



de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

Research Memoranda

Nummer 5 / 2012

Jaargang 8

De wrakingsprocedure

# De wrakingsprocedure

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de  
mogelijkheden tot herziening van de  
Nederlandse wrakingsprocedure

Ivo Giesen, François Kristen, Liesbeth Enneking  
Evelien de Kezel, Leonie van Lent, Paulien Willemsen

Research Memoranda 2012 - nr 5

ISBN 978-90-12-38959-4



9 789012 389594

**Sdu** UITGEVERS

# Colofon

Raad voor de rechtspraak  
Postbus 90613  
2509 LP Den Haag

Deze publicatie verschijnt in het kader van het wetenschappelijk onderzoeksprogramma van de Raad voor de rechtspraak. Uitgave daarvan betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

## Leden begeleidingscommissie

Prof. mr. B. Böhrer  
bijzonder hoogleraar advocatuur aan de  
Universiteit van Amsterdam (voorzitter)

Prof. mr. P.P.T. Bovend'Eert  
hoogleraar staatsrecht aan de Radboud  
Universiteit Nijmegen

Prof. mr. J.J.M. van Dijk  
hoogleraar victimologie aan INTERVICT,  
Universiteit van Tilburg

Mr. H.Æ. Uniken Venema  
president van de Rechtbank Utrecht

Dr. H.G.E. Verberk  
Raad voor de rechtspraak (opdrachtgever)

Voor leden van de rechterlijke organisatie zijn  
gratis exemplaren beschikbaar.

Deze kunnen worden besteld bij:  
Raad voor de rechtspraak  
Secretariaat Directie Strategie & Ontwikkeling  
Postbus 90613  
2509 LP Den Haag  
Tel. (070) 361 97 05  
E-mail: [researchmemoranda@rechtspraak.nl](mailto:researchmemoranda@rechtspraak.nl)

De integrale tekst van dit rapport is gratis te  
downloaden van:  
[www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak)  
Rubriek: wetenschappelijk onderzoek

## Uitgever

Sdu Uitgevers BV, Den Haag

## Vormgeving

Corps, Den Haag

## Opmaak binnenwerk

Studio Typeface, Lelystad

Oplage  
550 stuks

December 2012

© Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)  
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in  
een voor anderen toegankelijk gegevensbestand  
worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt  
zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de  
Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hier-  
bij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevens-  
bestand toegankelijk maken of openbaar maken  
waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie  
wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave  
als bron wordt vermeld.

Ivo Giesen  
François Kristen  
Liesbeth Enneking  
Evelien de Kezel  
Leonie van Lent  
Paulien Willemsen

# De wrakingsprocedure

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure



# Reflectie op wraking

Wraking van rechters is een eerbiedwaardig instituut in onze proceswetten. Een “meubelstuk” is het genoemd door Eddy Bauw in een artikel in *Ars Aequi* van maart 2011. Maar wel een belangrijk meubelstuk, zou ik willen zeggen, want het gaat over de harde kern van het rechterlijk functioneren, de onpartijdigheid van de rechter, en de mogelijkheden voor de procesdeelnemers om die ter discussie te stellen. Ook een antiek meubelstuk, inmiddels een beetje gedateerd en lange jaren weinig gebruikt. Theorievorming over de wettelijke regeling van de wraking is er, goed beschouwd, weinig en de wetgever heeft, oneerbiedig gezegd, bij vernieuwing van de proceswetten de aloude wettelijke regeling van de behandeling van een wrakingsverzoek als vanzelfsprekend steeds weer in de nieuwe wet opgenomen. Ook in de praktijk was er met wraking weinig aan de hand. Gerelateerd aan het aantal zaken dat jaarlijks door rechters in Nederland werd afgedaan, waren er maar heel weinig wrakingen. De wrakingen die er wel waren werden keurig en betrekkelijk geruisloos afgehandeld. Bijna alle verzoeken om wraking werden afgewezen.

*Theorievorming over de wettelijke regeling van de wraking is er, goed beschouwd, weinig en de wetgever heeft, oneerbiedig gezegd, bij vernieuwing van de proceswetten de aloude wettelijke regeling van de behandeling van een wrakingsverzoek als vanzelfsprekend steeds weer in de nieuwe wet opgenomen.*

De laatste tijd wordt de wettelijke regeling van de wraking van rechters om verschillende redenen als meer problematisch ervaren. Voor mij zijn de belangrijkste de volgende.

Ten eerste zijn er de laatste jaren méér wrakingsverzoeken, hoewel het, afgezet tegen het totaal aantal zaken, relatief gezien nog steeds om een zeer gering aantal gaat. Dat neemt niet weg dat de voortvarende afdoening van een toenemend aantal zaken erg wordt belemmerd, omdat een wrakingsverzoek de zaak volgens de huidige wettelijke regeling in alle gevallen stillegt.

Ten tweede vergt de behandeling van een wrakingsverzoek volgens de wettelijke regeling veel rechterstijd, en daarmee overheidsgeld. Hoe klein de zaak ook is, het wrakingsverzoek moet immers volgens de huidige wettelijke regeling door een meervoudige kamer op een zitting worden behandeld, ongeacht de kwaliteit van de onderbouwing van het wrakingsverzoek. Naarmate méér, en niet zelden zeer summier onderbouwde, wrakingsverzoeken in kleine zaken worden ingediend, wordt dit toenemend als bezwaar gevoeld.

Ten derde is van verschillende kanten en om verschillende redenen kritiek geuit op het wettelijke systeem dat op een wrakingsverzoek wordt beslist door hetzelfde gerecht, waartoe ook de gewraakte rechters behoren. Zo zou dit kunnen afdoen aan de (door partijen beleefde) onpartijdigheid van de rechters, die op het wrakingsverzoek beslissen, en de collegiale verhoudingen binnen het gerecht onder druk kunnen zetten.

Ten vierde zijn sommige uitspraken van wrakingskamers, ook in grote zaken met veel media-belangstelling, als tamelijk onvoorspelbaar ervaren. Dat houdt naar mijn mening verband met twee andere kenmerken van onze wettelijke regeling, te weten een tamelijk open omschreven wrakingsgrond (er moet sprake zijn van feiten en omstandigheden die reden geven om te vrezen dat de rechtelijke onpartijdigheid in het geding is) en het ontbreken van een rechtseenheidsvoorziening (het gerecht waarin het wrakingsverzoek zich voordoet, oordeelt zelf in hoogste instantie over het wrakingsverzoek).

Er is, kortom, alle reden om eens na te denken over renovatie van het meubelstuk.

Tegen deze achtergrond komt het Utrechtse rechtsvergelijkend onderzoek onder leiding van de hoogleraren Ivo Giesen en François Kristen op het goede moment. Onderwerp van onderzoek is de vraag of en zo ja, op welke wijze, de behandeling van wrakingsverzoeken in Nederland op een meer adequate en efficiënte manier zou kunnen worden georganiseerd. Het leert ons dat de Nederlandse wettelijke regeling van de wraking helemaal niet vanzelfsprekend is, en dat voor de oplossing van de ervaren knelpunten de nodige inspiratie kan worden ontleend aan de geldende regelingen in ons omringende landen.

De basis van het onderzoek is een gestructureerde *quick scan* van wrakingsregelingen in België, Denemarken, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Spanje, de Verenigde Staten en Zwitserland. Deze *quick scan* is als bijlage bij het rapport gevoegd. Wie een snel beeld wil krijgen van de buitenlandse regelingen leze de "verzamelde suggesties en ideeën en overzichtstabel" aan het slot van deze bijlage. Er is in verschillende landen gekozen voor een totaal andere opzet van de wrakingsregeling dan in Nederland en het is interessant om daarvan kennis te nemen. Verder verdiepend onderzoek is gedaan naar de Franse en Zwitserse stelsels, omdat deze het meest veelbelovende materiaal bleken op te leveren. De resultaten van dit verdere onderzoek zijn, na de inleiding en de beschrijving van de Nederlandse situatie, te vinden in de hoofdstukken 3 en 4 van het rapport.

*Het onderzoek van Ivo Giesen en François Kristen leert ons dat de Nederlandse wettelijke regeling van de wraking helemaal niet vanzelfsprekend is, en dat voor de oplossing van de ervaren knelpunten de nodige inspiratie kan worden ontleend aan de geldende regelingen in ons omringende landen.*

Het meest prikkelende deel van het rapport is, wat mij betreft, hoofdstuk 5, waarin de vraag aan de orde is wat wij zouden kunnen leren van de andere rechtssystemen en waarin de onderzoekers hun antwoord op die vraag geven door het schetsen van de contouren van een nieuwe wettelijke wrakingsregeling. Van die contouren maakt deel uit:

- een sterkere nadruk op de plicht van elke rechter om problemen te voorkomen door zichzelf tijdig voor aanvang van de procedure te verschonen en de introductie van enkele formele, vastomlijnde, wrakingsgronden, naast de bestaande, “open” grond;
- geen automatische schorsing van het geding meer als gevolg van de indiening van een wrakingsverzoek;
- de beoordeling van het wrakingsverzoek door een hogere rechter, dus niet meer door het gerecht zelf;
- de mogelijkheid van oplegging van een boete, dan wel een proceskostenveroordeling, aan de wrakende partij bij een oneigenlijk wrakingsverzoek;
- een differentiatie van de wrakingsprocedure naar gelang de merites van het wrakingsverzoek, met een snelle en efficiënte afdoening van wrakingsverzoek dat kennelijk gegrond of ongegrond is.

*De voorstellen van de onderzoekers beogen een tempering van de prikkel om de wrakingsregeling oneigenlijk te gebruiken, de vergroting van de legitimiteit van het instrument en daarmee het maatschappelijk draagvlak, met daaraan gekoppeld een vergroting van de efficiëntie, kortom een beter gebalanceerde wrakingsregeling.*

In het rapport zijn deze voorstellen verder uitgewerkt. De onderbouwing van de voorstellen is naar mijn mening solide en bovendien zijn de voorstellen gebaseerd op rechtsvergelijking. Beoogd zijn een tempering van de prikkel om de wrakingsregeling oneigenlijk te gebruiken, de vergroting van de legitimiteit van het instrument en daarmee het maatschappelijk draagvlak, met daaraan gekoppeld een vergroting van de efficiëntie, kortom een beter gebalanceerde wrakingsregeling. Daarmee hebben de onderzoekers een prima basis gelegd voor de discussie over verbetering van de Nederlandse wettelijke regeling. Het rapport is het lezen dan ook meer dan waard!

Herco Uniken Venema  
President rechtbank Midden-Nederland



# Voorwoord

In dit rapport wordt verslag gedaan van een in opdracht van de Raad voor de rechtspraak uitgevoerd rechtsvergelijkend onderzoek naar de wrakingsregelingen in diverse Europese landen. Het doel daarvan is om inspiratie op te doen om te komen tot een zodanige aanpassing van het Nederlandse wrakingsprotocol en het wettelijk kader dat beter kan worden voldaan aan de belangen van de Rechtspraak én de belangen van de partijen en de samenleving, als het om de zo wezenlijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht gaat.

In dit rapport volgt – na een inleidend eerste hoofdstuk – een vergelijkende analyse van de wrakingsregelingen in Nederland, Frankrijk en Zwitserland (beschreven in de hoofdstukken 2-4), om van daaruit te komen tot mogelijke contouren van een aangepaste Nederlandse wrakingsregeling (hoofdstuk 5). Daarbij wordt ook teruggegrepen op de resultaten van een gestructureerde en gesystematiseerde vergelijkende *quick scan* (opgenomen in bijlage 1) die in een eerste onderzoeksfase werd verricht.

In genoemd hoofdstuk 5 analyseren wij de uit de andere rechtsstelsels geputte inspirerende en vernieuwende elementen in die zin dat bekeken wordt wat eventueel aansprekend zou kunnen zijn voor de Nederlandse situatie. Dat doen wij steeds vanuit de twee perspectieven die wij hanteren. Die perspectieven zijn intern en extern gericht. Daarbij ziet het interne perspectief op de adequatie en efficiëntie van de wrakingsregeling als zodanig. Dit perspectief staat in het onderhavige onderzoek voorop. Het externe perspectief betreft de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de wrakingsregeling. Dat perspectief staat hierna niet centraal, maar nemen wij in het onderhavige onderzoek zoveel mogelijk mee, ook om zo de aansluiting bij het empirisch onderzoek over wraking verricht door Van Rossum e.a.<sup>1</sup> mogelijk te maken.

