qui a obtenu gain de cause devant la Cour européenne, l'État étant, dans le cadre procédural proposé, substitué aux parties à la procédure initiale qui n'étaient pas présentes à la procédure devant la Cour européenne. Et la juridiction du fond saisie après réouverture doit se limiter, s'il y a lieu, à condamner l'État à dédommager intégralement le requérant ou ses héritiers. En d'autres termes, la proposition opte pour une réparation *par équivalent* et elle ne conduit pas à mettre en question la décision nationale critiquée, par hypothèse, par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant condamné la Belgique, ni, en conséquence, à prévoir la mise à la cause, dans la procédure de réouverture, des personnes qui ont été les bénéficiaires de cette décision nationale en violation d'un droit fondamental.

Avant de procéder à l'analyse de la proposition, il convient de s'interroger sur la nécessité, en l'état actuel du droit, d'une nouvelle législation qui se borne à poursuivre la réparation par équivalent du dommage causé à la partie condamnée par les juridictions internes (A). Il paraît par ailleurs utile de souligner les difficultés que présenterait la mise en

œuvre d'une procédure en réouverture qui viserait effectivement à réaliser la *restitutio in integrum* du requérant (B).

A. L'état du droit belge quant à la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité de l'État

1. Le Conseil d'État souligne la possibilité, aujourd'hui bien établie, de mettre en cause la responsabilité de l'État législateur aux fins d'obtenir la réparation du préjudice subi du fait de la contrariété d'une loi avec la Convention (que cette contrariété ait d'ailleurs donné lieu ou non à un arrêt de condamnation de la Cour européenne)³.

Cependant, la question qui se pose en l'espèce, n'est pas uniquement celle de la responsabilité de l'État-législateur (jurisprudence *Ferrara*⁴) mais également celle de l'État-juge (jurisprudence *Anca*⁵) :

- Il est des hypothèses en effet où la violation de la Convention est entièrement imputable à une action ou une omission d'un magistrat, sans que la loi elle-même ne porte le moindre vice de conventionalité.

- Lorsque c'est la loi elle-même qui porte le vice de conventionalité, l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes (article 35 de la Convention) implique que ce vice aura nécessairement dû être soumis aux juridictions internes appelées à connaître de la procédure initiale. Ces juridictions auront dû, en application de la jurisprudence *Le Ski*⁶, trancher la question de la compatibilité. Soit elles auront reconnu l'incompatibilité ; dans ce cas, aucun problème ne se pose : la Cour européenne ne sera pas saisie sur ce point. Soit elles n'auront pas reconnu l'incompatibilité : dans ce cas, le vice de conventionalité se trouve tout autant dans la loi appliquée que dans la décision judiciaire, revêtue de l'autorité de chose jugée, qui en aura fait application ; il faudra donc, pour obtenir l'indemnisation après coup sur le fondement du droit commun de la responsabilité, invoquer les principes découlant de la jurisprudence *Anca*.

2. Une indemnisation semble donc *de lege lata*, possible sur fondement de la responsabilité civile (articles 1382 et suivants du Code civil) après condamnation strasbourgeoise. Il n'est pas nécessaire de prévoir, dans cette hypothèse, une procédure visant à mettre préalablement à néant la décision définitive « viciée » rendue dans la procédure initiale.

Certes, selon la jurisprudence *Anca I* et *II*, lorsque le fait prétendument fautif « constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme

³ Cass., 28 septembre 2006, Pas. 2006, p. 1870, avec les conclusions du Premier Avocat général J.Fr. Leclercq.

⁴ *Ibid.*

⁵ Arrêt *Anca I*, Cass., 19 décembre 1991, Pas. 1992, I, p. 316 ; arrêt *Anca II*, Cass., 8 décembre 1994, Pas., 1994, I, p. 1063.

⁶ Cass., 27 mai 1971, Pas. 1971, pp. 886 et sv. avec les conclusions du Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch.

juridique établie et n'est, dès lors, plus revêtue de l'autorité de la chose jugée ». La formule est constante depuis lors ⁷.

L'incise « en règle » montre que l'exigence d'une mise à néant préalable de l'autorité de la chose jugée par le biais de l'exercice d'une voie de recours n'est pas absolue. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 19 décembre 1991 ⁸, le Procureur général, J. Velu indique que l'anéantissement préalable susvisé n'est pas nécessaire lorsque la « faute » de l'acte juridictionnel est attestée par un arrêt de la Cour européenne déclarant ledit acte contraire à la Convention. La doctrine va en ce sens ⁹. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 mars 2010 ¹⁰, a conclu à l'identique en présence d'une « décision » du Comité des ministres du Conseil de l'Europe « condamnant » (ancienne procédure de règlement « politique » abrogée par le Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme) la Belgique pour méconnaissance de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention :

« 1. La faute du magistrat pouvant, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, entraîner la responsabilité de l'État consiste, en règle, en un comportement qui, soit s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, soit, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée.

2. De plus, lorsque l'acte incriminé d'un magistrat constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la responsabilité de l'État ne peut en règle être encourue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie.

Doit y être assimilé, le cas où, avant la modification de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le 11^e Protocole, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a constaté dans une décision que l'acte litigieux viole la Convention ou les protocoles y annexés.

Avant cette décision par laquelle la violation visée est constatée, il n'existe pas de dommage réparable (non souligné dans le texte) ».

3. Il s'ensuit que, dans sa visée purement indemnitaire, la proposition à l'examen ne conquiert pas son utilité par la mise en place d'un mécanisme de « mise à néant » de la décision juridictionnelle fautive. Même sans cette mise à néant, l'indemnisation serait possible sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil.

L'effet utile de la proposition ne pourrait être vérifié que si le mécanisme indemnitaire mis en place était découplé du droit commun de l'article 1382 du Code civil et reposait sur une conception tout à fait stricte de l'unité de la faute et de l'illégalité. Il apparaît en

⁷ Cass., 26 juin 1998, Pas. 1998, p. 812 avec les conclusions de l'Avocat général J. Spreutels.

⁸ Pas., 353, et note n° 129.

⁹ F. Rigaux et J. van Compernelle, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », R.C.J.B., 1993, pp. 304-305.

¹⁰ C.09.0403.N.

effet¹¹ que ce droit commun – tant en ce qui concerne la responsabilité de l'État-juge que la responsabilité de l'État-législateur – s'oriente de plus en plus vers l'idée que toute violation quelconque d'une norme juridique supérieure n'est pas nécessairement fautive.

La création d'un régime juridique autonome, qui assimilerait de manière automatique une violation de la Convention attestée par une condamnation de la Cour européenne à une faute génératrice d'une obligation de réparer (moyennant la preuve supplémentaire du lien causal et du dommage) aurait donc, par rapport au droit commun existant, une portée utile : tel est au demeurant le régime de responsabilité « automatique » sur lequel repose l'article 27 de la loi du 13 mars 1973 'relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante', en cas de détention déclarée contraire à l'article 5 de la Convention.

B. Difficultés juridiques posées par la mise en œuvre d'une procédure de réouverture visant à réaliser la *restitutio in integrum* du requérant

1. En l'absence des parties au procès initial, dans le cadre de la procédure en réouverture mise en place par la proposition, il est évident que cette procédure ne peut qu'être limitée à l'évaluation et la réparation de l'éventuel préjudice subi par le requérant. Il ne s'agit en définitive pas d'une véritable procédure en « réouverture » : la procédure interne initiale reste intacte et les droits définitivement acquis par « l'autre partie » ne sont nullement remis en cause.

2. C'est toute la difficulté que présentent de telles procédures « en réouverture », qui font s'opposer plusieurs principes de procédure, fondamentaux mais en l'occurrence contradictoires :

1°) l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour européenne, qui doit être respectée et en principe conduire à une *restitutio in integrum* au profit de la partie victime d'une violation de la Convention dans le cadre de la procédure interne ;

2°) le respect des droits de la défense de la partie à la procédure initiale devant les juridictions internes – eux-mêmes prescrits par la Convention, spécialement le respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes – et,

3°) parallèlement, l'autorité de la chose jugée des décisions coulées en force de chose jugée, prises par les juridictions nationales avant l'intervention de la Cour européenne.

En effet, dans les procédures nationales opposant des personnes privées (particuliers ou personnes morales de droit privé), la partie qui a eu gain de cause devant les juridictions nationales ne sera pas partie, sauf à de rares exceptions, à la procédure éventuellement introduite devant la Cour européenne (elle ne sera même pas officiellement avertie de l'intentement d'une telle procédure), le requérant ne pouvant diriger sa requête à Strasbourg que contre l'État. La réouverture de la procédure interne à la suite d'une

¹¹ Voir B. Dubuisson et S. Van Drooghenbroeck, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801 à 808.

condamnation strasbourgeoise pose ainsi inévitablement une difficulté, liée au fait qu'une partie à cette procédure, non requérante dans l'instance européenne, n'aura pas pu y faire valoir ses droits alors qu'on prétendrait lui en opposer le résultat ¹². Il y a là un problème sérieux d'égalité des armes dans le cadre de la procédure qui suivra la réouverture ¹³.

Telle est la raison pour laquelle, lors de l'adoption du nouvel article 442bis du Code d'instruction criminelle, il a été décidé, par souci de sécurité juridique et à l'encontre des considérations formulées par le Conseil d'État dans son avis 34.434/4 sur l'avant-projet ayant conduit à l'adoption de la loi précitée du 1^{er} avril 2007 ¹⁴, que la réouverture en matière pénale laisserait intact ce qui avait été pristinément jugé sur les intérêts civils, le réexamen proprement dit ne portant que ce sur quoi a été jugé quant à l'action publique, c'est-à-dire dans le lien d'instance opposant uniquement l'État à la partie poursuivie.

3. L'autorité de la chose jugée des arrêts définitifs de la Cour européenne découle de l'article 46 de la Convention. Il en résulte notamment qu'aucune des autorités de l'État – en ce compris un juge statuant *ex post* dans le cadre de la réouverture de la procédure interne litigieuse – ne peut remettre en cause le constat de violation de la Convention auquel la Cour est parvenu.

En principe, les États sont libres du choix des moyens à mettre en œuvre pour réparer les violations de la Convention qui leur ont été imputées par un arrêt de condamnation. Cette liberté de choix est cependant restreinte par la jurisprudence de la Cour européenne ¹⁵ elle-même, qui interprétant l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de la recommandation précitée R(2000)2, a de plus en plus tendance à « prescrire » la réouverture ou la révision d'une procédure interne comme seul moyen adéquat de réparation des violations de la Convention qu'elle constate.

Cette tendance se révèle tant en matière civile qu'en matière pénale. Une synthèse des évolutions enregistrées en la matière est fournie par l'arrêt de la Cour européenne *Verein gegen Tierfabriken (n° 2) c. Suisse*, du 30 juin 2009 (à propos du refus de réouverture de la procédure interne, par le Tribunal fédéral suisse, à la suite de la condamnation intervenue dans l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken (n° 1) c. Suisse*) :

« 83. La Cour rappelle qu'il convient de lire la Convention comme un tout. Dans le contexte de la présente affaire, la question de savoir s'il y a eu une nouvelle violation de l'article 10 doit nécessairement être examinée en tenant compte de l'importance, dans le système de la Convention, de l'exécution effective des arrêts de la Cour conformément à l'article 46 de la Convention qui est libellé comme suit :

‘1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

¹² Voir en détail les auditions de MM. Vandehole, Lemmens et De Schutter à l'occasion de la discussion de l'avant-projet devenu la loi du 1^{er} avril 2007 ‘modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale’ (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1083/8).

¹³ Voir, par analogie, Cass., 15 février 1991, Pas., 1991, I, p. 572.

¹⁴ *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1156/3.