De kern van ons rapport ligt in de vergelijkende analyse van de wrakingsregeling van met name Frankrijk en Zwitserland in paragraaf 3 van hoofdstuk 5 en de daarop voortbouwende paragraaf 4 van hoofdstuk 5, waarin wij de contouren van een mogelijke nieuwe Nederlandse wrakingsregeling zullen schetsen. Deze zal naar onze verwachting aan de ene kant de prikkel om de wrakingsprocedure oneigenlijk te gebruiken, stevig temperen (kernwoorden: boetes en proceskostenveroordelingen; geen schorsing), terwijl tegelijkertijd de efficiëntie en de legitimiteit van het instrument en daarmee het maatschappelijk draagvlak, worden vergoed (kernwoorden: termijnen; wrakingsgronden met daaraan gekoppelde differentiatie in procedures; eerder verschonen; oordeel van een hoger geplaatste rechter). Wij menen dat zodoende inderdaad beter kan worden voldaan aan de belangen van de Rechtspraak én de belangen van de partijen en de samenleving.

1 Uitgevoerd door de Roosevelt Academy en de Universiteit Utrecht.

Het onderhavige rapport is geschreven door Giesen (hoofdstuk 1 en 5; eindredactie), Kristen (hoofdstuk 1, 2 en 5; eindredactie), Enneking (hoofdstuk 1 en 2; onderdelen van de *quick scan*), De Kezel (hoofdstuk 1 en 3; onderdelen van de *quick scan*), Van Lent (hoofdstuk 4; onderdelen van de *quick scan*) en Willemsen (onderdelen van de *quick scan*), allen verbonden aan de Universiteit Utrecht, maar ieder van de auteurs leverde tevens zijn of haar bijdrage aan de andere onderdelen, via kritische noten, commentaren en aanvullingen. Dit eindrapport moet dan ook als een gezamenlijk product van voornoemde auteurs worden beschouwd.

De auteurs kregen zeer gedegen en enorm gewaardeerde onderzoeksondersteuning van de student-assistenten Fanny de Graaf en Marthe Lammers, die vooral aan de *quick scan* hebben meegewerkt. Daarvoor zeggen wij hen op deze plaats hartelijk dank.

Dank is uiteraard ook verschuldigd aan de zeer deskundige begeleidingscommissie waarmee bovendien enorm professioneel en plezierig werd samengewerkt. In het colofon is vermeld wie de leden van deze commissie waren.

Utrecht, 1 juli 2012

Mede namens de overige auteurs,

Ivo Giesen & François Kristen

# Inhoudsopgave

|          |                                                                                                                                                                                              |    |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
|          | <b>Reflectie op wraking</b>                                                                                                                                                                  | 3  |
|          | <i>Herco Uniken Venema</i>                                                                                                                                                                   |    |
|          | <b>Voorwoord</b>                                                                                                                                                                             | 7  |
| <b>1</b> | <b>Inleiding</b>                                                                                                                                                                             | 15 |
| 1.1      | Aanleiding voor dit rechtsvergelijkend onderzoek                                                                                                                                             | 15 |
| 1.2      | Doel en object van dit onderzoek                                                                                                                                                             | 16 |
| 1.2.1    | Situering en doel van het onderzoek                                                                                                                                                          | 16 |
| 1.2.2    | De omgang met de spagaat tussen extern en intern perspectief                                                                                                                                 | 17 |
| 1.2.3    | Object van het onderzoek: de wrakingsprocedure in Nederland                                                                                                                                  | 18 |
| 1.2.4    | De Nederlandse verschoningsprocedure in vogelvlucht                                                                                                                                          | 21 |
| 1.2.5    | Internationale vergelijking                                                                                                                                                                  | 22 |
| 1.3      | Probleemstelling en onderzoeksvragen                                                                                                                                                         | 22 |
| 1.4      | Methode                                                                                                                                                                                      | 24 |
| 1.5      | Verantwoording van de uiteindelijke landenkeuze                                                                                                                                              | 25 |
| 1.6      | Verdere opzet van dit rapport                                                                                                                                                                | 28 |
| <b>2</b> | <b>Nederland</b>                                                                                                                                                                             | 29 |
| 2.1      | Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?                                           | 29 |
| 2.1.1    | Wraking van rechters in Nederland: algemeen                                                                                                                                                  | 29 |
| 2.1.2    | Intermezzo: de bijzondere positie van de Raad van State                                                                                                                                      | 30 |
| 2.1.3    | Wraking van rechters in Nederland: de praktijk                                                                                                                                               | 32 |
| 2.1.4    | Andere klachtregelingen                                                                                                                                                                      | 33 |
| 2.2      | Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard? | 34 |
| 2.2.1    | De wettelijke regeling voor wraking/ verschoning van rechters                                                                                                                                | 34 |
| 2.2.2    | Nadere uitwerking                                                                                                                                                                            | 35 |
| 2.2.3    | Andere relevante wettelijke bepalingen                                                                                                                                                       | 36 |
| 2.2.4    | Richtlijnen, gedragscodes en protocollen                                                                                                                                                     | 37 |
| 2.3      | Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?                                                       | 39 |
| 2.3.1    | Behandeling verzoek tot wraking                                                                                                                                                              | 39 |

|        |                                                                                                                                                                        |    |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3.2  | Wettelijke gronden voor verzoek tot wraking                                                                                                                            | 40 |
| 2.3.3  | Formele vereisten voor verzoek tot wraking                                                                                                                             | 40 |
| 2.3.4  | Behandeling en formele vereisten voor verzoek tot verschoning                                                                                                          | 42 |
| 2.4    | Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?                                                                                                  | 43 |
| 2.4.1  | Verzoek tot wraking                                                                                                                                                    | 43 |
| 2.4.2  | Verzoek tot verschoning                                                                                                                                                | 43 |
| 2.5    | Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?                                                                                                  | 44 |
| 2.5.1  | Procedure na een verzoek tot wraking                                                                                                                                   | 44 |
| 2.5.2  | Procedure na een verzoek tot verschoning                                                                                                                               | 45 |
| 2.6    | Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?                                                                                                                        | 45 |
| 2.7    | Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?                                                                | 46 |
| 2.8    | Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?                                                               | 46 |
| 2.8.1  | Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een verzoek tot wraking                                                                                                         | 46 |
| 2.8.2  | Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een verzoek tot verschoning                                                                                                     | 47 |
| 2.9    | Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden? | 48 |
| 2.9.1  | Algemeen                                                                                                                                                               | 48 |
| 2.9.2  | Kritiek op oneigenlijk gebruik/ misbruik wrakingsregeling                                                                                                              | 49 |
| 2.9.3  | Kritiek op het open stelsel van materiële gronden voor wraking/ verschoning                                                                                            | 50 |
| 2.9.4  | Kritiek op de behandeling van wrakingsverzoeken door hetzelfde gerecht                                                                                                 | 51 |
| 2.10   | Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?                                             | 51 |
| 2.10.1 | Invoering van de huidige wettelijke regelingen voor wraking/verschoning                                                                                                | 51 |
| 2.10.2 | Invoering van integriteitsregelingen                                                                                                                                   | 52 |
| 2.10.3 | Uitbreiding van de Wrra                                                                                                                                                | 52 |
| 2.10.4 | Aanpassingen van de bestaande procedure voor wraking van rechters?                                                                                                     | 53 |
| 2.11   | Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?                   | 53 |
| 2.12   | Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?                                                                        | 53 |

|          |                                                                                                                                                                                              |           |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>3</b> | <b>Frankrijk</b>                                                                                                                                                                             | <b>55</b> |
| 3.1      | Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?                                           | 55        |
| 3.1.1    | Algemeen                                                                                                                                                                                     | 55        |
| 3.1.2    | Nadere uitwerking                                                                                                                                                                            | 56        |
| 3.1.2.1  | De rechter verschoont zich op eigen initiatief (de procedure van l'abstention)                                                                                                               | 56        |
| 3.1.2.2  | Een partij dient een wrakingsverzoek in (de procedure van la récusation)                                                                                                                     | 56        |
| 3.1.2.3  | De rechter verschoont zich na daarover een verzoek te hebben ontvangen van een partij                                                                                                        | 57        |
| 3.1.2.4  | De procedure van de renvoi (procedure van de verwijzing naar een andere rechtbank)                                                                                                           | 57        |
| 3.2      | Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard? | 57        |
| 3.2.1    | Algemeen                                                                                                                                                                                     | 57        |
| 3.2.2    | Overzicht van de wrakingsprocedures voor de civiele rechtbanken                                                                                                                              | 58        |
| 3.2.2.1  | Limitatieve lijst van wrakingsgronden                                                                                                                                                        | 58        |
| 3.2.2.2  | Andere gronden?                                                                                                                                                                              | 60        |
| 3.2.3    | Overzicht van de wrakingsprocedure voor de strafgerechten                                                                                                                                    | 60        |
| 3.2.3.1  | Voorafgaande opmerkingen                                                                                                                                                                     | 60        |
| 3.2.3.2  | Wrakingsgronden in strafrechtelijke procedures                                                                                                                                               | 61        |
| 3.2.4    | Niet-limitatief karakter van de wrakingsgronden via de rechtstreekse werking van artikel 6 EVRM                                                                                              | 62        |
| 3.3      | Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?                                                       | 63        |
| 3.4      | Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?                                                                                                                        | 63        |
| 3.5      | Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?                                                                                                                        | 64        |
| 3.5.1    | Procedure in civiele zaken                                                                                                                                                                   | 64        |
| 3.5.2    | Procedure in strafzaken                                                                                                                                                                      | 66        |
| 3.5.3    | Procedure van de renvoi                                                                                                                                                                      | 66        |
| 3.6      | Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?                                                                                                                                              | 68        |
| 3.7      | Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?                                                                                      | 69        |
| 3.8      | Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?                                                                                     | 69        |

|          |                                                                                                                                                                                              |           |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.9      | Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?                       | 69        |
| 3.9.1    | Kritiek in de juridische literatuur                                                                                                                                                          | 69        |
| 3.9.2    | Kritiek van beleidsmakers                                                                                                                                                                    | 70        |
| 3.10     | Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?                                                                   | 72        |
| 3.11     | Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?                                         | 72        |
| 3.12     | Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?                                                                                              | 73        |
| <b>4</b> | <b>Zwitserland</b>                                                                                                                                                                           | <b>74</b> |
| 4.1      | Op welke wijze en door wie kan de veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak worden aangekaart?                                                                        | 74        |
| 4.1.2    | Algemeen                                                                                                                                                                                     | 74        |
| 4.1.3    | Nadere uitwerking                                                                                                                                                                            | 75        |
| 4.1.3.1  | De rechter verschoont zich                                                                                                                                                                   | 75        |
| 4.1.3.2  | Een partij dient een wrakingsverzoek in                                                                                                                                                      | 75        |
| 4.2      | Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard? | 76        |
| 4.2.1    | Algemeen                                                                                                                                                                                     | 76        |
| 4.2.2    | Overzicht van de wrakingsprocedure in het civiele geding                                                                                                                                     | 77        |
| 4.2.2.1  | Voorafgaande opmerkingen                                                                                                                                                                     | 77        |
| 4.2.2.2  | Wrakingsgronden (art. 47 lid 1, onder a t/m f ZPO)                                                                                                                                           | 77        |
| 4.2.2.3  | Artikel 47 lid 2 ZPO: 'Kein Ausstandgrund für sich allein ist insbesondere die Mitwirkung (...)'                                                                                             | 78        |
| 4.2.3    | Overzicht van de wrakingsprocedure voor de strafgerechten                                                                                                                                    | 79        |
| 4.2.3.1  | Voorafgaande opmerkingen                                                                                                                                                                     | 79        |
| 4.2.3.2  | Wrakingsgronden in het strafproces (art. 56 onder a-f StPO)                                                                                                                                  | 80        |
| 4.2.4    | Overzicht van de wrakingsprocedure bij de bestuurlijke instanties                                                                                                                            | 80        |
| 4.2.4.1  | Algemeen                                                                                                                                                                                     | 80        |
| 4.2.4.2  | Gronden                                                                                                                                                                                      | 81        |
| 4.3      | Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking?                                                                                                                         | 82        |
| 4.4      | Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?                                                                                                                        | 83        |