¹⁵ Essentiellement postérieure à l'avis 39.301/2.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution'.

84. À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'un des traits les plus significatifs du système de la Convention réside dans le fait qu'il est doté d'un mécanisme de contrôle du respect de ses dispositions. Ainsi, la Convention n'impose pas seulement aux États parties le respect des droits et obligations qui en découlent, mais elle met également sur pied un organe juridictionnel, la Cour, habilitée à constater des violations de la Convention dans le cadre d'arrêts définitifs auxquels les États parties se sont engagés à se conformer (article 19, combiné avec l'article 46 § 1). De surcroît, elle institue un mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts, sous la responsabilité du Comité des Ministres (article 46 § 2 de la Convention). Ce mécanisme démontre l'importance que revêt la mise en œuvre effective des arrêts.

85. S'agissant des exigences de l'article 46, il y a lieu de rappeler tout d'abord que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est tenu de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels il est partie. En d'autres termes, l'inexécution ou l'exécution lacunaire d'un arrêt de la Cour peut entraîner la responsabilité internationale de l'État partie. Celui-ci est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences, l'objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n° 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *Assanidzé c. Georgie* [GC], n° 71503/01, § 198, CEDH 2004-II).

86. Ces obligations font écho aux principes de droit international selon lesquels un État responsable d'un acte illicite a le devoir d'assurer une restitution, laquelle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant que l'acte illicite ne fût commis, pour autant que cette restitution ne soit pas « matériellement impossible et n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation » (article 35 du projet d'articles de la Commission du droit international relatif à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, paragraphe 36 ci-dessus). En d'autres termes, si la restitution est la règle, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'État responsable se voit exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restituer, à condition toutefois qu'il en établisse dûment l'existence.

87. En tout état de cause, les États défendeurs sont tenus de fournir au Comité des Ministres une information complète et à jour au sujet de l'évolution du processus d'exécution des arrêts qui les lient (voir la Règle 6 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables ; paragraphe 35 ci-dessus). À cet égard, la Cour souligne l'obligation qui incombe aux États d'exécuter les traités de bonne foi, comme le rappellent notamment l'alinéa 3 du préambule ainsi que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (paragraphe 37 ci-dessus).

88. Certes, l'État défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta*, précité, § 249, et *Lyons et autres*, précitée, p. 431). Cependant, dans certaines situations particulières, il est arrivé que la Cour ait estimé utile d'indiquer à un État défendeur le type de mesures à prendre pour

mettre un terme à la situation – souvent structurelle – qui avait donné lieu à un constat de violation (voir, à titre d'exemple, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV, *Popov c. Russie*, n° 26853/04, § 263, 13 juillet 2006). Parfois même, la nature de la violation constatée ne laisse pas de choix quant aux mesures à prendre (Assanidzé, précité, § 202).

89. S'agissant en particulier de la réouverture d'une procédure, il est clair que la Cour n'a pas compétence pour ordonner de telles mesures (voir, parmi d'autres, *Saïdi c. France*, arrêt du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 47, et *Pelladoah c. Pays-Bas*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 297-B, § 44). Toutefois, lorsqu'un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, la Cour peut indiquer qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (voir, parmi d'autres, *Gençel c. Turquie*, n° 53431/99, § 27, 23 octobre 2003, *Öcalan*, précité, § 210, et *Claes et autres c. Belgique*, n° 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 et 49716/99, § 53, 2 juin 2005). Cela correspond aux indications du Comité des Ministres qui, dans sa recommandation R(2000)2, invite les États parties à la Convention à instaurer des mécanismes de réexamen de l'affaire et de réouverture de la procédure au niveau interne, considérant que ceux-ci représentent « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* » [...].

90. En l'espèce, la chambre a estimé que la réouverture de la procédure au niveau interne pouvait constituer un aspect important de l'exécution des arrêts de la Cour. La Grande Chambre partage ce point de vue. Encore faut-il, toutefois, que cette réouverture permette aux autorités de l'État défendeur de se conformer aux conclusions et à l'esprit de l'arrêt de la Cour à exécuter, dans le respect des garanties procédurales de la Convention. Il en va d'autant plus ainsi quand le Comité des Ministres se contente, comme en l'espèce, de constater l'existence d'une procédure de révision sans en attendre l'issue. En d'autres termes, la réouverture d'une procédure ayant violé la Convention n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen – certes privilégié – susceptible d'être mis en œuvre en vue d'un objectif : l'exécution correcte et entière des arrêts de la Cour. Dès lors que celle-ci constitue le seul critère d'évaluation du respect de l'article 46 § 1, lequel critère est le même pour tous les États contractants, il n'en résulte aucune discrimination entre ceux qui ont introduit une procédure de révision dans leur ordre juridique et les autres »¹⁶.

¹⁶ Voir encore *Oleksander Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013 :

« 205. The Court has established that the applicant was dismissed in violation of the fundamental principles of procedural fairness enshrined in Article 6 of the Convention, such as the principles of an independent and impartial tribunal, legal certainty and the right to be heard by a tribunal established by law. The applicant's dismissal has been also found to be incompatible with the requirements of lawfulness under Article 8 of the Convention. The dismissal of the applicant, a judge of the Supreme Court, in manifest disregard of the above principles of the Convention, could be viewed as a threat to the independence of the judiciary as a whole.

206. The question therefore arises as to what individual measures would be the most appropriate to put an end to the violations found in the present case. In many cases where the domestic proceedings were found to be in breach of the Convention, the Court has held that the most appropriate form of reparation for the violations found could be reopening of the domestic proceedings (see, for example, *Huseyn and Others v. Azerbaijan*, n°s. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, § 262, 26 July 2011, with further references). In so doing, the Court has specified this measure in the operative part of the judgment (see, for example, *Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, 26 January 2006, and *Ajdarić v. Croatia*, no. 20883/09, 13 December 2011).

207. Having regard to the above conclusions as to the necessity of introducing general measures for reforming the system of judicial discipline, the Court does not consider that the reopening of the domestic proceedings would constitute an appropriate form of redress for the violations of the applicant's rights.

4. Il s'avère par ailleurs que la possibilité offerte à la partie « non requérante » de faire valoir sa cause devant la Cour européenne est, en l'état du droit, extrêmement réduite et il est certainement légitime, fût-ce dans un pur souci d'efficacité de la procédure devant la Cour européenne, qu'elle le demeure. La voie de la « tierce-intervention », ouverte par l'article 36 de la Convention, jointe à l'article 44 du règlement de la Cour, repose de part en part sur une décision discrétionnaire du Président de la Chambre (ou de la Grande Chambre) devant laquelle la requête est pendante. En pratique, il est extrêmement rare que l'autorisation d'intervenir soit donnée à l'« autre partie », agissant en vue de la défense de ses propres intérêts¹⁷, et son rôle dans l'instance demeure en toute hypothèse très limité¹⁸. De plus, cette « tierce-intervention » n'est pas possible devant le Comité de trois juges qui, depuis l'adoption du Protocole n° 14, peut également être appelé à trancher une affaire « au fond », par arrêt revêtu de l'autorité de chose jugée, lorsque « la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour » (article 28, § 1^{er}, b) de la Convention¹⁹.

Il n'y a pas d'analogie possible, sur ce point, avec la procédure en rétractation (civile, pénale ou administrative) prévue par la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle', dès lors que toute personne justifiant d'un intérêt, avertie par la publication de l'« avis 74 » au *Moniteur belge*, aura eu le droit d'intervenir dans le cadre du recours en annulation qui constitue le fait générateur de la rétractation (article 87, § 2, de la loi spéciale précitée du 6 janvier 1989).

5. Le Conseil d'État relève toutefois que le problème d'égalité des armes ainsi aperçu ne se pose pas, ou pas avec la même intensité, dans toutes les affaires « civiles » – par opposition aux affaires « pénales » –, auxquelles la proposition entend s'appliquer. Lorsque la seule partie adverse à la procédure initiale est l'État, mais aussi, et plus généralement, toute personne morale de droit public qui, en vertu de l'unité de responsabilité internationale de l'État, est censée avoir vu ses intérêts représentés à suffisance par le Gouvernement fédéral devant la Cour européenne, le réexamen à proprement parler de l'affaire ne pose pas de problème ; tel sera le cas, par exemple pour le contentieux fiscal, le contentieux quasi-pénal des amendes et sanctions administratives, le contentieux de la sécurité sociale, etc.

There are no grounds to assume that the applicant's case would be retried in accordance with the principles of the Convention in the near future. In these circumstances, the Court sees no point in indicating such a measure.

208. Having said that, the Court cannot accept that the applicant should be left in a state of uncertainty as regards the way in which his rights should be restored. The Court considers that by its very nature, the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement in the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date ».

¹⁷ Voir les quelques exemples cités par L. Hennebel, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 654-656.

¹⁸ Y. Haecck, *Procederen voor het europees hof voor de rechten van de mens*, Intersentia, 2009, pp. 326-327.

¹⁹ Voir en effet l'article 36, § 1^{er}, de la Convention, *a contrario* : « Dans toute affaire devant une *chambre* ou la *Grande Chambre*.... » ; en ce sens, Y. Haecck, *op. cit.*, p. 321.

Il appartient donc à la proposition de prévoir le réexamen, et non la simple réparation, dans toutes ces hypothèses non problématiques.

Il n'y a pas de problème non plus lorsque la partie adverse « non publique » a été effectivement autorisée à faire une « tierce-intervention » devant la Cour conformément à ce qui a été dit ci-avant.

6. Hors ces hypothèses « non problématiques », il pourrait y avoir place, au cas par cas, à une mise en balance des intérêts entre l'impératif du respect de l'égalité des armes et le respect dû à l'obligation issue de l'article 46 de la Convention de procéder, tant que faire se peut, à une *restitution in integrum*. L'arrêt *Verein gegen Tierfabriek (n° 2) c. Suisse*, précité, ne semble pas s'opposer à une telle mise en balance de la question du réexamen²⁰.

Dans son avis précité 34.434/4, la section de législation avait énoncé, sur ce terrain :

« Le projet soumis à l'examen de la section de législation tend à mettre en œuvre cette recommandation mais en limitant son champ d'application aux décisions pénales dont il aurait été constaté par la Cour européenne des droits de l'homme qu'elles auraient violé la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou l'un de ses Protocoles.

Il n'est pas exclu que dans d'autres matières, donnant lieu à un contentieux civil, administratif, disciplinaire, voire constitutionnel, une partie puisse continuer 'de subir des conséquences négatives très graves' découlant d'une décision juridictionnelle qui, à la suite d'un arrêt de la Cour européenne, apparaîtrait contraire à la Convention précitée ou à ses Protocoles, soit sur le fond, soit en raison d'erreurs ou de défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux existe quant au contenu même de la décision.

En vue de répondre aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 46 de la Convention précitée, il appartient au législateur de concevoir et d'aménager, *en tenant compte des spécificités de chaque contentieux ainsi que des exigences de la sécurité juridique*, des procédures permettant à la partie lésée d'être rétablie le plus complètement possible dans ses droits » (italiques ajoutées).

La même observation vaut en l'espèce, sauf bien entendu en tant qu'elle concerne les procédures civiles, qui font précisément l'objet de la proposition à l'examen.

7. S'agissant des procédures menées devant la Cour constitutionnelle et la section du contentieux administratif du Conseil d'État, qui, par hypothèse, auraient fait l'objet d'une critique émise par la Cour européenne des droits de l'homme, c'est devant ces juridictions que la réouverture des procédures devrait être organisée.