|          |                                                                                                                                                                        |           |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.5      | Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?                                                                                                  | 84        |
| 4.5.1    | Procedure in civiele zaken                                                                                                                                             | 84        |
| 4.5.2    | Procedure in strafzaken                                                                                                                                                | 87        |
| 4.6      | Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?                                                                                                                        | 89        |
| 4.7      | Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?                                                                | 90        |
| 4.8      | Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?                                                               | 90        |
| 4.9      | Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden? | 90        |
| 4.10     | Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?                                             | 91        |
| 4.11     | Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?                   | 92        |
| 4.12     | Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?                                                                        | 92        |
| <b>5</b> | <b>Analyse en wijzigingsvoorstellen: enkele contouren</b>                                                                                                              | <b>94</b> |
| 5.1      | Inleiding                                                                                                                                                              | 94        |
| 5.2      | Wat zouden wij kunnen leren van de andere rechtsstelsels?                                                                                                              | 94        |
| 5.3      | Nadere analyse van de onderscheiden inspirerende of vernieuwende elementen                                                                                             | 96        |
| 5.3.1    | Financiële sancties?                                                                                                                                                   | 96        |
| 5.3.2    | Wie beoordeelt? Een hogere rechter                                                                                                                                     | 102       |
| 5.3.3    | Termijnen?                                                                                                                                                             | 104       |
| 5.3.4    | Formele en/of open wrakingsgronden?                                                                                                                                    | 105       |
| 5.3.5    | Schorsende werking van het verzoek?                                                                                                                                    | 106       |
| 5.3.6    | Motiveringseisen?                                                                                                                                                      | 107       |
| 5.3.7    | Rechtsmiddelen?                                                                                                                                                        | 108       |
| 5.3.8    | Wraking van een geheel rechterlijk college?                                                                                                                            | 109       |
| 5.4      | De contouren van een nieuwe wrakingsregeling                                                                                                                           | 110       |
| 5.5      | Slotoverweging                                                                                                                                                         | 115       |

|                  |                                                               |     |
|------------------|---------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Bijlage 1</b> |                                                               | 117 |
|                  | Introductie                                                   | 117 |
| A.               | België                                                        | 118 |
| B.               | Denemarken                                                    | 126 |
| C.               | Duitsland                                                     | 132 |
| D.               | Engeland                                                      | 141 |
| E.               | Italië                                                        | 144 |
| F.               | Oostenrijk                                                    | 150 |
| G.               | Spanje                                                        | 156 |
| H.               | Verenigde Staten                                              | 165 |
|                  | Conclusie: verzamelde suggesties en ideeën en overzichtstabel | 175 |

# Inleiding

## 1.1 Aanleiding voor dit rechtsvergelijkend onderzoek

De rechterlijke macht ligt onder het maatschappelijke vergrootglas. De maatschappij wil meer en meer weten over de rechterlijke macht en over de individuele leden ervan, en wil meer inzicht in de werking van de rechterlijke macht. Men wil meer transparantie, meer openheid van zaken. Tegelijkertijd is de eeuwenlang als natuurlijk gegeven veronderstelde autoriteit, gezag en legitimiteit van diezelfde rechterlijke macht aan erosie onderhevig, zo lijkt het. Dat de rechter onbevangen en onbevooroordeeld tot zijn beslissing komt, een van de kernwaarden van de rechtspraak in Nederland, wordt minder voetstoots aangenomen. De mogelijkheid van wraking van de rechter is hét instrument dat de rechtzoekende burger kan benutten om uiting te geven aan twijfel over de rechterlijke onpartijdigheid in zijn zaak. In een rechtsstaat als de onze past het ook dat een dergelijk instrument beschikbaar is voor de justitiabelen. Onder andere op basis van Utrechts onderzoek is recent duidelijk geworden dat de wrakingsregeling de laatste jaren vaker benut wordt.<sup>2</sup> Bauw heeft vervolgens een aantal plausibele verklaringen daarvoor aangevoerd: mondiger burgers, publieke meningsvorming, polarisatie, meer empathie

bij rechters, actievere rechters en meer *unus-rechtspraak*.<sup>3</sup>

Omdat dergelijke wrakingsverzoeken niet vaker worden gehonoreerd, is het waarschijnlijk dat de regeling ook steeds vaker 'oneigenlijk' wordt benut. 'Wraking als vorm van manipulatie,' schreef Asser onlangs nog toen hij eenzelfde trend signaleerde.<sup>4</sup> Daarbij wijst hij er ook op dat advocaten hiertoe steeds meer gedwongen worden door hun cliënt; hier geldt waarschijnlijk: 'voorbeeld doet volgen'. Dergelijk oneigenlijk en wellicht ongewenst gebruik ondermijnt – in elk geval op de langere termijn – de wrakingsregeling zelf. De effectiviteit van de wrakingsregeling kan immers onder druk komen te staan en er wordt miskend dat de wrakingsregeling een correctiemechanisme is voor uitzonderlijke gevallen om een fundamentele waarde – de rechterlijke onpartijdigheid – te waarborgen. Oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling knaagt daarom aan de fundamenten van onze rechtspleging. Voor de rechterlijke macht is dat een onwenselijke situatie en ook voor de rechtsstaat, en dus de burger zelf. Logisch dat wraking, de wrakingsregeling en het toegenomen gebruik ervan niet alleen op de beleidsagenda van de Raad voor de rechtspraak (hierna: RvdR) staan, maar ook gespreksonderwerp zijn op de rechterlijke werkvloer en in de dagelijkse omgang tussen collega's.<sup>5</sup> En

2 L. Chrit & R.L. Venneman, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011-1, p. 11-18. Zie ook: paragraaf 1.3 in hoofdstuk 2.

3 E. Bauw, 'Wat te denken van wraking', *AA* 2011-3, p. 202-206, p. 202. Zie ook: M. Kuijer, aant. 1 op art. 512-519 (suppl. juni 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

4 Zie: W.D.H. Asser, 'De gewraakte gerechtigheid', *TCR* 2011, p. 105-106, p. 106.

5 Zie in dit verband: het verslag van het jaarcongres van de NVvR (K.G.F. van der Kraats, 'Het droomschip heeft de bestemming nog niet bereikt', *Trema* 2011, p. 375), alwaar ook gewag wordt gemaakt van een gevoel dat misbruik wordt gemaakt van de wrakingsregeling.

het zijn niet alleen gespreksonderwerpen. De rechterlijke macht reageert op de ontwikkelingen. Er wordt intern nagedacht over hoe moet worden omgegaan met wraking. Wrakingsprotocollen zijn volgens een landelijk model opgesteld. In zeer bijzondere gevallen wordt een andere organisatie van de beoordeling van een wrakingsverzoek ingezet, namelijk behandeling door rechters uit een andere rechtbank.

Voor al door het toegenomen aantal wrakingsverzoeken, het vermoeden van oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling en het beeld van de burger over de rechterlijke macht en de onpartijdigheid van de rechter, heeft de Rvdr besloten tot het uitzetten van een onderzoek naar de vraag of en zo ja, op welke wijze, wrakingsverzoeken in Nederland op een meer adequate en efficiënte manier kunnen worden georganiseerd. De Rvdr heeft daarbij besloten om naast een empirisch onderzoek (voorafgaand) ook een rechtsvergelijkend onderzoek uit te zetten. Zo is de voornoemde vraag of wraking niet oneigenlijk gebruikt wordt bijvoorbeeld ook in België actueel. Nadat een rechter in de zogenoemde 'zaak-Beaulieu'

(een zaak van grootschalige fiscale fraude), gewraakt werd omdat hij bij de aanvang van de zitting zou hebben verklaard geen zin te hebben in de behandeling van een dergelijke omvangrijke zaak,<sup>6</sup> werd in 2008 in de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers aan de toenmalige minister van Justitie de volgende vraag gesteld: 'Wat kan de minister doen om dergelijk laakbaar gedrag te beteugelen?'<sup>7</sup> In Nederland speelde de strafzaak tegen politicus Geert Wilders, waarin ook het functioneren en de deontologie van de rechter ter discussie stond, zij het in een andere context.

## 1.2 Doel en object van dit onderzoek

### 1.2.1 Situering en doel van het onderzoek

Zoals al in de inleiding is genoemd, stijgt de laatste jaren het aantal wrakingsverzoeken, terwijl het aantal toegewezen verzoeken tot voor kort vrijwel gelijk bleef.<sup>8</sup> Daarom is het belangrijk een manier van afdoening van deze verzoeken te gaan ontwikkelen die recht doet aan het belang van de mogelijkheid om een rechter te kunnen wraken ter borging van onpartijdige rechtspraak en die er tevens rekening

6 Het Hof van Beroep te Brussel heeft, bij arrest van 23 juni 2008, de rechter die de Nederlandstalige raadkamer in de zogenoemde 'zaak-Beaulieu' voorziet, gewraakt. De wraking is gestoeld op de vaststelling dat de rechter bij de aanvang van de zitting van 4 februari 2008 heeft verklaard dat hij als magistraat binnen de vijf jaar opstapt en dat, als hij de zaak langer zou kunnen laten duren dan die vijf jaar, hij het zeker zou doen, om op die manier er vanaf te zijn, maar dat hij het niet mogelijk acht om de zaak alsnog zo lang te kunnen laten duren, zodat hij in de gegeven omstandigheden voor zichzelf maar één oplossing zag, met name zo snel mogelijk van deze zaak af zijn (Parl. St. Kamer 2007-2008, CRABV 52 COM 295, p. 4 en 5).

7 De toenmalige minister van Justitie Vandeuren antwoordde dat de beroepsinstantie die zich over het wrakingsverzoek moest uitspreken, de betrokken rechter gewraakt had omdat deze blijkt had gegeven van vooringenomenheid en het verder aan het parket toekomt om desgevallend een tuchtprocedure op te starten tegen de betrokken rechter (Parl. St. Kamer 2007-2008, CRABV 52 COM 295, p. 4 en 5).

8 Zie voor meer cijfers: paragraaf 1.3 in hoofdstuk 2.

mee houdt dat er meer en meer (op oneigenlijke gronden) naar het wapen van wraking wordt gegrepen.

De rechterlijke macht en de Rvdr willen dat een *adequate* (i.e. een voldoende juridische kwaliteit en uniformiteit biedende) procedure wordt ontwikkeld die de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid kan garanderen en die tevens *efficiënt* te noemen is (i.e. tot een doelmatige inzet van middelen leidt, wat meer omvat dan alleen sturen op de snelheid van de procedure, want het omvat ook het bereiken van een aanvaardbare uitkomst van de procedure gegeven de schaarse middelen en capaciteit; dat moet het vertrouwen in de rechtspraak borgen). Daarbij speelt ook dat een wrakingsverzoek de rechter persoonlijk raakt, omdat zijn integriteit in twijfel wordt getrokken ('wraking treft de rechter daarom in het hart', zo liet Asser fraai optekenen<sup>9</sup>), zodat het oneigenlijk gebruik ervan ook vanuit dat standpunt bezien zoveel mogelijk zou moeten worden teruggedrongen.

De hierna beantwoorde onderzoeksaanvraag van de Rvdr is voortgekomen uit het overleg met de presidentenvergadering. Hieruit vloeit de vraag voort die aan het onderhavige onderzoek is verbonden, en die luidt:

*Op welke wijze zou het wrakingsprotocol en het wettelijk kader kunnen worden aangepast zodat beter wordt voldaan aan zowel de belangen van de Rechtspraak als aan de belangen van partijen en samenleving?*

Daarmee wordt in de kern een *tweeledig onderzoeksdoel* verwoord: inzicht krijgen in hoe de wrakingsregeling<sup>10</sup> zo adequaat en efficiënt mogelijk kan worden ingericht, mede op basis van ervaringen elders (het *interne* perspectief), en inzicht krijgen in het maatschappelijke oordeel en het oordeel van partijen over de vormgeving van de wrakingsprocedure (het *externe* perspectief). Het is het eerstgenoemde doel dat hier centraal staat. Niettemin wordt het laatstgenoemde doel zoveel mogelijk meegenomen, ook om aansluiting bij een bij andere onderzoekers aanbesteed empirisch onderzoek over wraking mogelijk te maken.

## 1.2.2 De omgang met de spagaat tussen extern en intern perspectief

Zoals helder is uitgewerkt in de startnotitie voor dit onderzoek, liggen het interne en het

<sup>9</sup> Zie: Asser 2011, p. 105.