8. C'est sous l'ensemble de ces importantes réserves que le Conseil d'État analyse plus avant la proposition de loi soumise à son examen. Il tient compte de la recommandation

²⁰ Voir Fr. Sudre, « À propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Conseil d'État, Section, 4 octobre 2012, *Baumet*, n° 328502, *R.F.D.A.*, 2013, pp. 103 et s., spéc. n°s 36 à 45.

précitée du 19 janvier 2000 mais également de la loi du 1^{er} avril 2007²¹ dont l'actuelle proposition s'inspire directement.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Dispositif

Article 1^{er}

Une proposition tendant à attribuer une nouvelle compétence à la Cour de cassation règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution et non à l'article 78²².

Article 2

Article 1121/1 proposé du Code judiciaire

1. L'article 1121/1 proposé mentionne non seulement « la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » mais également ses « protocoles additionnels ».

Il va de soi que ne sont concernés que les protocoles additionnels ratifiés par la Belgique après assentiment des assemblées législatives compétentes²³.

2. L'article 1121/1 proposé du Code judiciaire désigne comme fait générateur de la réouverture de la procédure en matière civile, l'existence d'un « arrêt définitif de la Cour européenne des droits de l'Homme » établissant que « la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ou des protocoles additionnels [...] ont été violés ».

Ces termes sont calqués sur ceux de l'article 442bis du Code d'instruction criminelle. Eu égard cependant aux incertitudes auxquelles a donné lieu l'interprétation desdits termes, jusque et y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁴, il s'imposerait que le législateur précise si la notion d'« arrêt définitif » au sens ci-avant spécifié englobe également, outre l'arrêt de condamnation « classique » :

²¹ Voir l'avis 39.301/2 du 21 novembre 2005 sur l'avant-projet devenu la loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale' (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1769/1, pp. 33-39).

²² Voir l'avis 27.906/2 du 23 juin 1998 sur une loi 'portant création d'une requête en interprétation devant la Cour de cassation', déposée par M. Antoine Duquesne (*Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n° 206/1).

²³ Voir l'avis 39.301/2 précité.

²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Hakimi c. Belgique*, du 29 juin 2010 :

« 21. Ayant repris l'examen de l'affaire, la Cour nota que les arguments échangés entre le Gouvernement et le requérant faisaient apparaître une question plus générale au regard de la Convention : celui de l'incidence d'une déclaration unilatérale du Gouvernement sur la possibilité de demander la réouverture de la procédure. À ce jour, la législation de plusieurs États contractants, dont celle de la Belgique, prévoit cette possibilité au cas où la Cour a

- l'arrêt actant un règlement amiable intervenu entre le requérant et l'État défendeur lorsque ce dernier y reconnaît l'existence de la (des) violation(s) de la Convention dénoncé(es) par la requête ;

- la décision qui procède à la radiation du rôle de la Cour en application de l'article 37 de la Convention sur la base d'une déclaration unilatérale de l'État défendeur reconnaissant l'existence de la (des) violation(s) de la Convention dénoncé(es) par la requête.

rendu un arrêt de violation. Reste cependant ouverte la question de savoir si une telle possibilité existe également dans l'hypothèse d'une déclaration unilatérale dans laquelle un Gouvernement reconnaît la violation de la Convention et ce, dans le cadre d'une affaire faisant déjà l'objet d'une jurisprudence de la Cour.

22. Afin de se prononcer sur la déclaration unilatérale du Gouvernement, la Cour décida, le 12 janvier 2010, en vertu de l'article 62, § 1, du règlement de la Cour, d'inviter ce dernier à prendre une position plus nette quant à la demande du requérant, notamment en éclairant la Cour sur les possibilités d'une demande de réouverture de la procédure déposée par le requérant auprès de la Cour de cassation au cas où la déclaration unilatérale serait acceptée par la Cour.

23. Par lettres des 8 mars et 2 avril 2010, le Gouvernement indiqua qu'il appartiendra à la Cour de cassation d'estimer s'il y a ou non, en droit, équivalence entre un arrêt de constat de violation et la déclaration unilatérale de reconnaissance de violation qui lui serait soumise. La Cour pourrait dès lors, afin de diminuer les risques d'une irrecevabilité éventuelle, décider de nommer « arrêt » sa décision de radiation. Le gouvernement souligne l'intérêt que présente la déclaration unilatérale par rapport à l'arrêt pour la célérité de la procédure. En outre, offrir à la Cour de cassation la possibilité d'appliquer éventuellement la théorie de l'équivalence permettrait, sur le plan législatif belge, d'éviter une modification éventuelle des conditions de recevabilité de la loi belge sur la réouverture d'une procédure pénale suite à un constat de violation de la Convention. Si les circonstances de l'espèce devaient le justifier, la Cour pourrait toujours réinscrire l'affaire au rôle, en vertu de l'article 37 de la Convention, afin d'éviter que le requérant ne fasse les frais de cette option.

24. En réponse aux observations du Gouvernement, le requérant insiste pour que la Cour opte pour la solution présentant le plus de garanties pour lui de voir la demande qu'il soumettra à la Cour de cassation examinée favorablement, à savoir le prononcé d'un arrêt de constat de violation [...].

26. La Cour observe que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur les termes d'un règlement amiable de l'affaire (paragraphe 18 ci-dessus).

27. Elle prend acte de la demande de radiation soumise par le Gouvernement, le 4 septembre 2009, en dehors du cadre des négociations menées en vue de parvenir à un règlement amiable.

28. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 37 de la Convention, elle peut à tout moment de la procédure décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conduire à l'une des conclusions exposées aux alinéas a) à c) du paragraphe premier de cette disposition, libellée comme il suit :

[...]

29. Après avoir examiné les termes de la déclaration du Gouvernement et eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour n'estime pas opportun de rayer l'affaire du rôle sur la seule base de ladite déclaration. Elle n'exclut en particulier pas que le requérant ait besoin, afin de pouvoir demander, le cas échéant, la révision de l'arrêt litigieux de la cour d'appel de Bruxelles, d'un arrêt de la Cour constatant explicitement une violation de l'article 6, § 1, de la Convention (paragraphe 16 ci-dessus) (voir, *mutatis mutandis*, *Kessler c. Suisse*, n° 10577/04, 26 juillet 2007).

30. Partant, la Cour poursuit l'examen de la requête ».

Statuant par arrêt du 23 février 2011 (www.cass.be, P.10.2047.F), la Cour de cassation fit droit à la demande de réouverture de la procédure intervenue en cette même affaire. Elle énonça, pour le surplus, ce qui suit :

« C. Sur la demande d'avis :

Le demandeur sollicite l'avis de la Cour sur l'interprétation à donner à l'article 442bis du Code d'instruction criminelle, en tant qu'il subordonne la demande de réouverture de la procédure à l'existence d'un arrêt définitif de la Cour européenne constatant une violation de la Convention. Il invite la Cour de cassation à préciser si la déclaration unilatérale de violation formulée par le Gouvernement de l'Etat où le requérant a été jugé, suffirait pour ouvrir le droit de demander la réouverture de la procédure, sans devoir attendre que la Cour européenne se prononce sur la violation déjà reconnue par ce gouvernement.

Il n'entre pas dans les attributions de la Cour de donner des avis sur des questions étrangères à la solution des pourvois et des requêtes dont elle est saisie.

Pareille demande est irrecevable ».

3. Le Conseil d'État n'aperçoit pas, au regard notamment des principes d'égalité et de non-discrimination, pourquoi ces cas de figure n'ouvriraient pas la possibilité d'une réouverture de la procédure telle qu'envisagée par la proposition à l'examen.

En ce cas, l'article 442bis du Code d'instruction criminelle devrait être complété dans le même sens, ce qui, en toute hypothèse se recommande en raison de l'insécurité juridique mise en lumière dans l'affaire *Hakimi c. Belgique* ²⁵.

Une observation analogue vaut pour l'article 3.

4. L'article 1121/1 proposé vise la violation de la Convention européenne avérée dans une « affaire civile ».

On comprend que, par cette expression, la proposition vise toutes les procédures judiciaires autres que « pénales ».

Dès lors que des contentieux aussi variés que par exemple le contentieux fiscal, le contentieux quasi-pénal des amendes et sanctions administratives, le contentieux de la sécurité sociale, etc., devraient également bénéficier de la procédure de réouverture mise en place par la proposition, il conviendrait au législateur de préciser ce que recouvre la notion d'« affaire civile ».

Articles 1121/2 et 1121/3 proposés du Code judiciaire

L'article 1121/2 proposé n'est pas clair, notamment en raison de la discordance entre ses deux versions linguistiques.

La version néerlandaise évoque la substitution de l'État aux parties « qui n'avaient pas le droit d'intervenir devant la Cour européenne des droits de l'homme ». Interprétée de manière littérale, cette version aboutit à la conséquence que la substitution évoquée a toujours lieu dès lors que, en raison du pouvoir discrétionnaire dont l'article 36, § 2, de la Convention investit le président de Chambre ou de Grande Chambre, aucune partie n'a, *a priori*, le « droit » de faire tierce-intervention dans le cadre de la procédure menée devant la Cour européenne (voir plus haut).

La version française évoque quant à elle la substitution de l'État aux parties « qui n'étaient pas autorisées à intervenir devant la Cour européenne ». Interprétée de manière littérale, cette version aboutit à la conséquence, notablement distincte, que la substitution évoquée n'aura lieu qu'à la double condition que la partie concernée : 1°) ait sollicité, dans le cadre de la procédure devant la Cour européenne, la possibilité de faire intervention et 2°) se soit vue refuser cette possibilité par le Président de la Chambre ou de la Grande Chambre devant laquelle l'affaire était pendante.

Le texte sera clarifié sur ce point.

²⁵ Voir la note précédente.

Pour rencontrer d'une part cette observation et pour clarifier d'autre part l'objet réel de la procédure en réouverture proposée, les articles 1121/2 et 1121/3 devraient être fondus en un seul et seraient mieux rédigés comme suit :

« L'action en réouverture de la procédure appartient au requérant dans l'affaire devant la Cour européenne ou, s'il est décédé, à ses héritiers. Elle est dirigée contre l'État, qui est substitué aux parties à la décision attaquée qui ne sont pas intervenues dans le cadre de la procédure devant la Cour européenne ayant conduit au constat de violation de la Convention européenne ».

Article 1121/4 proposé du Code judiciaire

1. L'article 1121/4, § 2, proposé, impose, sans que les développements de la proposition ne justifient ce choix, dans tous les cas de figure, que le demandeur en réouverture ait recours au ministère d'un avocat à la Cour de cassation.

L'article 442*quater*, § 2, du Code d'instruction criminelle, exige que la demande de réouverture, en matière pénale, soit formée par requête signée par un avocat inscrit au barreau depuis plus de 10 ans. Cette exigence, qui n'avait soulevé aucune observation de la part de la section de législation du Conseil d'État, était justifiée comme suit par l'exposé des motifs de la loi du 1^{er} avril 2007 :

« En vue de prévenir des abus éventuels de procédure, l'intervention obligatoire d'un avocat qui a au moins dix années d'expérience au barreau est prévu, comme c'est déjà le cas pour l'introduction d'une requête en récusation. Cette exigence est de nature à éviter les requêtes abusives ».

Si la seule finalité de l'exigence figurant à l'article 1124/4, § 2, proposé, d'avoir recours à un avocat « non ordinaire » est d'éviter les abus – mais les développements sont muets sur ce point –, le Conseil d'État ne voit pas pourquoi on ne se contente pas, comme à l'article 442*quater*, § 2, du Code d'instruction criminelle, d'un avocat ayant dix ans de barreau.

2. Une autre explication à ce choix – tout aussi absente des développements de la proposition – pourrait se déduire de la volonté d'assurer un parallélisme des formes entre l'introduction d'un pourvoi en cassation et l'introduction d'une demande en réouverture : en matière civile, à la différence de la matière pénale, le recours au ministère d'un avocat à la Cour de cassation est obligatoire. Cette justification ne pourrait toutefois pas être admise dès lors que, dans le cadre du contentieux fiscal qui, à défaut de précision en sens contraire, tombe dans la catégorie générique des « affaires civiles » envisagée par la proposition, le recours au ministère d'un avocat à la Cour de cassation n'est pas imposé²⁶.