<sup>10</sup> Het uitgezette onderzoek (vergelijk: nr. 4.1 van de aanvraag), en dus ook dit onderzoeksrapport, heeft in beginsel slechts betrekking op de wrakingsprocedure, maar voor zover nodig vanwege de samenhang tussen die procedure en de inhoudelijke gronden of redenen voor het wraken van een rechter, zullen die inhoudelijke gronden uiteraard ook worden meegenomen. Over die materiële wrakingsgronden zie ook: M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial independence and impartiality in light of the requirements of article 6 ECHR* (diss. Nijmegen), Nijmegen: WLP 2004; P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 259 e.v. (specifiek voor civiele procedures); alsmede P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, m.n. p. 51 e.v. (hoewel dit boek vooral over de onafhankelijkheid en minder over de onpartijdigheid van de rechter gaat).

externe perspectief deels in elkaars verlengde. Tegelijkertijd openbaren de spanningen tussen deze perspectieven zich met name duidelijk als het gaat om verbeteringen in de bestaande situatie. Vanuit extern perspectief – met het oog op de legitimiteit van de rechtspraak – ligt het weinig voor de hand om een systeem te ontwikkelen om bepaalde wrakingsverzoeken (de kennelijk niet-ontvankelijke of kennelijk ongegronde verzoeken) versneld (ofwel: efficiënt) af te doen. Dat staat op gespannen voet met het interne perspectief dat juist wél voor een dergelijke versnelde (en uiteraard: adequate) afdoening zou pleiten, omdat de efficiëntie en de persoonlijke beleving van de rechter in kwestie daarmee zouden zijn gediend.<sup>11</sup> De rechterlijke macht voelt hier de spanning tussen zoveel mogelijk verzoeken zo snel mogelijk willen afdoen en het recht willen spreken conform de wensen en behoeften van de burger (*'justice must be seen to be done'*). Inmiddels worden vanuit beide perspectieven voorstellen voor aanpassing van de wrakingsregeling geponeerd. Zo wordt vanuit extern perspectief gesproken over het benutten van een 'externe' wrakingskamer (deze wordt gevormd door rechters vanuit een ander arrondissement, zoals in de zaak-Wilders in tweede instantie plaatsvond) of zelfs van een landelijke wrakingskamer. De achterliggende idee daarbij is dat een wrakingskamer binnen de eigen rechtbank te weinig distantie zou

hebben.<sup>12</sup> Tevens is het idee gelanceerd om de betrokken wrakende partij en de te wraken rechter eerst in dialoog te laten treden.<sup>13</sup> Echter, waar dat recentelijk ongeveer langs die lijnen gebeurde, volgde nadien een gehonoreerde wraking.<sup>14</sup> Ook is de gedachte geuit om de eisen aan de onpartijdigheid van de rechter minder absoluut in te vullen.<sup>15</sup> Deze en andere mogelijke oplossingen voor het geschetste dilemma zullen in dit eindrapport (nader) worden verkend voor zover dergelijke opties ook in andere rechtsstelsels worden gevonden. Daarbij is bij de bestudering van elke 'procedurevorm' de vraag aan welke doelen (onpartijdigheid, efficiency, enzovoort) in meer of mindere mate tegemoet wordt gekomen.

### 1.2.3 Object van het onderzoek: de wrakingsprocedure in Nederland

Het *object van onderzoek* in dit deelonderzoek is de wrakingsprocedure. Daarover kan – vooruitlopend op hoofdstuk 2 van dit onderzoeksrapport – nu al kort het volgende worden opgemerkt. Zoals bekend, kent het Nederlandse recht een dergelijke wrakings- en verschoningsregeling, een regeling die gelijkluidend is opgenomen in zowel het Wetboek van Strafvordering (art. 512 Sv e.v.), als de Awb (art. 8:15 Awb e.v.), als in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Als een

11 Een adequate procedure is vanuit beide perspectieven van belang, en het voorkomen van oneigenlijk gebruik is dat ook. Alleen de wijze van aanpak van dat probleem roept spanning op.

12 W. Slagter, 'Voorstel voor een dialoog tussen rechter en partijen, mede ter voorkoming van een poging tot wraking', *NJB* 2011-36, p. 2444 en 2445.

13 Zie: Slagter 2011, p. 2444, en Asser 2011, p. 106.

14 Zie: Rb. Den Bosch 29 november 2011, zaaknr. 238553 / EX RK 11-205 (Van Putten).

15 R. Robroek, 'Beeldvorming een slechte raadgever en partijdigheid zo gek nog niet?', *NJB* 2011, p. 1960.

verdachte, belanghebbende of procespartij in een rechtsgeding voor de Nederlandse rechter meent dat de onpartijdigheid bij de rechter ontbreekt, dan wel de schijn van partijdigheid is gewekt, is er een speciale procedure die gevolgd moet worden. Deze procedure komt in hoofdstuk 2 verder aan de orde.

De grondslag voor een mogelijke wraking is gegeven in artikel 36 Rv, artikel 512 Sv en artikel 8:15 Awb: *'op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen leiden'*.

Over de invulling van die open norm is veel te zeggen, vooral ook op basis van wat artikel 6 EVRM vereist, maar dat is voor dit onderzoek, gegeven de vraagstelling, in beginsel minder direct relevant omdat het in dit onderzoek in de eerste plaats gaat om de wrakingsprocedure en de effectiviteit en adequaatheid daarvan, en minder om de inhoudelijke toetsingsmaatstaf.<sup>16</sup> Wel moet in dat verband nog vermeld worden dat de aanwezigheid van een procedure om tot wraking van een rechter te kunnen geraken, een rol speelt bij de beoordeling of er wel of niet sprake is van onpartijdigheid van de rechter. Het bestaan van een wrakingsprocedure draagt daarom bij aan het waarborgen van de rechterlijke onpartijdigheid. In de zaak *Micallef v. Malta* overwoog het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>17</sup> immers dat bij de beoordeling van de

(on)partijdigheid van de rechter meespeelt dat een rechtssysteem regels heeft om een rechter te kunnen wraken; dat laat zien dat het systeem de zorg ter harte neemt om twijfel over partijdigheid weg te nemen. Het hof houdt daar dus rekening mee.

Concreet voor de Nederlandse situatie heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dit verband geoordeeld dat wraking een effectief rechtsmiddel is.<sup>18</sup> Een partij die meent slachtoffer te zijn van een partijdige en/of niet-onafhankelijke rechter maar niet tracht deze rechter te wraken, zal daarom bij het Hof in beginsel te horen krijgen dat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput, waarna een niet-ontvankelijkheid zal volgen. Dat gebeurde in de zaak *Zadkine v. Nederland*.<sup>19</sup> Uiteraard kan het gevolg van deze lijn in de rechtspraak zijn dat het aantal wrakingsverzoeken (verder) zal toenemen;<sup>20</sup> een procespartij moet immers welhaast tot (een poging tot) wraking overgaan bij de minste of geringste twijfel aan de onpartijdigheid van de rechter, omdat anders de kans om daar later nog een beroep op te kunnen doen, verloren is gegaan.

Uit de Nederlandse rechtspraktijk blijkt dat wrakingsverzoeken vooral in eerste instantie spelen en weinig slagen.<sup>21</sup> Het (maatschappelijk) belang van de wraking is niettemin, en zeker na de zaak-Wilders, voor eenieder

16 Waar die maatstaf en de wrakingsprocedure verweven raken, zal uiteraard ook aan de maatstaf aandacht worden besteed. Vgl. voor nu (nogmaals) Kuijer 2004, en Smits 2008, p. 259 e.v. (specifiek voor civiele procedures).

17 EHRM 15 oktober 2009, NJ 2010, 180 (*Micallef t. Malta*), par. 99; Kuijer 2004, p. 307.

18 Zie: de zaak EHRM 6 mei 2003, NJ 2004, 15, m.nt. P.J. Boon; AB 2003, 211 (*Kleyn v. Nederland*).

19 EHRM 29 september 2009, «EHRC» 2009/129; NJB 2009, 2197 (*Zadkine v. Nederland*). Vgl. ook, met de nuancering dat op andere wijze het gebrek aan onpartijdigheid aan de orde stellen, ook volstaat, Kuijer 2004, p. 72 en 73.

20 Zie: Chrit & Venneman 2011, p. 11-18; Bauw 2011, p. 202.

21 Zie hiervoor: paragraaf 1.3 in hoofdstuk 2.

onmiskénbaar.<sup>22</sup> Ook de succesvolle wraking van de voorzitter van de strafkamer van de Rechtbank Haarlem in de Klimop-zaak<sup>23</sup> die het gedicht 'De Pruimenboom' van Hieronymus van Alphen ('Jantje zag eens pruimen hangen (...)') voordroeg na behandeling van de feiten en zonder de verdediging gelegenheid te geven daarop te reageren, bevestigt dit belang. Het voordragen van het gedicht heeft ruimschoots aandacht in de media gekregen; datzelfde geldt voor het gehonoreerde wrakingsverzoek.<sup>24</sup> De mislukte wrakingspoging<sup>25</sup> in de strafzaak tegen Robert M. heeft een en ander nogmaals ingescherpt. Het gebruik van wrakingsverzoeken is toegenomen, hoewel het aantal toegewezen verzoeken (met een uitschieter) redelijk stabiel is gebleven.<sup>26</sup> Concreter: in de vele tienduizenden *civiele* procedures die in 2009 gevoerd werden, werden in totaal (slechts) 48 verzoeken tot wraking ingediend. Vier daarvan slaagden.<sup>27</sup> Dat wil nog niet zeggen dat een wrakingsverzoek kansloos is. Wij noemden zojuist al de

wraking in de Klimop-zaak en recent nog wees de wrakingskamer van de Rechtbank Den Bosch een verzoek toe dat in een civiele zaak gedaan werd.<sup>28</sup>

De wrakingsprocedure werkt vervolgens zo dat de te wraken rechter daarin kan berusten. Indien dat het geval is, wordt de rechter in kwestie (als lid van de meervoudige kamer) vervangen of wordt er verwezen naar een andere enkelvoudige kamer en herneemt de procedure haar loop (zie artikel 38 Rv).<sup>29</sup> Zie voor wat betreft strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures de vergelijkbare artikelen 514 Sv respectievelijk 8:17 Awb. Als de rechter niet berust in het wrakingsverzoek, wordt een (altijd meervoudige<sup>30</sup>) wrakingskamer gevormd en bijeengeroepen om te beoordelen of het (mondelinge of schriftelijke) verzoek gehonoreerd moet worden of niet. De behandeling van de zaak wordt intussen geschorst (artt. 37 lid 5 Rv, 513 lid 5 Sv, resp. 8:16 lid 5 Awb).<sup>31</sup> De wrakingskamer behandelt het wrakingsverzoek (uiter-

22 Meer daarover: F. van Laanen, 'De wrakingsbeslissing in het Wildersproces betwist', *NJB* 2010-38, p. 2473 en 2474, en D. Aben, 'De zoektocht naar gronden voor wraking', *NJB* 2010-40, p. 2594-2596.

23 Zie m.n.: Rb. Haarlem 4 april 2011, LJN: BQ0083.

24 Zie bijvoorbeeld: <<http://nos.nl/artikel/230581-kinderversje-doe-rechter-das-om.html>>.

25 Zie: Rb. Amsterdam 14 maart 2012, LJN: BV8737.

26 Zie: Chrit & Venneman 2011, p. 12 en 13, en de cijfers in paragraaf 1.3 in hoofdstuk 2.

27 Chrit & Venneman 2011, p. 14, tabel 3.

28 Rb. Den Bosch 29 november 2011, zaaknr. 238553 / EX RK 11-205 (Van Putten).

29 Zie ook: T&C Rv, art. 38, aant. 4. Zie voor wat betreft strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures de vergelijkbare artt. 514 Sv, resp. 8:17 Awb.

30 Zie: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis Herziening burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002 (hierna: PG Rv), p. 191.