3. Il convient au législateur, soit de modifier cette règle, soit de la justifier.

²⁶ *A contrario* : Cass., 15 mars 2002, C.00.0467.F.

Article 1121/5, alinéa 4 proposé du Code judiciaire

Contrairement à ce qui est exposé dans les développements de la proposition (p. 4, deuxième alinéa), il n'est pas certain que le requérant ayant obtenu gain de cause devant la Cour européenne aura toujours plaidé préalablement sa cause devant la Cour de cassation. L'obligation d'épuisement des voies de recours internes est interprétée de façon telle qu'un épuisement de toutes les voies de recours internes n'implique pas toujours, pour le requérant à Strasbourg, d'avoir été jusqu'en cassation. Cette hypothèse semble par ailleurs être visée au quatrième alinéa de l'article 1121/5 proposé.

On notera encore que, dans cette hypothèse, ce n'est pas nécessairement une cour d'appel qui a rendu la décision attaquée à Strasbourg. Il conviendrait dès lors de prévoir que le renvoi de l'affaire s'opère devant une juridiction de même niveau que celle qui a rendu la décision attaquée devant la Cour européenne.

Une observation analogue vaut pour l'article 1121/6, §§ 1^{er} et 3, proposés.

Article 1121/6, § 1^{er}, proposé du Code judiciaire

1. Dans le prolongement de ce qui a été exposé dans l'observation générale, il y a lieu de souligner l'incohérence entre l'absence de la partie adverse au procès initial et le réexamen *au fond* de l'affaire. En effet, la rédaction du paragraphe 1^{er} de l'article 1121/6 proposé dispose :

« La cour d'appel devant laquelle l'affaire a été renvoyée réexamine celle-ci sur le fond, dans les limites de l'annulation par la Cour de cassation et, s'il y a lieu, condamne l'État à dédommager intégralement le requérant ou ses héritiers ».

On peut se demander comment la juridiction de fond peut concrètement réexaminer l'affaire sur le fond en l'absence d'une des parties au procès initial.

À cet égard, il y a lieu de relever que l'enjeu du procès civil n'est pas nécessairement strictement d'ordre patrimonial. L'attribution de l'autorité parentale, la reconnaissance d'une filiation, d'une adoption sont autant d'hypothèses qui peuvent difficilement être analysées, au fond, sous le seul point de vue du requérant.

Il convient par ailleurs de garder à l'esprit que, même si l'État est substitué aux parties qui n'étaient pas à la cause dans le cadre de la procédure devant la Cour européenne, il n'aura pas nécessairement accès aux pièces du dossier que ces parties ont produit devant les juridictions internes, dossiers qui, dans les procédures soumises au Code judiciaire, sont restitués aux parties après le prononcé de la décision.

2. En outre, la notion même de « réexamen sur le fond » est imprécise, dès lors que le système mis en place par la proposition est exclusivement une action en dommages et intérêts contre l'État.

Le texte de la proposition sera revu.

Article 1121/6, § 2, proposé du Code judiciaire

1. Selon l'article 1121/6, § 2, proposé,

« Si l'indemnisation ne suffit pas à corriger la violation de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel rend un avis de modification de la loi que le procureur général transmet au ministre de la justice et au président du gouvernement concerné.

À la demande du procureur général, l'arrêt, avec l'avis de la cour d'appel, est publié dans son intégralité ou par extrait au *Moniteur belge* dans les trente jours après qu'il est devenu irrévocable ».

Cette disposition n'est pas autrement éclairée par les développements de la proposition.

2. Conformément à l'article 6 du Code judiciaire, il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises. Si le législateur veut déroger à cette règle générale, il convient qu'il s'en explique expressément. Rien ne semble toutefois justifier que le soin de proposer une modification législative soit confié aux cours et tribunaux.

3. Si l'intention de l'auteur de la proposition est de permettre au juge d'inviter le législateur à intervenir afin de permettre le dédommagement intégral du requérant, le dispositif gagnerait à l'énoncer plus clairement. Il faudrait alors s'interroger sur la compatibilité d'une telle norme avec des notions aussi fondamentales que l'autorité de la chose jugée, la non-rétroactivité et l'égalité des citoyens.

Si l'intention se résume à permettre au juge d'inviter le législateur à revoir la loi pour le futur, l'on se retrouve soit dans l'hypothèse où la condamnation de l'Etat belge résulte d'une faute du législateur, passible de sanction sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁷, soit devant une nouvelle déclinaison de la procédure d'évaluation législative. Il est à cet égard rappelé que la loi du 25 avril 2007 'instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif' organise déjà un système de requête qui peut être introduit notamment par toute autorité publique chargée de contrôler l'application de la loi (article 4, 1°) contre des lois dénoncées notamment pour leurs lacunes, incohérences ou erreurs (article 3, 1°). Le Comité parlementaire est également alimenté par un rapport établi par les procureurs généraux « comprenant un relevé des lois qui ont posé des difficultés d'application ou d'interprétation » (article 11).

4. En tout état de cause, l'expression « président du Gouvernement » est inusuelle en ce qui concerne le premier ministre du Gouvernement fédéral et il conviendrait de prévoir également l'« avis » aux présidents de l'assemblée législative ou des assemblées législatives concernées.

²⁷ Voir, ci-avant, l'observation générale.

Article 3

À l'alinéa 2 est évoquée l'hypothèse où « le Comité des ministres au [lire : du] Conseil de l'Europe n'a pas encore constaté qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 46, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Il serait préférable, conformément au libellé de cette dernière disposition, d'écrire « le Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas encore constaté qu'il a terminé la surveillance de l'exécution de l'arrêt sur la base de l'article 46, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme ».

*

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het wetsvoorstel 'tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken' dat ter fine van advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd is, strekt ertoe het mogelijk te maken dat de rechtspleging in burgerlijke zaken op nationaal niveau heropend wordt wanneer het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna het EHRM genoemd) vastgesteld heeft dat de Belgische Staat zich schuldig heeft gemaakt aan schending van het Europees Verdrag van de rechten van de mens of de aanvullende protocollen ervan (hierna het EVRM genoemd). Aan een verzoeker die verkregen heeft dat bij een einduitspraak van het EHRM een dergelijke schending wordt vastgesteld, biedt dit wetsvoorstel meer bepaald de mogelijkheid om "de heropening" te vragen van de rechtspleging in burgerlijke zaken die tot het optreden van het EHRM heeft geleid, voornamelijk met het oog op het verkrijgen vanwege de Staat van de integrale vergoeding van de schade die hij door de internrechtelijke beslissingen heeft geleden (het voorgestelde artikel 1121/6, § 1).

In technisch opzicht is het voorstel in zeer grote mate geïnspireerd op de regeling inzake de heropening van de rechtspleging in strafzaken die ingesteld is bij de wet van 1 april 2007 'tot wijziging van het Wetboek van strafvordering met het oog op de heropening van de rechtspleging in strafzaken' en vervat is in de artikelen 442*bis* en volgende van het Wetboek van strafvordering.

2. Hoewel zulks niet aangegeven wordt in de toelichting, strekt dit wetsvoorstel – zoals overigens ook de voornoemde wet van 1 april 2007 – ertoe gevolg te geven aan een aanbeveling die het Comité van ministers van de Raad van Europa op 19 januari 2000 goedgekeurd heeft 'over het heronderzoek of de heropening van bepaalde zaken op nationaal vlak, ten gevolge van arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens'.¹

Als logisch gevolg van de verplichting die krachtens artikel 46 van het EVRM op de lidstaten rust om zich in de zaken waarbij zij partij zijn te houden aan de einduitspraak van het Hof, wordt in die aanbeveling de raad gegeven de *restitutio in integrum* in elk nationaal rechtsbestel voorop te stellen.

In dit verband is voorts het volgende gesteld:

"Si les États disposent d'une certaine liberté d'appréciation quant à la manière d'effacer ces effets, la Recommandation du Comité des ministres a pour objectif de limiter cette liberté d'appréciation des États membres dans certains domaines".²

Met dat voor ogen stelt het Comité van ministers vast dat er uitzonderlijke omstandigheden bestaan waarin een nieuw onderzoek van de zaak of de heropening van de procedure de meest efficiënte en soms zelfs de enige manier is gebleken om de *restitutio in integrum* tot stand te brengen.

¹ Aanbeveling R (2000) 2 van het Comité van ministers van de Raad van Europa 'over het heronderzoek of de heropening van bepaalde zaken op nationaal vlak, ten gevolge van arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', vastgesteld door het Comité van ministers op 19 januari 2000, tijdens de 694^e vergadering van de afgevaardigden van de ministers.

² M. Franchimont, A. Jacobs en A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 3e uitg., 2009, 1234.

Partant, le Comité encourage notamment les Parties contractantes

« à examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue de s'assurer s'il existe des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention, en particulier lorsque :

i. la partie lésée continue de souffrir de conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture, et

ii. il résulte de l'arrêt de la Cour que

a. la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou

b. la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée ».

In de memorie van toelichting van die aanbeveling stelt het Comité van ministers vast dat het nieuwe onderzoek van de zaken weliswaar voornamelijk verband houdt met het domein van het strafrecht, maar dat het op alle categorieën van zaken betrekking moet hebben, in het bijzonder die zaken welke beantwoorden aan de criteria opgesomd in de subparagrafen (i) en (ii). Vervolgens wijst het Comité van ministers erop dat

« le but de ces critères additionnels est d'identifier les situations exceptionnelles dans lesquelles l'objectif de garantir les droits de l'individu et la mise en œuvre effective des arrêts de la Cour l'emporte sur les principes qui sous-tendent la doctrine de la *res judicata*, en particulier celui de la sécurité juridique, nonobstant l'importance indéniable de ces principes ».

3. Het voorliggende wetsvoorstel ligt evenwel niet in de lijn van wat gewenst wordt door de voormelde aanbeveling van het Comité van ministers, die de voorkeur gaf aan de *restitutio in integrum*.

Hoewel in het wetsvoorstel gesuggereerd wordt om na de heropening van de zaak een nieuw debat “ten gronde” te houden, wordt dat debat daarin beperkt tot een schadevergoedingsprocedure ten voordele van de partij die door het EHRM in het gelijk is gesteld, waarbij de Staat binnen het voorgestelde procedurele kader in de plaats treedt van de partijen bij de oorspronkelijke procedure welke niet betrokken waren bij de procedure bij het EHRM. En de bodemrechter bij wie de zaak na de heropening van de procedure aanhangig is gemaakt, kan niets anders doen dan de Staat veroordelen tot het volledig schadeloos stellen van verzoeker of zijn erfgenamen indien daartoe grond bestaat. In het wetsvoorstel wordt met andere woorden geopteerd voor een vergoeding *bij equivalent* en ze leidt er niet toe dat afbreuk wordt gedaan aan de internrechtelijke beslissing die per definitie bekritiseerd wordt in de uitspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens waarbij België veroordeeld is, noch, bijgevolg, dat de personen die de begunstigten waren van de internrechtelijke beslissing die met schending van een fundamenteel recht genomen is, door de heropeningsprocedure bij het geding betrokken worden.

Alvorens het onderzoek van dit voorstel aan te vatten, dient men zich af te vragen of het bij de huidige stand van het recht wel noodzakelijk is een nieuwe wet in te voeren die alleen strekt tot de vergoeding *bij equivalent* van de schade geleden door de partij die door een intern gerecht veroordeeld is (A). Daarnaast lijkt het dienstig te benadrukken welke moeilijkheden zouden rijzen door de uitvoering van een procedure tot heropening van de zaak die er werkelijk toe zou strekken voor de verzoeker een *restitutio in integrum* tot stand te brengen (B).

A. De stand van het Belgisch recht op het stuk van de mogelijkheid de aansprakelijkheid van de Staat in het geding te brengen

1. De Raad van State benadrukt dat vandaag de dag geen twijfel meer bestaat over de mogelijkheid de aansprakelijkheid van de Staat als wetgever in het geding te brengen teneinde de vergoeding te verkrijgen van de schade geleden wegens de strijdigheid van een wet met een Verdrag (overigens ongeacht of die strijdigheid al dan niet aanleiding heeft gegeven tot een veroordelingsarrest van het EHRM).³

De vraag die *in casu* rijst, is evenwel niet alleen die betreffende de aansprakelijkheid van de Staat als wetgever (rechtspraak in de zaak-*Ferrara*⁴) maar ook die van de Staat als rechter (rechtspraak in de zaken-*Anca*⁵):

- Er bestaan immers gevallen waarin de schending van het Verdrag volledig toe te schrijven is aan een handelen of een nalaten vanwege een magistraat, terwijl de wet zelf niet het minste gebrek ten opzichte van het Verdrag vertoont.

- Wanneer de wet zelf het gebrek ten opzichte van het Verdrag vertoont, brengt de voorwaarde dat alle nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput (artikel 35 van het EVRM) mee dat dit gebrek noodzakelijkerwijze voorgelegd zal moeten zijn aan de interne rechtscolleges die van de aanvankelijke procedure kennis dienden te nemen. Die rechtscolleges zullen dan met toepassing van de rechtspraak in de zaak-*Le Ski*⁶ de kwestie van de verenigbaarheid beslecht moeten hebben. Ofwel zullen zij de onverenigbaarheid erkend hebben; in dat geval rijst er geen enkel probleem: de zaak zal op dit punt niet bij het EHRM aanhangig worden gemaakt. Ofwel zullen zij de onverenigbaarheid niet erkend hebben: in dat geval zit het gebrek ten opzichte van het verdrag net zozeer in de toegepaste wet als in de met gezag van gewijsde beklede gerechtelijke uitspraak waarbij die wet is toegepast; om achteraf op grond van de gemeenrechtelijke regeling inzake aansprakelijkheid schadeloosstelling te verkrijgen, zal men dan ook de beginselen moeten aanvoeren die uit de rechtspraak in de zaken-*Anca* voortvloeien.

³ Cass. 28 september 2006, Arr.Cass. 2006 (4), 1848, met de conclusie van eerste advocaat-generaal J.Fr. Leclercq.

⁴ *Ibid.*

⁵ Arrest-*Anca I*, Cass., 19 december 1991, Arr.Cass. 1991-1992 (1), 364 ; Arrest-*Anca II*, Cass., 8 december 1994, Arr.Cass. 1994 (2), 1074.

⁶ Cass., 27 mei 1971, Arr.Cass. 1971, 959, met de conclusie van Procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch.

2. *De lege lata* lijkt het dan ook mogelijk om op grond van de burgerlijke aansprakelijkheid (artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek) een schadevergoeding toe te kennen na een veroordeling door het Hof van Straatsburg. In dat geval is het niet nodig te voorzien in een procedure die ertoe zou strekken om, vóór het toekennen van de schadevergoeding, de definitieve “gevitieerde” beslissing die in de aanvankelijke procedure genomen is, teniet te doen.

Volgens de rechtspraak in de zaken-*Anca I* en *II* geldt weliswaar dat wanneer de beweerdelijk onrechtmatige handeling “het rechtstreekse voorwerp is van de rechtsprekende functie, de vordering tot vergoeding van de schade echter, in de regel, slechts ontvankelijk is, als de litigieuze akte bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft”. De lering van die arresten wordt sindsdien steeds aldus verwoord.⁷

De tussengevoegde woorden “in de regel” tonen aan dat het vereiste dat het gezag van gewijsde vooraf, door het aanwenden van een rechtsmiddel, tenietgedaan dient te worden niet absoluut is. In zijn conclusie bij het arrest van 19 december 1991⁸ geeft Procureur-generaal J. Velu aan dat het voorafgaand tenietdoen waarvan hierboven sprake is niet nodig is wanneer de “fout” in de rechterlijke handeling aangetoond wordt door een arrest van het EHRM waarin de voornoemde handeling strijdig met het EVRM wordt verklaard. Ook gezaghebbende rechtsauteurs spreken zich in die zin uit.⁹ Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 maart 2010¹⁰ hetzelfde geoordeeld in verband met een “beslissing” waarbij het Comité van ministers van de Raad van Europa België heeft veroordeeld wegens schending van artikel 6, lid 1, van het EVRM (voormalige “politieke” procedure van geschillenregeling die opgeheven is bij Protocol nr. 11 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens):

“1. De fout van een magistraat waarvoor de Staat, op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, aansprakelijk kan zijn, bestaat in de regel in een gedraging die, ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die in dezelfde omstandigheden verkeert, ofwel, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaalrechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij de magistraat verplicht is iets niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen.

2. Wanneer de betwiste handeling bovendien het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, is de Staat in de regel alleen aansprakelijk als de litigieuze handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm.

Hiermee moet worden gelijkgesteld de toestand waarin, vóór de wijziging van het EVRM door het Elfde Protocol, het Comité van ministers van de Raad van Europa in een beslissing heeft vastgesteld dat de litigieuze handeling een schending inhoudt van het EVRM of van de toegevoegde protocollen.

⁷ Cass., 26 juni 1998, Arr.Cass. 1998 (2), 762, en de conclusie van Advocaat-generaal J. Spreutels.

⁸ Pas., 353, en noot 129.

⁹ F. Rigaux en J. van Compernelle, “La responsabilité de l’État pour les fautes commises par les magistrats dans l’exercice de leurs fonctions”, *R.C.J.B.*, 1993, 304-305.

¹⁰ C.09.0403.N.

Vóór die beslissing waarbij de bedoelde schending is vastgesteld, bestaat er geen vergoedbare schade (niet onderlijnd in de tekst).”

3. Daaruit volgt dat het voorliggende wetsvoorstel, wat de bedoeling ervan betreft om louter voor een schadevergoeding te zorgen, geen nut verkrijgt door het instellen van een mechanisme om de gebrekkige rechterlijke beslissing “teniet te doen”. Zelfs indien die beslissing niet aldus teniet wordt gedaan, zou schadevergoeding mogelijk zijn op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

Of het wetsvoorstel een nuttig gevolg heeft, zou alleen nagegaan kunnen worden als de ingevoerde regeling inzake schadevergoeding zou worden losgekoppeld van de gemeenrechtelijke regeling van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en zou steunen op een uitermate strikte opvatting van de eenheid van fout en onwettigheid. Het laat zich immers aanzien¹¹ dat die gemeenrechtelijke regeling – zowel qua aansprakelijkheid van de Staat als rechter als qua aansprakelijkheid van de Staat als wetgever – steeds meer neigt naar de opvatting dat niet elke schending van een hogere rechtsnorm noodzakelijkerwijze een fout oplevert.

De invoering van een autonome juridische regeling waarbij een schending van het Verdrag die blijkt uit een veroordeling door het EHRM automatisch gelijkgesteld zou worden aan een fout die een verplichting tot schadevergoeding meebrengt (mits daarenboven het bewijs van het oorzakelijk verband en de schade geleverd wordt), zou dan ook ten opzichte van de bestaande gemeenrechtelijke regeling een nuttige werking hebben: dat is trouwens de “automatische” aansprakelijkheidsregeling die ten grondslag ligt aan artikel 27 van de wet van 13 maart 1973 ‘betreffende de vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis’ in geval een hechtenis strijdig met artikel 5 van het EVRM wordt verklaard.

B. Juridische moeilijkheden naar aanleiding van de invoering van een procedure tot heropening van de rechtspleging met het oog op de *restitutio in integrum* van verzoeker

1. Wanneer de partijen afwezig zijn op het oorspronkelijke proces, in het kader van de procedure tot heropening van de rechtspleging waarin het wetsvoorstel voorziet, spreekt het vanzelf dat die procedure beperkt dient te blijven tot de evaluatie en het herstel van de mogelijke schade die verzoeker geleden heeft. Het gaat ten slotte niet om een echte procedure tot “heropening” van de rechtspleging: de oorspronkelijke interne procedure blijft onveranderd en de definitief door “de andere partij” verkregen rechten worden geenszins opnieuw ter discussie gesteld.

¹¹ Zie B. Dubuisson en S. Van Drooghenbroeck, “Responsabilité de l’État-législateur: la dernière pièce du puzzle?”, *J.T.*, 2011, 801 tot 808.

2. Dat is de grote moeilijkheid bij dergelijke procedures tot “heropening” van de rechtspleging, die ervoor zorgen dat verschillende fundamentele, maar in voorkomend geval tegenstrijdige procedurele beginselen, tegenover elkaar komen te staan:

1°) het gezag van gewijsde van de arresten van het EHRM, dat in acht moet worden genomen en dat in principe leidt tot een *restitutio in integrum* ten voordele van de partij die het slachtoffer is van een schending van het Verdrag in het kader van de interne procedure;

2°) de eerbiediging van de rechten van verdediging van de partij in de oorspronkelijke procedure voor de interne rechtscolleges – die zelf ook bepaald worden door het EVRM, in het bijzonder de inachtneming van het beginsel van de rechtspleging op tegenspraak en van de gelijkheid van de verweermiddelen – en,

3°) daarnaast, het gezag van gewijsde van de beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan, en die genomen zijn door de nationale rechtscolleges vóór het optreden van het EHRM.

Bij nationale procedures waarbij privépersonen (particulieren of privaatrechtelijke rechtspersonen) in het geding zijn, is het immers zo dat de partij die in het gelijk gesteld is voor de nationale rechtscolleges, geen partij zal zijn in de procedure die mogelijk ingesteld wordt voor het Europees Hof (zij zal zelfs niet officieel op de hoogte gebracht worden van de instelling van zulk een procedure), tenzij in zeer uitzonderlijke gevallen, aangezien de verzoekende partij haar vordering in Straatsburg alleen kan richten tegen de Staat. De heropening van de interne procedure als gevolg van een veroordeling door het Hof van Straatsburg levert aldus onvermijdelijk een probleem op, aangezien een partij die geen verzoekende partij is in die procedure voor het Europees Hof, er haar rechten niet zal hebben kunnen doen gelden, terwijl zij wel de uitkomst ervan zou moeten ondergaan¹². Er stelt zich in dat verband een ernstig probleem wat betreft de gelijkheid van de verweermiddelen in het kader van de procedure die volgt op de heropening van de rechtspleging¹³.

Dat is de reden waarom bij de goedkeuring van het nieuwe artikel 442bis van het Wetboek van Strafvordering ter wille van de rechtszekerheid en in strijd met de overwegingen van de Raad van State in zijn advies 34.434/4 over het voorontwerp dat geleid heeft tot de goedkeuring van de voornoemde wet van 1 april 2007¹⁴, besloten is dat de heropening van de rechtspleging in strafzaken niets afdoet aan hetgeen oorspronkelijk geoordeeld is met betrekking tot de schadeloosstelling in strafzaken, terwijl het heronderzoek op zich uitsluitend betrekking heeft op hetgeen geoordeeld is inzake de strafvordering, namelijk in de gerechtelijke band tussen uitsluitend de Staat en de in rechte aangesproken partij.

¹² Zie de gedetailleerde hoorzittingen met de heren Vandehole, Lemmens en De Schutter ter gelegenheid van de bespreking van het voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 1 april 2007 ‘tot wijziging van het Wetboek van strafvordering met het oog op de heropening van de rechtspleging in strafzaken’ (*Parl.St.* Kamer, 2001-2002, nr. 50-1083/8).