31 Over mogelijke gevolgen daarvan gaat HR 24 september 2010, RvdW 2010, 1088, JBPr 2011, 4, m.nt. F.A.W. Bannier (Wrakingsverzoeken), waaruit blijkt dat de schorsende werking van een wrakingsverzoek niet afdoet aan eventuele eigen gehoudenheden van de wrakingverzoekende partij (bijvoorbeeld om de memorie van grieven te nemen op een bepaalde roldatum). Wraking kan overigens ook nog na de behandeling worden verzocht, vgl. PG Rv, p. 190.

aard) zo spoedig mogelijk, om vertraging van de hoofdprocedure zoveel mogelijk te voorkomen; men hoort de verzoeker en de gewraakte rechter, als zij dat wensen, en beslist dan zo snel mogelijk, schriftelijk en gemotiveerd op het verzoek (artt. 39 leden 1-3 Rv, 515 leden 1-3 Sv resp. 8:18 leden 1-3 Awb). Bij dit alles speelt ook het zogenoemde wrakingsprotocol van de rechterlijke macht een rol,<sup>32</sup> waarmee beoogd wordt wrakingsverzoeken vlot en professioneel te behandelen. Daarin is daarom onder andere vastgelegd welke de wrakingsgronden zijn, welke eisen aan het verzoek worden gesteld, wie een verzoek kan indienen en wie gewraakt kan worden. De huidige inrichting van de (vaste) wrakingskamer in Nederland is omschreven in het wrakingsprotocol, inclusief de mogelijkheid om rechters van elders in te schakelen, net als de voorbereiding en behandeling door de wrakingskamer van het verzoek. De gerechten kunnen zelf een nadere invulling aan de regeling van het wrakingsprotocol geven. Dat gebeurt ook; dit is verder onderzocht in het empirisch onderzoek van Van Rossum e.a. Dit soort zelfregulerende instrumenten zijn er elders ook, bijvoorbeeld in *Engeland*.<sup>33</sup> Juist

daar zijn dit soort gedragscodes nodig, lijkt het, want het is daar de rechter die bij gebrek aan een wettelijke regeling zelf in eerste instantie bepaalt of hij of zij *sufficiently impartial* is.<sup>34</sup>

## 1.2.4 De Nederlandse verschoningsprocedure in vogelvlucht

De Nederlandse regeling voor verschoning door de rechter zelf, haakt sterk aan bij de wrakingsregeling zoals hiervoor beschreven. De rechter verzoekt zijn verschoning in beginsel schriftelijk en gemotiveerd, de behandeling van de zaak wordt geschorst, en een eenvoudige kamer waarin de betreffende rechter geen zitting heeft, behandelt zo spoedig mogelijk de kwestie en komt ook zo spoedig mogelijk tot een gemotiveerde uitspraak. Ook hier is er geen hogere voorziening mogelijk (vergelijk artt. 40-41 Rv, 517-518 Sv resp. 8:19-8:20 Awb). Afwijkend is echter dat behandeling van het verschoningsverzoek niet tijdens de terechtzitting plaatsvindt en dus niet in het openbaar hoeft te worden behandeld. Ook is het niet nodig om de rechter in kwestie en de procespartijen te horen.<sup>35</sup> Gezien de verwevenheid van de verschoningsregeling met de

32 Wij wijzen daarnaast ook nog op de NVvR-Rechterscode, op de Leidraad onpartijdigheid en de Leidraad nevenfuncties die als zelfreguleringsinstrumenten op dit terrein een rol spelen.

33 Vergelijk bijvoorbeeld: de *Guide to Judicial Conduct* uit 2002, waarover S. Turenne, 'Judicial Misconduct and Disciplinary Procedures – A Brave New World', <April 2011, te downloaden via SSRN.com/abstract=1837524>. Zie ook het landenrapport Engeland in bijlage 1.

34 Zie: Turenne 2011, section II.A. Het zelf in eerste instantie beoordelen van het wrakingsverzoek is bijvoorbeeld ook het uitgangspunt in *België*, *Frankrijk* en *Italië*, met dit verschil dat de rechter zich enkel van de behandeling van de zaak moet afhouden, in geval van een van de door de wet limitatief opgesomde 'wrakingsgronden'. Is daarvan geen sprake, dan wordt de onpartijdigheid van de rechter vermoed. Zie verder de landenrapporten in bijlage 1.

35 Vergelijk: T&C Rv, art. 41, aant. 1. Een voorbeeld van een afgewezen verschoningsverzoek biedt Rb. Zutphen 16 november 2010, LJN BO4174, terwijl Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, PRG 2010, 273, een voorbeeld biedt van een toegewezen verschoningsverzoek.

wrakingsprocedure is besloten om ook de verschoningsprocedure mee te nemen in het rechtsvergelijkend onderzoek.

### 1.2.5 Internationale vergelijking

Zoals in dit hoofdstuk in paragraaf 2.1 'Situering en doel van het onderzoek' is beschreven, zijn de hiervoor geschetste problemen die aanleiding gaven tot de onderzoeksvraag, niet 'uniek Nederlands'. Om die reden is het bijzonder nuttig en inspirerend om een blik over de grenzen te werpen om na te gaan op welke wijze de wetgever/rechtspraak mogelijk anders andere antwoorden heeft geformuleerd op dezelfde kwesties. Daartoe strekt de gestructureerde en gesystematiseerde *quick scan* naar de wrakingsregeling van tien landen, waarvan de resultaten zijn opgenomen in hoofdstuk 3 en 4 en bijlage 1.

Zo kan bij wijze van voorbeeld nu al vermeld worden dat in België, ingegeven door een grote vloed aan 'oneigenlijke wrakingsverzoeken', in artikel 835 Gerechtelijk Wetboek is bepaald dat het verzoek tot wraking ondertekend wordt door een advocaat die meer dan tien jaar bij de balie is ingeschreven. Dat zou wellicht een rem kunnen zijn op al te veel verzoeken. Ook kan er een geldboete worden opgelegd (van € 125 tot € 2500; een bedrag dat om de vijf jaar geïndexeerd wordt) als er sprake is van een kennelijk niet-ontvankelijk verzoek. De mogelijkheden van een geldelijke sanctie is er ook in Engeland, via een (stevige)

kostenveroordeling, zo blijkt uit de rechtspraak.<sup>36</sup>

Bij het uitgevoerde onderzoek waarvan hier verslag wordt gedaan, is steeds betrokken of regelingen zoals die elders ingang hebben gevonden, met de Nederlandse regels vergelijkbaar en hier inpasbaar zijn, waarbij steeds bekeken is of de buitenlandse regel wel of niet verschilt per rechtsgebied (dat is in Denemarken bijvoorbeeld niet het geval<sup>37</sup>) of per type procedure (meervoudig/enkelvoudig), en zo ja, hoe. Immers, daarin zijn wellicht aanknopingspunten te vinden voor alternatieve wijzen van omgang met wrakingsverzoeken in Nederland.

### 1.3 Probleemstelling en onderzoeksvragen

Tegen de achtergrond van het voorgaande is voor het onderhavige onderzoek het volgende onderzoeksdoel geformuleerd: inzicht (te) krijgen in de wijze waarop de wrakingsprocedure zo adequaat en efficiënt mogelijk kan worden ingericht, daarbij de ervaringen in andere landen in ogenschouw nemend. De hiermee samenhangende centrale, leidende onderzoeksvraag luidt:

*Op welke wijze kunnen verbeteringen in de organisatorische vormgeving van de wrakingsprocedure worden doorgevoerd die leiden tot een zo adequaat en efficiënt mogelijke afdoening van wrakingsverzoeken?*

<sup>36</sup> Zie: *Mireskandari v. Law Society* [2009] EWHC 2224.

<sup>37</sup> Aldus de Deense (door ons zo genoemde) 'Administration of Justice Act', specifiek de artt. 60, 61 en 62, zie: <<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=1887#K5>>.

Uit deze vraagstelling blijkt dat wordt gestreefd naar een wijziging én verbetering van de huidige Nederlandse wrakingsregeling.

Voor de uitvoering van het onderzoek en de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag zijn wij gekomen tot de volgende, nader toegespitste onderzoeksvragen, die als blauwdruk hebben gediend voor dit rechtsvergelijkend eindrapport en (deels) voor de daaraan voorafgaande vergelijkende *quick scan*:

- Op welke wijze kan in Nederland de onpartijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten? Hoe ziet de wettelijke regeling eruit?
  - Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en, aan welke voorwaarden moet een wrakingsverzoek voldoen?
  - Wanneer in de procedure en op welke grond(en) kan een verzoek worden gedaan?
  - Hoe wordt het wrakingsverzoek afgedaan en in hoeverre is dat adequaat?
  - Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de rechter die beslist?
  - Staat er een rechtsmiddel open?
  - Welke protocollen en jurisprudentie zijn vermeldenswaard?
- Zijn er empirische gegevens over het gebruik van de regeling beschikbaar?
- Op welke wijze kan in andere landen de onpartijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten? Hoe ziet de wettelijke regeling eruit? Verschillen die regelingen voor de verschillende rechtsgebieden en/of soorten procedures, en zo ja, in welk opzicht en waarom?
- Op welke wijze(n) word(t)(en) deze regeling(en) door gerechten en rechters elders in de praktijk gebracht?
  - Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en, aan welke voorwaarden moet een wrakingsverzoek voldoen?
  - Wanneer in de procedure en op welke grond(en) kan een verzoek worden gedaan?
  - Hoe wordt een wrakingsverzoek afgedaan en in hoeverre is dat adequaat?
  - Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de rechter die beslist?
  - Staat er een rechtsmiddel open?
  - Welke protocollen en jurisprudentie zijn vermeldenswaard?
  - Zijn er empirische gegevens over het gebruik van de regeling beschikbaar?
- Is in de (juridische) literatuur in de onderzochte landen kritiek geuit op deze regeling en de praktijk? En zo ja, op welke gronden?
- Is de wettelijke regeling of praktijk recent gewijzigd in de onderzochte landen, en zo ja, hoe luiden die dan en om welke reden is die wijziging aangekondigd?
- Zijn er aanwijzingen dat er oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling, door partijen of hun procesvertegenwoordigers? Zijn daarover cijfers bekend?

- In hoeverre kunnen de in het buitenland ontwikkelde procedures tot voorbeeld dienen voor Nederland, en zijn deze meer of minder inpasbaar in ons systeem?
- Welke concrete maatregelen ter verbetering van de wrakingsprocedure zijn (overigens) denkbaar? Tot welke concrete positieve resultaten zou dit naar verwachting leiden en met welke (voorzienbare) neven-effecten moet daarbij rekening worden gehouden?
- Op welke wijze kan in de diverse landen de onpartijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten? Hoe ziet de wettelijke regeling eruit? Verschillen die regelingen voor de verschillende rechtsgebieden?
- Op welke wijze wordt de regeling door gerechten en rechters in de praktijk gebracht? Welke protocollen zijn vermeldenswaard?
- Is in de juridische literatuur (voor zover in deze fase te achterhalen) kritiek geuit op deze regeling en de praktijk? En zo ja, op welke gronden?
- Zijn er wijzigingen van de wettelijke regeling of praktijk voorzien, en zo ja, in welke richting gaan die dan?
- Zijn er aanwijzingen dat er oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling, door partijen of hun procesvertegenwoordigers?
- Bestaan er elementen van een procedure of procedures die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?

Bij het vergelijkend onderzoek zullen wij waar mogelijk aangeven op welke wijze in het buitenland aan de deels in elkaars verlengde liggende, deels op gespannen voet staande interne en externe perspectief invulling wordt gegeven.

#### 1.4 Methode

Dit eindrapport geeft een beeld van de opzet en praktische toepassing van de wrakings-regeling in Nederland en in enkele andere landen, te weten Frankrijk en Zwitserland.

Deze andere landen zijn gekozen na een *quick scan* van een breder arsenaal aan mogelijke rechtsstelsels, waaronder ook België, Duitsland, Engeland (en Wales), Denemarken, Italië, Oostenrijk, Spanje en de VS.<sup>38</sup> Met betrekking tot elke van deze rechtsstelsels werden de volgende meer algemene vragen beantwoord.

Uit deze *quick scan* kwam naar voren dat van de bekeken stelsels het Franse en Zwitserse stelsel het meest interessant waren om nader te onderzoeken voor wat betreft de afwikkeling van wrakingsverzoeken. Voor deze landen heeft een verdiepend onderzoek plaatsgevonden, waarbij meer en in detail naar de wrakings-

38 De situatie in de Verenigde Staten (VS) bekijken wij overigens enkel op federaal niveau, en niet per individuele staat want dat zou een te bewerkelijk onderzoek worden. In de VS wordt er ook over wijziging van de regels inzake *recusal* nagedacht, maar niet om redenen van 'oneigenlijk gebruik', maar in verband met de financieringsconstructies bij verkiezingscampagnes voor de (verkozen) rechters, zie: A. Skaggs & A. Silver, 'Promoting Fair and Impartial Courts through Recusal Reform', 2011, vindbaar via:

<[http://brennan.3cdn.net/09c926c04c9eed5290\\_e4m6iv2v0.pdf](http://brennan.3cdn.net/09c926c04c9eed5290_e4m6iv2v0.pdf)>

regeling van die landen is gekeken. De resultaten daarvan zijn neergelegd in hoofdstuk 3 en 4 van dit rapport. De keuze voor beide landen wordt nader toegelicht in de volgende paragraaf.