¹³ Zie, bij analogie, Cass., 15 februari 1991, Arcas 1990-91, p. 641.

¹⁴ *Parl.St.* Senaat, 2002-2003, nr. 2-1156/3.

3. Het gezag van gewijsde van de einduitspraken van het Europees Hof vloeit voort uit artikel 46 van het Verdrag. Daaruit volgt inzonderheid dat geen enkele overheid van de Staat – met inbegrip van een rechter die *ex post* uitspraak doet in het kader van de heropening van de bestreden interne procedure 7 – de vaststelling van de schending van het Verdrag waartoe het Hof besloten heeft ter discussie mag stellen.

In principe zijn de Staten vrij in hun keuze van de middelen die zij aanwenden om de schendingen van het Verdrag die hen bij een veroordelingsarrest zijn toegerekend, ongedaan te maken. Deze keuzevrijheid wordt evenwel beperkt door de rechtspraak van het EHRM zelf¹⁵, dat op grond van artikel 46 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens, gelezen in het licht van voornoemde aanbeveling R(2000)2, steeds vaker geneigd is de heropening of de herziening van een interne procedure “voor te schrijven” als enig gepast middel ter compensatie van de schendingen van het Verdrag die het vaststelt.

Deze tendens doet zich voor zowel in burgerlijke als in strafrechtelijke zaken. Een samenvatting van de ontwikkelingen ter zake wordt gegeven in het arrest van het EHRM *Verein gegen Tierfabriken (nr. 2) t. Zwitserland*, van 30 juni 2009 (naar aanleiding van een weigering tot heropening van de interne procedure, door het Zwitserse Tribunal fédéral, ten gevolge van de veroordeling die uitgesproken is in het arrest *Verein gegen Tierfabriken (nr. 1) t. Zwitserland*):

« 83. La Cour rappelle qu'il convient de lire la Convention comme un tout. Dans le contexte de la présente affaire, la question de savoir s'il y a eu une nouvelle violation de l'article 10 doit nécessairement être examinée en tenant compte de l'importance, dans le système de la Convention, de l'exécution effective des arrêts de la Cour conformément à l'article 46 de la Convention qui est libellé comme suit :

‘1. Les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L’arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l’exécution’.

84. À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'un des traits les plus significatifs du système de la Convention réside dans le fait qu'il est doté d'un mécanisme de contrôle du respect de ses dispositions. Ainsi, la Convention n'impose pas seulement aux États parties le respect des droits et obligations qui en découlent, mais elle met également sur pied un organe juridictionnel, la Cour, habilité à constater des violations de la Convention dans le cadre d'arrêts définitifs auxquels les États parties se sont engagés à se conformer (article 19, combiné avec l'article 46 § 1). De surcroît, elle institue un mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts, sous la responsabilité du Comité des Ministres (article 46 § 2 de la Convention). Ce mécanisme démontre l'importance que revêt la mise en œuvre effective des arrêts.

85. S'agissant des exigences de l'article 46, il y a lieu de rappeler tout d'abord que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est tenu de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels il est partie. En d'autres termes, l'inexécution ou l'exécution lacunaire d'un arrêt de la Cour peut entraîner la responsabilité internationale de l'État partie. Celui-ci est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en

¹⁵ In hoofdzaak rechtspraak gewezen na advies 39.301/2.

effacer les conséquences, l'objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n° 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *Assanidzé c. Georgie* [GC], n° 71503/01, § 198, CEDH 2004-II).

86. Ces obligations font écho aux principes de droit international selon lesquels un État responsable d'un acte illicite a le devoir d'assurer une restitution, laquelle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant que l'acte illicite ne fût commis, pour autant que cette restitution ne soit pas « matériellement impossible et n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation » (article 35 du projet d'articles de la Commission du droit international relatif à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, paragraphe 36 ci-dessus). En d'autres termes, si la restitution est la règle, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'État responsable se voit exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restituer, à condition toutefois qu'il en établisse dûment l'existence.

87. En tout état de cause, les États défendeurs sont tenus de fournir au Comité des Ministres une information complète et à jour au sujet de l'évolution du processus d'exécution des arrêts qui les lient (voir la Règle 6 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables; paragraphe 35 ci-dessus). À cet égard, la Cour souligne l'obligation qui incombe aux États d'exécuter les traités de bonne foi, comme le rappellent notamment l'alinéa 3 du préambule ainsi que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (paragraphe 37 ci-dessus).

88. Certes, l'État défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta*, précité, § 249, et *Lyons et autres*, précitée, p. 431). Cependant, dans certaines situations particulières, il est arrivé que la Cour ait estimé utile d'indiquer à un État défendeur le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation – souvent structurelle – qui avait donné lieu à un constat de violation (voir, à titre d'exemple, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV, *Popov c. Russie*, n° 26853/04, § 263, 13 juillet 2006). Parfois même, la nature de la violation constatée ne laisse pas de choix quant aux mesures à prendre (*Assanidzé*, précité, § 202).

89. S'agissant en particulier de la réouverture d'une procédure, il est clair que la Cour n'a pas compétence pour ordonner de telles mesures (voir, parmi d'autres, *Saïdi c. France*, arrêt du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 47, et *Pelladoah c. Pays-Bas*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 297-B, § 44). Toutefois, lorsqu'un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, la Cour peut indiquer qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (voir, parmi d'autres, *Gençel c. Turquie*, n° 53431/99, § 27, 23 octobre 2003, *Öcalan*, précité, § 210, et *Claes et autres c. Belgique*, n° 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 et 49716/99, § 53, 2 juin 2005). Cela correspond aux indications du Comité des Ministres qui, dans sa recommandation R(2000)2, invite les États parties à la Convention à instaurer des mécanismes de réexamen de l'affaire et de réouverture de la procédure au niveau interne, considérant que ceux-ci représentent « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* » [...].

90. En l'espèce, la chambre a estimé que la réouverture de la procédure au niveau interne pouvait constituer un aspect important de l'exécution des arrêts de la Cour. La Grande Chambre partage ce point de vue. Encore faut-il, toutefois, que cette réouverture permette aux autorités de l'État défendeur de se conformer aux conclusions et à l'esprit de l'arrêt de la Cour à exécuter, dans le respect des garanties procédurales de la Convention. Il en va d'autant plus ainsi quand le Comité des Ministres se contente, comme en l'espèce, de constater l'existence d'une procédure de révision sans en attendre l'issue. En d'autres termes, la réouverture d'une procédure ayant violé la Convention n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen – certes privilégié – susceptible d'être mis en œuvre en vue d'un objectif : l'exécution correcte et entière des arrêts de la Cour. Dès lors que celle-ci constitue le seul critère d'évaluation du respect de l'article 46 § 1, lequel critère est le même pour tous les États contractants, il n'en résulte aucune discrimination entre ceux qui ont introduit une procédure de révision dans leur ordre juridique et les autres »¹⁶.

4. Het is overigens zo dat de mogelijkheid die geboden wordt aan de “niet verzoekende” partij om in rechte op te treden voor het EHRM, bij de huidige stand van het recht, uiterst beperkt is en het is zeker ook gerechtvaardigd dat dit zo blijft, ook al is het louter ter wille van de doeltreffendheid van de rechtspleging voor het EHRM. De “tussenkoms door derden”, welke mogelijkheid geboden wordt door artikel 36 van het EVRM, samen met artikel 44 van het reglement van het Hof, steunt volledig op een discretionnaire beslissing van de voorzitter van de Kamer (of van de Grote Kamer) waarbij het verzoekschrift aanhangig is. In de praktijk komt het bijzonder weinig voor dat de “andere partij”, die handelt met het oog op de verdediging van haar eigen belangen¹⁷, de toestemming krijgt om op te treden en haar rol in het geding blijft hoe dan

¹⁶ Zie ook *Oleksander Volkov t. Oekraïne* van 9 januari 2013:

« 205. The Court has established that the applicant was dismissed in violation of the fundamental principles of procedural fairness enshrined in Article 6 of the Convention, such as the principles of an independent and impartial tribunal, legal certainty and the right to be heard by a tribunal established by law. The applicant's dismissal has been also found to be incompatible with the requirements of lawfulness under Article 8 of the Convention. The dismissal of the applicant, a judge of the Supreme Court, in manifest disregard of the above principles of the Convention, could be viewed as a threat to the independence of the judiciary as a whole.

206. The question therefore arises as to what individual measures would be the most appropriate to put an end to the violations found in the present case. In many cases where the domestic proceedings were found to be in breach of the Convention, the Court has held that the most appropriate form of reparation for the violations found could be reopening of the domestic proceedings (see, for example, *Huseyn and Others v. Azerbaijan*, nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, § 262, 26 July 2011, with further references). In so doing, the Court has specified this measure in the operative part of the judgment (see, for example, *Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, 26 January 2006, and *Ajdarić v. Croatia*, no. 20883/09, 13 December 2011).

207. Having regard to the above conclusions as to the necessity of introducing general measures for reforming the system of judicial discipline, the Court does not consider that the reopening of the domestic proceedings would constitute an appropriate form of redress for the violations of the applicant's rights. There are no grounds to assume that the applicant's case would be retried in accordance with the principles of the Convention in the near future. In these circumstances, the Court sees no point in indicating such a measure.

208. Having said that, the Court cannot accept that the applicant should be left in a state of uncertainty as regards the way in which his rights should be restored. The Court considers that by its very nature, the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement in the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date ».

¹⁷ Zie de enkele voorbeelden die geciteerd worden door L. Hennebel, “Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme”, *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 654-656.

ook erg beperkt¹⁸. Bovendien is deze “tussenkoms door derden” niet mogelijk voor het Comité van drie rechters dat sedert de goedkeuring van Protocol nr. 14, eveneens een zaak “ten gronde” kan beslechten, bij een arrest dat bekleed is met het gezag van gewijsde, “indien de onderliggende vraag van de zaak, betreffende de interpretatie of de toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, reeds behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof” (artikel 28, § 1, b) van het Verdrag¹⁹.

Er is geen vergelijk mogelijk op dat vlak met de intrekingsprocedure (in burgerlijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke zaken) waarin voorzien wordt door de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’, daar ieder die van een belang doet blijken, en die op de hoogte gebracht is door de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van het bericht voorgeschreven in artikel 74, over het recht beschikt heeft om op te treden in het kader van het beroep tot nietigverklaring dat aanleiding gegeven heeft tot de intrekking (artikel 87, § 2, van de voornoemde bijzondere wet van 6 januari 1989).

5. De Raad van State merkt evenwel op dat het aldus vastgestelde probleem van de gelijkheid van de verweermiddelen zich niet, of toch toch niet met dezelfde intensiteit, stelt in alle “burgerlijke” zaken – in tegenstelling tot de “strafrechtelijke zaken” -, waarop het voorstel doelt. Wanneer de enige verwerende partij in de oorspronkelijke procedure de Staat is, maar meer in het algemeen ook elke publiekrechtelijke persoon wiens belangen, krachtens de ondeelbaarheid van de internationale aansprakelijkheid van de Staat, geacht worden door de federale Regering genoegzaam verdedigd te zijn voor het EHRM, stelt het heronderzoek op zich van de zaak geen probleem; dat is bijvoorbeeld het geval met de fiscale geschillen, de quasi-strafrechtelijke geschillen betreffende de geldboetes en administratieve sancties, de geschillen inzake de sociale zekerheid, enz.

Met betrekking tot al die niet-problematische gevallen moet het voorstel derhalve voorzien in het heronderzoek, en niet in het louter herstel.

Er stelt zich ook geen probleem wanneer de “niet-openbare” verwerende partij daadwerkelijk gemachtigd is om als derde op te treden voor het Hof overeenkomstig hetgeen hierboven is bepaald.