Naast de beschreven vergelijkende analyse van de wrakingsregeling in tien landen door middel van de *quick scan*, brengt de rapportage ook de hiervoor al ingeleide wrakingsregeling naar Nederlands recht uitvoeriger in kaart.

Voor de juridische beschrijving en analyse van de wettelijke regelingen in Nederland, Frankrijk en Zwitserland is gebruikgemaakt van zowel wetteksten en literatuur als de gepubliceerde rechtspraak. Hetzelfde geldt voor de in de *quick scan* opgenomen resultaten met betrekking tot de overige rechtsstelsels. Deze resultaten zijn dus tot stand gekomen met behulp van het bij juridische onderzoeken gebruikelijke *desktop research*, zoals ook primair verwacht werd door de opdrachtgever.

### 1.5 Verantwoording van de uiteindelijke landenkeuze

Conform de hiervoor beschreven onderzoeksopzet, is in de eerste fase van het onderzoek via een gestructureerde en gesystematiseerde *quick scan* een verkennend onderzoek verricht naar de wrakingsprocedure in de rechtsstelsels in België, Denemarken, Duitsland, Engeland (en Wales), Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Spanje, de Verenigde Staten van Amerika (VS) en Zwitserland. Deze *quick scan* strekte ertoe – zoals

hiervoor al besproken – om een geïnformeerde keuze te kunnen maken voor twee landen waarmee het nadere rechtsvergelijkend onderzoek met de Nederlandse wrakingsprocedure zou kunnen worden verricht. Dit rechtsvergelijkend onderzoek, beschreven in de volgende hoofdstukken, beoogt dan de bouwstenen aan te reiken voor een zodanige herijking van de Nederlandse wrakingsprocedure dat daarmee beter en meer adequaat kan worden tegemoetgekomen aan zowel de belangen van de Rechtspraak als aan de belangen van de partijen en de samenleving. Aldus wordt beoogd oneigenlijk gebruik van de wrakingsprocedure te vermijden en recht te doen aan de interne en externe perspectieven zoals aangegeven in de inleiding en in paragraaf 1 in hoofdstuk 5.

Vanuit rechtstheoretisch, rechtsvergelijkend en methodologisch oogpunt is daarbij de keuze gemaakt voor de integrale bestudering van twee andere rechtsstelsels naast het Nederlandse rechtsstelsel. Het gaat daarom niet om een uitwendige inventarisatie van enkele nuttige en/of interessante elementen uit alle onderzochte stelsels die vervolgens buiten hun context bij elkaar worden gevoegd. Het is namelijk de overtuiging van de onderzoekers dat een goed beeld van de inzet van de wrakingsprocedure in een betrokken rechtsstelsel slechts kan ontstaan wanneer de volledige wrakingsprocedure in het betrokken stelsel in ogenschouw wordt genomen, en niet alleen de focus wordt gelegd op enkele losse aspecten die, uit hun verband gerukt, wellicht

een verkeerde indruk zouden kunnen doen ontstaan over de realiteit en de functionaliteit van de desbetreffende wrakingsprocedure.<sup>39</sup> Meer concreet is vervolgens de keuze voor de twee nader uit te werken rechtsstelsels ingegeven door een toepassing van de onderstaande criteria, waarbij deze criteria uiteindelijk in onderlinge samenhang op de hand zijn gewogen:<sup>40</sup>

- efficiëntie van de aanwezige regeling(en);
- mogelijkheden om oneigenlijk gebruik tegen te gaan, althans discussie daarover;
- mogelijkheden om maatschappelijke legitimiteit (en acceptatie) te bewaken of zelfs te vergroten;
- vergelijkbaarheid met Nederlandse situatie en/of recht en de inpasbaarheid binnen het Nederlandse stelsel;
- beschikbaarheid van informatie in voor de onderzoekers toegankelijke bronnen.

Voor de te maken afweging is in eerste instantie bekeken voor welke in de *quick scan* opgenomen landen meer facetten of elementen naar voren zijn gekomen die mogelijk strekken tot inspiratie voor herijking van de Nederlandse wrakingsregeling. Daarbij is niet slechts gelet op de mate en breedheid van inspiratie ('kwantiteit'). Ook is gelet op wat dan inhoudelijk geboden werd ('kwaliteit' en 'aansprekendheid'), hoewel dat zeker in die fase nog moeilijk was te bepalen.

Als de meest interessante rechtsstelsels zijn uit het onderzoek naar voren gekomen: Zwitserland, Frankrijk, België, Spanje en Duitsland.

De rechtsstelsels in Engeland (en Wales), Oostenrijk, Italië, Denemarken en de Verenigde Staten leverden de minste nieuwe en/of interessante elementen op om te betrekken in een onderzoek naar een herijking van de wrakingsprocedure in Nederland. Enkele van die landen vielen ook af omdat de vijf meest interessante rechtsstelsels hetzelfde en meer konden bieden (Oostenrijk), of omdat de relatief grotere mate van onvergelijkbaarheid van systemen de analyse waarschijnlijk zou bemoeilijken (VS). Uit de vijf meest inspirerende landen werd uiteindelijk gekozen voor Frankrijk en Zwitserland. Hierna wordt deze keuze kort toegelicht. De wrakingsregeling in Frankrijk en België bleek vrijwel identiek geregeld te zijn. Omdat Frankrijk naast de 'gewone' wrakingsregeling ook de bijzondere procedure van de *renvoi* kent, waarbij een volledig rechtscollege kan worden gewraakt, respectievelijk zich kan laten verschonen, en Frankrijk een veel groter land is dan België, waardoor de rechtspraktijk ongetwijfeld een stuk omvangrijker is, werd uit deze twee landen gekozen voor Frankrijk. Spanje viel als te onderzoeken rechtsstelsel af, hoewel Spanje diverse interessante elementen in zijn interne wrakingsregeling kent. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de regel dat de rechter die zich niet verschoont in de gevallen waar hij daar rechtens toe verplicht is (wrakingsgronden), zich blootstelt aan een disciplinaire sanctie. Een verplichte verschoning zou de noodzaak tot inzet van de wrakingsprocedure *ex ante* aanmerkelijk kunnen verminderen. Spanje is toch afgefallen omdat het

39 Uit budgetair oogpunt moest de landenkeuze beperkt blijven tot verdere bestudering van de wrakingsregeling in twee andere rechtsstelsels.

40 De criteria en de daaruit voortvloeiende afweging zijn (uiteraard) ook besproken met – en geaccordeerd door – de begeleidingscommissie en de opdrachtgever.

onderzoek naar de wrakingsregeling in het Spaanse rechtssysteem met het *quick scan*-onderzoek al zo goed als afgerond is, althans op basis van de bronnen die redelijkerwijze vanuit Nederland toegankelijk zijn, niet veel meer had kunnen opleveren. Het leek niet opportuun om dit land nog nader te gaan onderzoeken, omdat dit naar verwachting niet veel (meer) informatie zou opleveren.

De wrakingsprocedures in Zwitserland en Duitsland vertonen veel onderlinge overeenkomsten. In beide landen zijn er door de wetgever sterk ontwikkelde en gedifferentieerde wrakingsregelingen ingevoerd, die onderling ook verschillen naar wrakingsgrond (open en gesloten gronden). Dit maakt het beeld van de wrakingsregeling weliswaar enigszins complex, maar het laat ook toe om nuttige ideeën te distilleren uit deze rechtsstelsels voor een herijking van de wrakingsprocedure in Nederland. De keuze uit deze twee landen is uitgegaan naar Zwitserland, omdat in dit land voor het civiele recht en het strafrecht recent een vernieuwde wrakingsprocedure is ingevoerd (1 januari 2011) en voor het bestuursrecht verdere aanpassingen naar het model van de recente regeling voor het civiele recht en het strafrecht op stapel staan. De redenen tot wijziging van de bestaande wrakingsprocedure en de evaluatie van de verschillende vernieuwingsvoorstellen zijn daarom recent nog voorwerp geweest van juridisch en maatschappelijk debat. Dat maakt het mogelijk om die redenen te analyseren en overeenkomsten

en verschillen met de Nederlandse situatie te identificeren.

Tegen deze achtergrond is gekozen voor een rechtsvergelijking met Frankrijk en Zwitserland. Als we bekijken wat die landen te bieden hebben, dan blijken er elementen in de respectievelijke regelingen te schuilen die de (verhoging van de) efficiëntie kunnen betreffen. Denk aan de mogelijkheden om het strafproces voort te zetten in Zwitserland en spoedeisende maatregelen te treffen in Frankrijk, en aan strikte termijnen voor het indienen van het wrakingsverzoek (Frankrijk) en het invoeren van rechtsgevolgen (Zwitserland). Ook kan hier worden gedacht aan de mogelijkheid tot oplegging van een boete (Frankrijk en Zwitserland) of een veroordeling in de proceskosten (Zwitserland) ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik. Voor wat betreft bevordering van de legitimiteit kan worden gedacht aan de behandeling door een hogere rechter in Frankrijk en het rechtsmiddel tegen de wrakingsbeslissing en de differentiatie in soorten wrakingsprocedures in Zwitserland. Dat is precies ook de bedoeling van het onderzoek en dat past naadloos binnen de selectiecriteria. Nu, na afronding van het onderzoek, kunnen wij *with the benefit of hindsight* vaststellen dat de keuze voor het verder uitwerken van de Franse en Zwitserse wrakingsregelingen en daarmee de Nederlandse situatie te vergelijken een goede keuze is geweest.

## 1.6 Verdere opzet van dit rapport

Voordat we aan de buitenlandse rechtssstelsels toekomen, is hoofdstuk 2 gewijd aan de huidige stand van zaken naar Nederlands recht. Daarna volgt de behandeling van de wrakingsregelingen van Frankrijk (hoofdstuk 3) en Zwitserland (hoofdstuk 4). In deze hoofdstukken worden vrijwel alle specifieke onderzoeksvragen besproken, zoals hiervoor genoemd in paragraaf 3.<sup>41</sup>

In hoofdstuk 5 van dit rapport volgt dan – op basis van deze landenrapporten en vooral de inspirerende elementen zoals die zich in de besproken landen aandienen – de beantwoording van de (twee) resterende vragen, namelijk die betreffende de inpasbaarheid van die oplossingen van elders in het Nederlandse systeem, en de algemene slotvraag: welke concrete maatregelen ter verbetering van de wrakingsprocedure zijn denkbaar zijn? Daarbij wordt ook beschreven tot welke concrete positieve resultaten de oplossing naar verwachting zou kunnen leiden. Ook wordt kort aangegeven met welke (voorzienbare) neven-effecten daarbij rekening moet worden gehouden. Zodoende doen wij in genoemd hoofdstuk 5 een poging om de brede contouren van een nieuwe wrakingsregeling voor het Nederlandse recht te schetsen. Wij geven dan direct ook argumenten voor of tegen bepaalde keuzes (dat is dan meteen ook de resultante van onze vergelijkende analyse) en we bespreken de inpasbaarheid van onze ideeën in het Nederlandse systeem.

41 Empirische gegevens ontbreken vrijwel geheel omdat deze gegevens binnen de looptijd van dit onderzoek niet of nauwelijks te achterhalen bleken, en omdat de empirische kant van de zaak (in elk geval voor Nederland) toch vooral geanalyseerd wordt binnen het parallel aan dit rechtsvergelijkende onderzoek uitgezette empirisch onderzoek van Van Rossum e.a., uitgevoerd door de Roosevelt Academy en de Universiteit Utrecht.

# Nederland

In dit hoofdstuk wordt de huidige stand van het recht waar het de wrakingsprocedure in Nederland betreft, beschreven. Dit hoofdstuk gaat *vooraf* aan de twee landenrapporten over Frankrijk en Zwitserland opdat u daarmee ook alvast zelf, vanuit wat bekend is uit het Nederlandse recht, een (impliciete) vergelijking kunt maken tussen Nederland en het recht in Frankrijk (hoofdstuk 3), respectievelijk Zwitserland (hoofdstuk 4) bij het lezen van die hoofdstukken.

De opbouw van dit hoofdstuk is gelijk aan die in de volgende hoofdstukken; het hoofdstuk volgt de indeling aan de hand van de twaalf onderzoeksvragen die in de eerdere fase van het onderzoek in de *quick scan* en tussenrapportage voor alle rechtsstelsels aan de orde zijn gesteld. Die twaalf vragen zijn de onderzoeksvragen, zoals in hoofdstuk 1 geformuleerd, hoewel deels anders gegroepeerd. Deze structuur is in dit eindrapport gehandhaafd om (opnieuw) de (impliciete) vergelijking voor u te vergemakkelijken en om de eerder verkregen resultaten van de *quick scan* zo bruikbaar mogelijk te laten blijven.

## 2.1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

### 2.1.1 Wraking van rechters in Nederland: algemeen

Partijen bij een civielrechtelijk, strafrechtelijk of administratiefrechtelijk geding voor een Nederlandse rechter hebben recht op een onpartijdige rechter. Zij mogen verwachten dat hun zaak beoordeeld wordt door een rechter die neutraal is zowel ten opzichte van het onderwerp in geding als ten opzichte van de betrokken partijen. Dit vloeit onder meer voort uit het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op berechting door een onpartijdig gerecht (*impartial tribunal*).<sup>42</sup> Dit recht kan afgedwongen worden door de partijen door middel van een verzoek tot wraking van een partijdig veronderstelde rechter.

De in de Nederlandse rechtspraak gehanteerde toets van (on)partijdigheid maakt, in navolging van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), een onderscheid tussen subjectieve onpartijdigheid en objectieve onpartijdigheid.<sup>43</sup> In het eerste

42 Art. 6 lid 1 EVRM bepaalt: *'In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice'*.

43 Zie bijvoorbeeld: EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (Hauschildt); HR 18 november 1997, NJ 1998, 244. Zie in meer detail over de rechtspraak van het EHRM op dit gebied bijvoorbeeld: M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial independence and impartiality in light of the requirements of article 6 ECHR* (diss. Nijmegen), Nijmegen: WLP 2004. En met een focus op civiele procedures zie: P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 259 e.v.

geval gaat het om de persoonlijke instelling en overtuiging van een bepaalde rechter in een specifieke zaak. In het tweede geval gaat het om de vraag of er objectief gezien feiten en omstandigheden bestaan die ongeacht de persoonlijke instelling van de rechter reden geven om te vrezen dat deze partijdig is. Het gaat daarbij ook om (het vermijden van) de schijn van partijdigheid; ook de aanwezigheid van de objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid kan reden zijn voor het aannemen van een inbreuk op het recht op berechting door een onpartijdig gerecht.<sup>44</sup>

Bij dit alles staat echter voorop dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling in beginsel vermoed wordt onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing vormen dat een rechter jegens een procespartij vooringenomen is (althans dat de bij die partij bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is).<sup>45</sup> Dit uitgangspunt geldt overigens in alle onderzochte rechtsstelsels, die alle, met uitzondering van de Verenigde Staten, gebonden zijn aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.

### **2.1.2 Intermezzo: de bijzondere positie van de Raad van State**

In aanmerking genomen dat ook de bestuursrechter veelal zaken behandelt die binnen het bereik van artikel 6 lid 1 EVRM vallen (*civil rights and obligations* en soms ook *criminal charges*), zal bij de toepassing van de wrakings-

regeling in het bestuursrecht ook moeten worden gelet op de jurisprudentie van het EHRM over de vereiste onpartijdigheid van de rechter. Zoals zojuist al is opgemerkt, wordt in deze jurisprudentie een onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve aspecten van onpartijdigheid. De positie van het rechterlijk college waarvan de rechter deel uitmaakt, kan aan de orde komen bij de *objective test* van het EHRM. Het gaat dan om de onafhankelijkheid van een rechterlijk college als zodanig. Dat verschilt van de rechterlijke onpartijdigheid die in het kader van de wrakingsregeling en dus ook in dit onderzoek centraal staat, namelijk dat een rechter door zijn optreden inbreuk maakt op de vereiste rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid en zich daarmee vatbaar maakt voor wraking. De wrakingsregeling biedt dan de rechtzoekende een instrument om het optreden van een rechter aan de orde te stellen in het licht van de fundamentele norm van de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Bij de positie van de Raad van State gaat het echter om de institutionele borging van de onafhankelijkheid van de Raad van State als rechtsprekend orgaan. Deze ziet onder meer op de structurele inbedding van de rechterlijke instantie en de institutionele positie van de Raad van State. De Raad van State adviseert regering en parlement over wetgeving en bestuur en is de hoogste algemene bestuursrechter. Per 1 september 2010 is de Wet herstructurering Raad van State in werking getreden. Die bracht geen wijziging in de

44 Zie bijvoorbeeld: Aanbeveling wrakingsprotocol gerechtshoven en rechtbanken (november 2006), gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/ModelWrakingsprotocolPer2007.pdf>> (hierna: Aanbeveling wrakingsprotocol), § 3, en uitvoerig: Kuijer 2004.

45 Vergelijk bijvoorbeeld: HR 18 november 1997, NJ 1998, 244, r.o. 5.2, en de hiervoor genoemde bronnen.

taken en bevoegdheden van de Raad, maar wijzigde wel de organisatie. Dit was noodzakelijk gezien de zogenoemde *Procola*-problematiek.<sup>46</sup> De Raad van State bestaat nu uit de Raad, de Afdeling Advisering en de Afdeling Bestuursrechtspraak.<sup>47</sup> Ook is artikel 42 lid 4 Wet op de Raad van State opgenomen. Dit artikel bepaalt dat een lid van de Afdeling bestuursrechtspraak dat betrokken is geweest bij de totstandkoming van een advies van de Raad, niet deelneemt aan de behandeling van een geschil over een rechtsvraag waarop dat advies betrekking had.

Mocht ondanks deze maatregelen de problematiek van vermeende afhankelijkheid van een lid van de Raad van State toch nog spelen, dan kan worden verzocht om wraking. In het arrest van 6 mei 2003, betreffende Kleijn e.a. tegen Nederland<sup>48</sup> heeft het EHRM in het kader van de eis van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen overwogen dat het benutten van de procedure op grond van artikel 8:15 Awb een voorwaarde is voor de ontvankelijkheid bij het EHRM van een klacht over zowel de objectieve onpartijdigheid als de onafhankelijkheid van een rechter.<sup>49</sup>

46 Vergelijk: EHRM 28 september 1995, A 326 (*Procola/Luxemburg*), «JB» 1995/251; NJ 1995/667, m.nt. Alkema en AB 1995, 588 m.nt. Van der Vlies, waar het ging om de verstrengeling van wetgevende/adviserende en rechterlijke functies binnen de Luxemburgse Raad van State. In het arrest van het EHRM in de zaak-Salicor-Lormines van 9 november 2006, nr. 65411/01, gepubliceerd in «EHRC» 2007/15, m.nt. Verhey; AB 2007/281, m.nt. De Waard; NJ 2007, 303, m.nt. Alkema, heeft het Hof de combinatie van de rechtsprekende en adviserende functie van de Franse Raad van State niet in strijd met het onpartijdigheidsvereiste geoordeeld, omdat de uitoefening van deze functies niet betrekking had op 'dezelfde zaak' of 'dezelfde beslissing'. Voor de vraag of er sprake is van 'dezelfde zaak' of van 'dezelfde beslissing' zijn, zo stelt Verhey, blijkens de motivering van het Hof verschillende factoren van belang. Van betekenis acht het Hof dat:

- 1 het wetgevingsadvies de in het geding zijnde punten slechts op een algemene en abstracte wijze aanroert;
- 2 de zaak drie jaar na het uitbrengen van het wetgevingsadvies door de Raad van State is behandeld;
- 3 in de rechterlijke procedure concrete belangen van de klager in het geding zijn;
- 4 die belangen betrekking hebben op talrijke mijnbouwlocaties die in verschillende juridische situaties verkeren.

Onder deze omstandigheden kan niet worden aangenomen, aldus het Hof, dat de leden van de afdeling *contentieux* van de (Franse) Raad bevooroordeeld zijn geweest. Een zekere samenhang tussen de in beide situaties behandelde rechtsvragen is in elk geval niet voldoende om tot een schending te concluderen. Verhey concludeert dat het onderhavige arrest erop lijkt te wijzen dat, wat de situatie bij de Nederlandse Raad van State betreft, de kans op een schending van art. 6 lid 1 EVRM *de facto* klein is.

- 47 De Raad van State bestaat uit de vicepresident en maximaal tien leden, en daarnaast uit staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst. De leden van de Raad zijn altijd bovendien lid van een van beide Afdelingen of van beide Afdelingen. In de Afdeling Advisering en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn naast leden ook staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst werkzaam. Het aantal leden en staatsraden dat in de beide Afdelingen tegelijkertijd werkzaam is, is in de wet beperkt tot maximaal tien.
- 48 AB 2003, 211, m.nt. Verhey; «EHRC» 2003/54, m.nt. Gerards; «JB» 2003/119, m.nt. Heringa; «JM» 2003/84, m.nt. Lambers; NJ 2004, 15, m.nt. Boon.
- 49 Het EHRM heeft dit bevestigd in een ontvankelijkheidsbeslissing van 29 september 2009, nr. 34865/07 (*Stichting voor Educatie en Beroepenonderwijs Zadkine v. Nederland*).

### 2.1.3 Wraking van rechters in Nederland: de praktijk

In de praktijk echter was en is wraking van rechters in Nederland eerder uitzondering dan regel. Een in 2002 gepubliceerd WODC-rapport liet zien dat het aantal wrakingsverzoeken op dat moment op jaarbasis in de buurt van de 139 lag;<sup>50</sup> slechts een klein percentage van de ingediende verzoeken tot wraking werd ook daadwerkelijk toegewezen. Uit later onderzoek is naar voren gekomen dat het aantal wrakingsverzoeken jaarlijks is gestegen en verder lijkt te stijgen.<sup>51</sup> De Raad voor de rechtspraak telt voor 2009 368 wrakingsverzoeken, voor 2010 495 wrakingsverzoeken en voor 2011 loopt dat op naar 557 wrakingsverzoeken. Daarvan zijn in 2009 15 verzoeken gehonoreerd, in 2010 21 verzoeken en in 2011 36 verzoeken.<sup>52</sup> Procentueel gezien fluctueert het aantal gehonoreerde verzoeken tussen 10,89% (piekjaar) 2008, via 4,07% in 2009 en 4,24% in 2010 naar 6,46% in 2011. Het empirisch onderzoek van Van Rossum e.a. zal deze cijfers aanvullen. Bij dit alles moet worden bedacht dat het totaal aantal zaken per jaar ongeveer 1,8 miljoen bedraagt. Dat plaatst het aantal wrakingsverzoeken en het aantal

dat wordt gehonoreerd wel in perspectief. Verzoeken tot wraking kwamen volgens genoemd WODC-onderzoek verhoudingsgewijs het meest voor in strafrechtelijke procedures en vonden meestal plaats bij rechtbanken; het percentage ingestelde verzoeken tot wraking lag in strafzaken voor de meervoudige strafkamer iets lager dan in strafzaken voor de enkelvoudige kamer, maar het verschil was niet groot. De belangrijkste redenen voor het indienen van een verzoek tot wraking betroffen de bejegening of behandeling van de zaak door de rechter (bijv. onwelgevallige beslissingen, de wijze van communiceren) en de betrokkenheid van de rechter bij eerdere beslissingen in dezelfde zaak of in aanverwante zaken.<sup>53</sup> Dit beeld wordt overigens bevestigd door het empirisch onderzoek van Van Rossum e.a.

Er bestaan verschillende alternatieven voor het wrakingsmechanisme die een rol kunnen spelen in zaken waar de (schijn van) partijdigheid van de rechter in het geding is. Een Nederlandse rechter die een zaak behandelt, kan bijvoorbeeld zelf verzoeken zich te mogen verschonen als hij van mening is dat bij hem de (subjectieve of objectieve) onpartijdigheid ontbreekt ten aanzien van een aan hem voor-

50 De onderzoekers plaatsen de kanttekening dat er verschillende redenen zijn om aan te nemen dat het aantal opgetekende wrakingsverzoeken (139) in de onderzochte periode (tussen 1 oktober 2000 en 1 oktober 2001) wat lager zou kunnen zijn dan het daadwerkelijke aantal ingediende verzoeken in die periode (p. 22 en 23).