6. Naast die “niet-problematische” gevallen, zou het mogelijk moeten zijn om geval per geval een belangenafweging te maken tussen enerzijds de verplichte inachtneming van de gelijkheid van de verweermiddelen en anderzijds het nakomen van de verplichting die voortspuit uit artikel 46 van het EVRM om, in de mate van het mogelijke, te zorgen voor een *restitutio in integrum*. Het voornoemd arrest *Verein gegen Tierfabriken (nr. 2) t. Zwitserland* lijkt zich niet te kanten tegen zulk een afweging van de kwestie van het heronderzoek²⁰.

¹⁸ Y. HAECK, *Procederen voor het Europees Hof voor de rechten van de mens*, Intersentia, 2009, p. 326-327.

¹⁹ Zie artikel 36, § 1, van het Verdrag, *a contrario*: “In alle zaken die voor een Kamer of de Grote Kamer aanhangig zijn...”; in dat verband, Y. HAECK, *op. cit.*, p. 321.

²⁰ Zie Fr. Sudre, “À propos de l’obligation d’exécution d’un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l’homme”, noot onder Raad van State, Afdeling, 4 oktober 2012, *Baumet*, nr. 328502, *R.F.D.A.*, 2013, p. 103 e.v., inzonder. nrs. 36 tot 45.

In dat verband heeft de afdeling Wetgeving in het voornoemd advies 34.434/4 het volgende gesteld:

“Het om advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegde ontwerp strekt ertoe die aanbeveling ten uitvoer te leggen, met dien verstande dat de werkingssfeer ervan evenwel beperkt wordt tot de strafrechtelijke beslissingen ten aanzien waarvan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zou hebben vastgesteld dat ze in strijd zijn met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of met één van de Protocollen daarbij.

Het is niet uitgesloten dat een partij in andere aangelegenheden die leiden tot een geschil in burgerrechtelijke, bestuursrechtelijke, tuchtrechtelijke of zelfs grondwettelijke zaken “zeer ernstige negatieve gevolgen (kan blijven) ondervinden” van een rechterlijke beslissing die op basis van een arrest van het Europees Hof strijdig blijkt te zijn met het genoemde Verdrag of met de Protocollen daarbij, hetzij inhoudelijk, hetzij wegens fouten of tekortkomingen in de procedure die dermate ernstig zijn dat ernstige twijfel bestaat over de inhoud zelf van de beslissing.

Om te voldoen aan de verplichtingen die op de wetgever rusten krachtens artikel 46 van het voornoemde Verdrag, moet hij, *rekening houdend met de specifieke kenmerken van de geschillenberechting in elke soort van zaken en met de vereisten van rechtszekerheid*, procedures uitwerken en invoeren die de benadeelde partij in staat stellen zo vlug mogelijk in haar rechten hersteld te worden.” (toegevoegde cursiefdruk)

In casu geldt dezelfde opmerking, behoudens wel te verstaan in zoverre ze betrekking heeft op de burgerrechtelijke procedures, die net het onderwerp zijn van het voorliggende voorstel.

7. Met betrekking tot de procedures die gevoerd zijn voor het Grondwettelijk Hof en de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, die, in voorkomend geval, gekritiseerd zouden zijn door het EHRM, zou de heropening van de procedures voor die rechtscolleges moeten plaatsvinden.

8. Onder voorbehoud van al de voorgaande belangrijke opmerkingen onderzoekt de Raad van State het hem voorgelegde wetsvoorstel verder. De Raad van State houdt rekening met de voornoemde aanbeveling van 19 januari 2000, maar eveneens met de wet van 1 april 2007²¹ waarop het voorliggende voorstel rechtstreeks voortbouwt.

²¹ Zie advies 39.301/2 van 21 november 2005 over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet “tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met het oog op de heropening van de rechtspleging in strafzaken” (*Parl. St. Senaat*, 2005-2006, nr. 3-1769/1, p.. 33-39).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 1

Een voorstel dat ertoe strekt een nieuwe bevoegdheid toe te kennen aan het Hof van Cassatie regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, en niet in artikel 78 ervan.²²

Artikel 2

Voorgesteld artikel 1121/1 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In het voorgestelde artikel 1121/1 wordt niet alleen “het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden” vermeld, maar ook de “aanvullende protocollen” erbij.

Het spreekt voor zich dat het enkel gaat om de aanvullende protocollen die door België bekrachtigd zijn na instemming van de bevoegde wetgevende vergaderingen.²³

2. Luidens het voorgestelde artikel 1121/1 van het Gerechtelijk Wetboek is het feit dat aanleiding geeft tot de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken het bestaan van een “definitief arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens” waarin wordt vastgesteld dat “het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of de aanvullende protocollen [...] zijn geschonden”.

Deze termen zijn overgenomen van artikel 442bis van het Wetboek van Strafvordering. Gelet echter op de juridische onzekerheid waartoe de interpretatie van de genoemde termen aanleiding heeft gegeven, zelfs tot voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens²⁴, zou de wetgever moeten verduidelijken of het begrip “definitief arrest” in de hiervoor gespecificeerde betekenis, naast het “klassieke” veroordelingsarrest ook het volgende omvat:

²² Zie advies 27.906/2, op 23 juni 1998 gegeven over een wet ‘tot instelling van het verzoek tot uitlegging bij het Hof van Cassatie’, ingediend door dhr. Antoine Duquesne (*Parl.St. Kamer* 1995-1996, nr. 206/1).

²³ Zie voornoemd advies 39.301/2.

²⁴ EHRM 29 juni 2010, *Hakami t. België*:

« 21. Ayant repris l'examen de l'affaire, la Cour nota que les arguments échangés entre le Gouvernement et le requérant faisaient apparaître une question plus générale au regard de la Convention : celui de l'incidence d'une déclaration unilatérale du Gouvernement sur la possibilité de demander la réouverture de la procédure. À ce jour, la législation de plusieurs États contractants, dont celle de la Belgique, prévoit cette possibilité au cas où la Cour a rendu un arrêt de violation. Reste cependant ouverte la question de savoir si une telle possibilité existe également dans l'hypothèse d'une déclaration unilatérale dans laquelle un Gouvernement reconnaît la violation de la Convention et ce, dans le cadre d'une affaire faisant déjà l'objet d'une jurisprudence de la Cour.

22. Afin de se prononcer sur la déclaration unilatérale du Gouvernement, la Cour décida, le 12 janvier 2010, en vertu de l'article 62 § 1 du règlement de la Cour, d'inviter ce dernier à prendre une position plus nette quant à la demande du requérant, notamment en éclairant la Cour sur les possibilités d'une demande de réouverture de la procédure déposée par le requérant auprès de la Cour de cassation au cas où la déclaration unilatérale serait acceptée par la Cour.

- de uitspraak tot vaststelling van een minnelijke schikking tussen de verzoeker en de verwerende Staat wanneer die laatste daarin het bestaan erkent van de in het verzoekschrift gewraakte schending(en) van het EVRM;
- de beslissing tot schrapping van de rol van het Hof met toepassing van artikel 37 van het EVRM op basis van een eenzijdige verklaring vanwege de verwerende Staat waarin die het bestaan erkent van de in het verzoekschrift gewraakte schending(en) van het EVRM.

3. Het is de Raad van State niet duidelijk, inzonderheid in het licht van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, waarom die gevallen niet de mogelijkheid zouden kunnen scheppen om de rechtspleging te heropenen zoals daarin voorzien wordt in het onderzochte voorstel.

23. Par lettres des 8 mars et 2 avril 2010, le Gouvernement indiqua qu'il appartiendra à la Cour de cassation d'estimer s'il y a ou non, en droit, équivalence entre un arrêt de constat de violation et la déclaration unilatérale de reconnaissance de violation qui lui serait soumise. La Cour pourrait dès lors, afin de diminuer les risques d'une irrecevabilité éventuelle, décider de nommer « arrêt » sa décision de radiation. Le gouvernement souligne l'intérêt que présente la déclaration unilatérale par rapport à l'arrêt pour la célérité de la procédure. En outre, offrir à la Cour de cassation la possibilité d'appliquer éventuellement la théorie de l'équivalence permettrait, sur le plan législatif belge, d'éviter une modification éventuelle des conditions de recevabilité de la loi belge sur la réouverture d'une procédure pénale suite à un constat de violation de la Convention. Si les circonstances de l'espèce devaient le justifier, la Cour pourrait toujours réinscrire l'affaire au rôle, en vertu de l'article 37 de la Convention, afin d'éviter que le requérant ne fasse les frais de cette option.

24. En réponse aux observations du Gouvernement, le requérant insiste pour que la Cour opte pour la solution présentant le plus de garanties pour lui de voir la demande qu'il soumettra à la Cour de cassation examinée favorablement, à savoir le prononcé d'un arrêt de constat de violation [...].

26. La Cour observe que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur les termes d'un règlement amiable de l'affaire (paragraphe 18 ci-dessus).

27. Elle prend acte de la demande de radiation soumise par le Gouvernement, le 4 septembre 2009, en dehors du cadre des négociations menées en vue de parvenir à un règlement amiable.

28. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 37 de la Convention, elle peut à tout moment de la procédure décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conduire à l'une des conclusions exposées aux alinéas a) à c) du paragraphe premier de cette disposition, libellée comme il suit :

[...]

29. Après avoir examiné les termes de la déclaration du Gouvernement et eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour n'estime pas opportun de rayer l'affaire du rôle sur la seule base de ladite déclaration. Elle n'exclut en particulier pas que le requérant ait besoin, afin de pouvoir demander, le cas échéant, la révision de l'arrêt litigieux de la cour d'appel de Bruxelles, d'un arrêt de la Cour constatant explicitement une violation de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 16 ci-dessus) (voir, *mutatis mutandis*, *Kessler c. Suisse*, n° 10577/04, 26 juillet 2007).

30. Partant, la Cour poursuit l'examen de la requête ».

Statuant par arrêt du 23 février 2011 (www.cass.be, P.10.2047.F), la Cour de cassation fit droit à la demande de réouverture de la procédure intervenue en cette même affaire. Elle énonça, pour le surplus, ce qui suit :

« C. Sur la demande d'avis :

Le demandeur sollicite l'avis de la Cour sur l'interprétation à donner à l'article 442bis du Code d'instruction criminelle, en tant qu'il subordonne la demande de réouverture de la procédure à l'existence d'un arrêt définitif de la Cour européenne constatant une violation de la Convention. Il invite la Cour de cassation à préciser si la déclaration unilatérale de violation formulée par le Gouvernement de l'Etat où le requérant a été jugé, suffirait pour ouvrir le droit de demander la réouverture de la procédure, sans devoir attendre que la Cour européenne se prononce sur la violation déjà reconnue par ce gouvernement.

Il n'entre pas dans les attributions de la Cour de donner des avis sur des questions étrangères à la solution des pourvois et des requêtes dont elle est saisie.

Pareille demande est irrecevable ».

In dat geval zou artikel 442bis van het Wetboek van Strafvordering in dezelfde zin aangevuld moeten worden, wat hoe dan ook aanbeveling verdient wegens de rechtsonzekerheid waarop is gewezen in de zaak *Hakimi t. België*.²⁵

Een vergelijkbare opmerking geldt voor artikel 3.

4. Het voorgestelde artikel 1121/1 beoogt de schending van het EVRM die gebleken is in een “burgerlijke zaak”.

Het laat zich verstaan dat met die uitdrukking in het voorstel alle rechtsplegingen worden beoogd met uitzondering van die in “strafzaken”.