51 Zie: L. Chrit & R.L. Venneman, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakings-instituut', *Trema* 2011-1, p. 11-18, en voor cijfers over gehonoreerde verzoeken, zie: R.J.J. Eshuis e.a. (red.), *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2010*, Den Haag: BJu 2011, p. 152 en 153 en tabel 7.4. op p. 263.

52 Zie: <[www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Meer-wrakingen-past-in-tijdsbeeld](http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Meer-wrakingen-past-in-tijdsbeeld)>. Zie ook: *de Volkskrant* d.d. 20 april 2012, p. 8; Chrit & Venneman 2011 (die overigens voor 2009 een lager aantal verzoeken noemen).

53 Zie: uitvoeriger en met cijfers onderbouwd: M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid van rechters*, WODC-reeks 199, Den Haag: BJu 2002 (hierna: WODC 2002), p. 22-40. Zie voor het bestuursrecht: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011, p. 683.

gelegde zaak of de daarbij betrokken partijen.<sup>54</sup> Formele verschoning komt echter relatief weinig voor in Nederland, zo suggereert ook het eerdergenoemde WODC-onderzoek. In veruit de meeste gevallen wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot ‘informele verschoning’, waarbij de rechter zich voorafgaand aan of, in uitzonderingsgevallen, tijdens de zitting terugtrekt en de zaak overdraagt aan een collega. De belangrijkste reden voor (formele of informele) verschoning is de persoonlijke relatie van de rechter met (een van) de bij het geding betrokken partijen of advocaten.<sup>55</sup> Verder wordt bij de toedeling van zaken aan rechters al rekening gehouden met mogelijke problemen ten aanzien van de onpartijdigheid.<sup>56</sup>

### 2.1.4 Andere klachtregelingen

Los van de hier besproken mogelijkheid tot wraking (en verschoning) van rechters bestaan

er twee klachtregelingen die de mogelijkheid bieden te klagen over de wijze van bejegening. Beide klachtregelingen hebben een complementaire aard ten opzichte van het wrakingsinstrument. Om die reden wordt hier volstaan met het kort aanduiden van de klachtregelingen; voor het overige blijven de beide klachtregelingen hierna buiten beschouwing. Allereerst is er de mogelijkheid voor rechters om op grond van de interne klachtregeling die bij elk gerecht geldt een klacht in te dienen als zij menen niet correct behandeld te zijn door dat gerecht of iemand die daar werkt.<sup>57</sup> Hierbij geldt echter dat een klacht die betrekking heeft op feiten die op andere wijze, bijvoorbeeld door middel van een wrakingsprocedure, aan het oordeel van een rechterlijke instantie onderworpen (hadden) kunnen worden, niet behandeld zal worden.<sup>58</sup> Daarnaast kent de Hoge Raad naast de eigen interne klachtregeling ook een externe klachtvoorziening (ook wel ‘ombudsregeling’

54 Deze bevoegdheid vindt haar grenzen in het verbod op rechtsweigeren van art. 26 Rv; dit brengt met zich dat de rechter die zich (op formele wijze) aan de behandeling van een zaak wil onttrekken hiervoor rechterlijk verlof nodig heeft. Zie bijvoorbeeld A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: T&C Rv), Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 4. Zie voor het bestuursrecht: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 682.

55 Zie uitvoeriger en met cijfers onderbouwd: WODC 2002, p. 45-51. Zie ook bijvoorbeeld: T. Cleiren, ‘De neutrale strafrechter’, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van Nederland en België, Den Haag: BJU 2011, p. 209 en 210.

56 In meer detail zie: P.M. Langbroek, ‘Toedeling van zaken en rechterlijke integriteit in de Nederlandse gerechten’, in: J.B.J.M. ten Berge & A.M. Hol (red.), *De onafhankelijke rechter*, Den Haag: BJU 2007, p. 95-123.

57 Art. 26 Wet RO verplicht de besturen van elk gerecht in Nederland om een regeling vast te stellen voor de behandeling van klachten; zie ook onder 2. Daarvan wordt ook wel gebruik gemaakt, zie ook: M. Hertogh, ‘Een betere klachtenprocedure vergroot het vertrouwen in de rechtspraak’, *NJB* 2012, p. 742.

58 Sinds 1 juli 2011 luidt art. 26 lid 4 Wet RO: ‘Klachten zijn niet mogelijk ten aanzien van gedragingen waartegen ingevolge een wettelijk geregelde voorziening een procedure bij een rechterlijke instantie openstaat of heeft opengestaan, dan wel beroep openstaat of heeft opengestaan tegen een uitspraak die in een zodanige procedure is gedaan. Klachten kunnen evenmin een rechterlijke beslissing betreffen’. Zie ook bijvoorbeeld: Cleiren 2011, p. 228 en 229 en T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, Inleidende opmerkingen, aant. 4.

genoemd). Op grond hiervan kan een belanghebbende die een klacht heeft over de wijze waarop een rechter zich in de uitoefening van zijn functie jegens hem heeft gedragen, de procureur-generaal bij de Hoge Raad verzoeken een vordering in te stellen bij de Hoge Raad tot het doen van een onderzoek naar de betreffende gedragingen.<sup>59</sup> Gaat het om klachten die ook op grond van een wettelijk geregelde voorziening (zoals de wrakings-procedure) aan de zaak gesteld (hadden) kunnen worden, dan is de procureur-generaal niet verplicht om te voldoen aan het verzoek.<sup>60</sup>

## **2.2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wraakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechters-regelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?**

### **2.2.1 De wettelijke regeling voor wraking/verschoning van rechters**

Procedures voor zowel wraking als (formele) verschoning zijn zowel vastgelegd in verschillende wettelijke regelingen en verder uitgewerkt in een aantal landelijke richtlijnen vastgesteld door de rechterlijke macht als in wrakingsprotocollen opgesteld door iedere

rechtbank en ieder gerechtshof zelf. De wrakingsprotocollen laten ruimte voor een eigen invulling door het desbetreffende gerecht. De uitvoering van wrakingsprotocollen komt aan bod in het empirisch onderzoek van Van Rossum e.a. Terugtrekking (informele verschoning) en het wel of niet toedelen van een bepaalde zaak aan een bepaalde rechter zijn informele praktijken die verder niet berusten op een wettelijke grondslag.

De huidige wettelijke regeling betreffende de wraking van rechters is sinds 1994 vastgelegd in artikelen 36-39 Rv voor de civielrechtelijke procedure, artikelen 512-516 Sv voor de strafrechtelijke procedure en artikelen 8:15-8:18 Awb voor de bestuursrechtelijke procedure. De huidige wettelijke regeling betreffende de verschoning van rechters is vastgelegd in artikelen 40 en 41 Rv voor de civielrechtelijke procedure, artikelen 517 en 518 Sv voor de strafrechtelijke procedure en artikelen 8:19-8:20 Awb voor de bestuursrechtelijke procedure. Deze bepalingen zijn van toepassing op de rechtsgang in eerste aanleg (in civiele zaken zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures), maar ook op de rechtsgang na het aanwenden van een gewoon rechtsmiddel, zoals hoger beroep en cassatie.<sup>61</sup> In lijn met de wens van de wetgever om een eenvormige wrakings-/verschoningsregeling te creëren,

59 Sinds 1 juli 2011 is deze regeling vastgelegd in de artt. 13a-13g Wet RO; zie ook onder 2. De P-G kan ook ambtshalve onderzoek instellen (art. 13c Wet RO). Op grond van art. 75 lid 6 Wet RO kan ook geklaagd worden over gedragingen van raadsheren bij de Hoge Raad.

60 Art. 13b lid 1 sub f Wet RO. Zie ook bijvoorbeeld: Cleiren 2011, p. 228 en 229, die stelt (met verwijzing naar verdere literatuur): 'Het is niet onaannemelijk dat de klachtregeling kan worden benut als corrigerend/sanctionerend instrument bij vermeende schending van neutraliteit.'

61 T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, Inleidende opmerkingen, aant. 3; Kuijer, aant. 6.1 op artt. 512-519 (suppl. 155, juni 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

zijn de bepalingen in deze regelingen vrijwel identiek voor de drie rechtsgebieden.<sup>62</sup>

In het systeem van algemene bestuursrechtsspraak is er de mogelijkheid om na afronding van de beroepsprocedure bij de rechtbank hoger beroep in te stellen bij een gerechtshof, de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB). Het gerechtshof is bestuursrechter voor zover het het hoger beroep tegen uitspraken van rechtbanken over belastinggeschillen behandelt. In overige zaken is er de mogelijkheid om na afronding van de beroepsprocedure hoger beroep in te stellen bij de ABRvS, de CRvB of het (CBB). De ABRvS, de CRvB en het CBB fungeren binnen het systeem van de bijzondere bestuursrechtsspraak (art. 8:6 lid 1 Awb) ook als gerecht in eerste en enige instantie. Zij hebben alle drie een eigen wrakingsregeling.<sup>63</sup>

## 2.2.2 Nadere uitwerking

Wanneer een partij bij een rechtsgeschil meent dat er sprake is van feiten of omstandigheden die reden geven om te vrezen dat de rechterlijke onpartijdigheid in het geding is, kan hij een verzoek tot wraking indienen tegen ieder van de rechters die de zaak behandelen.<sup>64</sup> Hierbij geldt, onder meer, dat het begrip ‘partij’ ruim moet worden uitgelegd; in civiele verzoekschriftprocedures omvat dit bijvoorbeeld ook een verschenen belanghebbende, terwijl in strafrechtelijke procedures de kring van belanghebbenden die een verzoek tot wraking kunnen indienen, nog ruimer is.<sup>65</sup> Daarnaast moet het gaan om feiten en omstandigheden die betrekking hebben op (de persoon van) de rechter die de zaak behandelt; dit betekent dat het wrakingsverzoek wel meerdere of alle leden van een meervoudige kamer kan betreffen, maar niet het rechterlijk college als zodanig.<sup>66</sup> Het is in

62 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495 nr. 3, p. 112.

63 De wrakingsregeling van de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State is in de *Staatscourant* (Stcrt. 12 augustus 2008, nr. 154, p. 19) gepubliceerd en staat op de website van de Raad van State. De wrakingsregeling van de Centrale Raad van Beroep is gepubliceerd in de *Staatscourant* (Stcrt. 27 april 2007, nr. 82, p. 22) en staat op de website van de Centrale Raad van Beroep. De wrakingsregeling van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven is gepubliceerd in de *Staatscourant* (Stcrt. 27 april 2007, nr. 82) en staat op de website van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

64 Art. 36 Rv, art. 512 Sv resp. art. 8:15 Awb.

65 Zie, voor wat betreft de strafrechtelijke procedure, met verwijzingen naar verdere rechtspraak: M.C. van der Mei, ‘Wraking: een zuiver instrument’, *Trema* 2011-1, p. 4-10, p. 5-6; Cleiren 2011, p. 226 en 227. Zie ook: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 4.2, en T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, Art. 36, aant. 3-4; Kuijer, aant. 8 op artt. 512-519 (suppl. 155, juni 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

66 Zie bijvoorbeeld: HR 18 december 1998, NJ 1999, 271; HR 30 juni 2000, NJ 2001, 316, m.nt. J.B.M. Franken (Sanders/TNO), en, recenter: Rechtbank Arnhem, 21 februari 2008, LJN: BC5739. Zie ook: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 4.3. Zie bijvoorbeeld: CRvB 6 december 1996, 95/7669 AAWAO, 96/265 ZW; «JB» 1997/13; RAWb 1997, 79; ABRvS 10 december 1997, «JB» 1998, 28; CBB 7 juli 1999, AB 1999, 384.

beginsel mogelijk om een verzoek tot wraking in te dienen tegen één of meer rechters van een wrakingskamer.<sup>67</sup> Aan een dergelijk verzoek wordt niet zelden ten grondslag gelegd dat het feit dat de leden van de wrakingskamer bij hetzelfde gerecht werkzaam zijn als (en dus regelmatig samenwerken met) de rechter(s) tegen wie het eerste verzoek tot wraking is ingediend, de schijn van partijdigheid oproept.<