Aangezien de procedure tot heropening waarin het voorstel voorziet ook zou moeten gelden voor diverse geschillen zoals bijvoorbeeld de fiscale geschillen, de quasistrafrechtelijke geschillen betreffende boetes en administratieve sancties, de geschillen inzake sociale zekerheid, enz., dient de wetgever te verduidelijken wat het begrip “burgerlijke zaak” precies dekt.

Voorgestelde artikelen 1121/2 en 1121/3 van het Gerechtelijk Wetboek

Het voorgestelde artikel 1121/2 is niet duidelijk, met name door het gebrek aan overeenstemming tussen de twee taalversies.

In de Nederlandse tekst wordt bepaald dat de Staat in de plaats gesteld wordt van de partijen “die voor het EHRM niet het recht hadden om tussen te komen”. Een letterlijke interpretatie van die tekst leidt tot de gevolgtrekking dat de indeplaatsstelling waarvan sprake is altijd plaatsheeft, aangezien op grond van de discretionairebevoegdheid die artikel 36, lid twee, van het EVRM toekent aan de President van de Kamer of van de Grote Kamer, geen enkele partij a priori het “recht” heeft om op te treden als derde in het kader van de rechtspleging gevoerd voor het EHRM (zie hoger).

In de Frans tekst dan weer wordt bepaald dat de Staat in de plaats gesteld wordt van de partijen die voor het EHRM niet de toelating hadden om op te treden. Een letterlijke interpretatie van die tekst leidt tot de aanzienlijk verschillende gevolgtrekking dat de indeplaatsstelling waarvan sprake is alleen zal plaatsvinden als de betrokken partij voldoet aan twee voorwaarden: 1°) ze moet in het kader van de rechtspleging voor het EHRM om de mogelijkheid hebben verzocht om op te treden, en 2°) ze moet van de President van de Kamer of van de Grote Kamer waarvoor de zaak hangende is een negatief antwoord gekregen hebben op dat verzoek.

De tekst dient op dat punt verduidelijkt te worden.

Om enerzijds tegemoet te komen aan die opmerking en anderzijds de echte doelstelling van de voorgestelde procedure tot heropening te verduidelijken, zouden de

²⁵ Zie voorgaande voetnoot.

artikelen 112/2 en 1121/3 samengevoegd moeten worden in een enkel artikel dat beter gesteld zou worden als volgt:

“De vordering tot heropening van de rechtspleging komt toe aan de verzoeker in de zaak voor het EHRM of, indien hij overleden is, aan zijn erfgenamen. Ze is gericht tegen de Staat, die in de plaats gesteld wordt van de partijen bij de bestreden beslissing die niet opgetreden zijn in het kader van de rechtspleging voor het EHRV die geleid heeft tot de vaststelling van de schending van het EVRM”.

Voorgesteld artikel 1121/4 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Het voorgestelde artikel 1121/4, § 2, verplicht degene die de heropening aanvraagt om in alle gevallen een beroep te doen op een advocaat bij het Hof van Cassatie, zonder dat die keuze in de toelichting bij het voorstel gerechtvaardigd wordt

Artikel 442*quater*, § 2, van het Wetboek van Strafvordering eist dat de aanvraag tot heropening, in strafzaken, ingesteld wordt bij een verzoekschrift dat getekend is door een advocaat die meer dan tien jaar bij de balie is ingeschreven. Dat vereiste, dat geen aanleiding had gegeven tot enige opmerking vanwege de afdeling Wetgeving van de Raad van State, werd in de memorie van toelichting bij de wet van 1 april 2007 verantwoord als volgt:

“Met het oog op het voorkomen van eventuele misbruiken van procesrecht wordt het optreden van een advocaat die minstens tien jaar ervaring heeft aan de balie verplicht gesteld, zoals dat reeds het geval is voor het indienen van een verzoekschrift tot wraking. Deze vereiste voorkomt niet terzake doende verzoekschriften”.

Als het vereiste in het voorgestelde artikel 1124/4, § 2, om een beroep te doen op een “niet-gewone” advocaat enkel tot doel heeft niet ter zake doende verzoekschriften te voorkomen – maar in de toelichting wordt niets gezegd over dat punt – dan is het de Raad van State niet duidelijk waarom er geen genoegen genomen wordt, zoals in artikel 442*quater* van het Wetboek van Strafvordering, met een advocaat die tien jaar ervaring bij de balie heeft.

2. Een andere verklaring voor die keuze – die ook ontbreekt in de toelichting bij het voorstel – zou afgeleid kunnen worden uit de wil om te zorgen voor een parallellisme der vormen tussen het instellen van een beroep in cassatie en het indienen van een aanvraag tot heropening: in burgerlijke zaken, in tegenstelling tot strafzaken, is het beroep op de diensten van een advocaat bij het Hof van Cassatie verplicht. Die verantwoording zou echter niet aanvaard kunnen worden, aangezien in het kader van fiscale geschillen die, bij gebrek aan verduidelijking in tegengestelde zin, vallen onder de generieke categorie van “burgerlijke zaken” zoals bedoeld in het voorstel, het beroep doen op de diensten van een advocaat bij het Hof van Cassatie niet verplicht is.²⁶

3. De wetgever dient die regel ofwel te wijzigen, ofwel te verantwoorden.

²⁶ *A contrario*: Cass. 15 maart 2002, C.00.0467.F

Voorgesteld artikel 1121/5, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek

In tegenstelling tot wat wordt uiteengezet in de toelichting bij het voorstel (p. 4, tweede lid), is het niet zeker dat de verzoeker die in het gelijk gesteld is voor het EHRM zijn zaak altijd op voorhand bepleit zal hebben voor het Hof van Cassatie. De verplichting tot het uitputten van alle interne rechtsmiddelen wordt zo geïnterpreteerd dat de uitputting van alle interne rechtsmiddelen voor de verzoeker te Straatsburg niet altijd impliceert dat hij tot in cassatie gegaan is. Dat geval lijkt trouwens bedoeld te worden in het vierde lid van het voorgestelde artikel 1121/5.

Er zij voorts opgemerkt dat het in dat geval niet noodzakelijkerwijs een hof van beroep is dat de in Straatsburg bestreden beslissing heeft gewezen. Er dient bijgevolg te worden bepaald dat de zaak wordt verwezen naar een rechtscollège van hetzelfde niveau als datgene dat de voor het EHRM bestreden beslissing heeft gewezen.

Een vergelijkbare opmerking geldt voor het voorgestelde artikel 1121/6, § 1 en § 3.

Voorgesteld artikel 1121/6, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek.

1. In het verlengde van wat uiteengezet is in de algemene opmerking dient de nadruk gelegd te worden op de inconsistentie tussen de afwezigheid van de verwerende partij bij het oorspronkelijke geding en het nieuwe onderzoek ten gronde van de zaak. De tekst van de eerste paragraaf van het voorgestelde artikel 1121/6 luidt immers:

“Het hof van beroep waarnaar de zaak is verwezen onderzoekt de zaak opnieuw ten gronde, binnen de grenzen van de vernietiging door het Hof van Cassatie, en veroordeelt de Staat tot betaling van volledige schadevergoeding aan de verzoeker of aan zijn erfgenamen, indien daartoe grond bestaat”.

De vraag is hoe het feitengerecht concreet de zaak opnieuw ten gronde kan onderzoeken in afwezigheid van een van de partijen bij het oorspronkelijke geding.

In dat opzicht dient te worden opgemerkt dat de inzet van een burgerlijk geding niet noodzakelijk louter van vermogensrechtelijke aard is. De toewijzing van het ouderlijk gezag, de erkenning van een afstamming of van een adoptie zijn gevallen die moeilijk ten gronde onderzocht kunnen worden uitsluitend op basis van het standpunt van de verzoeker.

Voorts mag niet uit het oog verloren worden dat zelfs indien de Staat in de plaats wordt gesteld van de partijen die niet in het geding waren in het kader van de rechtspleging voor het EHRV, de Staat niet noodzakelijkerwijs toegang zal hebben tot de stukken van het dossier dat die partijen hebben ingediend bij de interne rechtscollèges. Die dossiers worden overigens, in de aan het Gerechtelijk Wetboek onderworpen rechtsplegingen, aan de partijen teruggegeven na de uitspraak van de beslissing.

2. Bovendien is het begrip “nieuw onderzoek ten gronde” zelf vaag, aangezien het systeem waarin het voorstel voorziet uitsluitend een vordering tot schadeloosstelling is tegen de Staat.

De tekst van het voorstel dient te worden herzien.

Voorgesteld artikel 1121/6, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek

1. Het voorgestelde artikel 1121, § 2, luidt:

“Indien schadevergoeding niet volstaat om de schending van het EVRM ongedaan te maken brengt het hof van beroep een advies tot wetswijziging uit, dat door de procureur-generaal wordt medegedeeld aan de minister van Justitie en aan de voorzitter van de regering die het aanbelangt.

Ten verzoeken van de procureur-generaal wordt het arrest met het advies binnen dertig dagen nadat het onherroepelijk is geworden in zijn geheel of bij uittreksel in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt”.

Die bepaling wordt niet anderszins verduidelijkt in de toelichting bij het voorstel.

2. Overeenkomstig artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek mogen de gewone rechtscolleges in de zaken die aan hun oordeel onderworpen zijn geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking. Als de wetgever wil afwijken van die algemene regel, dan dient hij uitdrukkelijk de reden daarvoor op te geven. Niets lijkt echter te rechtvaardigen dat het voorstellen van een wetswijziging aan de hoven en rechtbanken opgedragen wordt.

3. Als het de bedoeling is van de steller van het voorstel de rechter de mogelijkheid te geven de wetgever te verzoeken op te treden teneinde de volledige schadeloosstelling van de verzoeker mogelijk te maken, dan dient zulks duidelijker gesteld worden in het dispositief. In dat geval zou wel dienen te worden onderzocht of een dergelijke norm verenigbaar is met zulke fundamentele begrippen als het gezag van gewijsde, de niet-retroactiviteit en de gelijkheid van de burgers.

Als het de bedoeling is de rechter de mogelijkheid te geven de wetgever te verzoeken de wet te herzien voor de toekomst, dan hebben we ofwel te maken met het geval waarin de veroordeling van de Belgische Staat het gevolg is van een fout van de wetgever, waarbij aangehaakt kan worden bij de sancties op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek²⁷, ofwel met een nieuwe toepassing van de procedure voor de evaluatie van de wetgeving. In dat opzicht wordt eraan herinnerd dat de wet van 25 april ‘tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie’ al voorziet in een systeem waarbij een verzoekschrift ingediend kan worden door elke openbare overheid die ermee belast is toe te zien op de toepassing van de wet (artikel 4, 1°) tegen wetten die gemeld worden met name voor de leemten daarin, het gebrek aan samenhang of fouten (artikel 3, 1°). Het parlementair comité krijgt ook een verslag dat opgesteld is door de procureurs-generaal en dat “een overzicht bevat van de

²⁷ Zie de algemene opmerking hiervoor.

wetten die [...] moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie ervan hebben opgeleverd” (artikel 11).

4. In elk geval is de uitdrukking “voorzitter van de Regering” ongebruikelijk als het gaat om de eerste minister van de federale regering en zou er ook voorzien dienen te worden in een “advies” aan de voorzitter van de wetgevende vergadering of aan de voorzitters van de betrokken wetgevende vergaderingen.

Artikel 3

In het tweede lid wordt het geval vermeld waarin “het Comité van ministers van de Raad van Europa nog niet heeft vastgesteld dat het zijn opdracht op grond van artikel 46, § 2, van het EVRM heeft vervuld”.

Het zou de voorkeur verdienen om, in overeenstemming met de formulering van die laatste bepaling, te schrijven: “het Comité van ministers van de Raad van Europa nog niet heeft vastgesteld dat het het toezicht op de uitvoering van het arrest op grond van artikel 46, § 2, van het EVRM heeft beëindigd”.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS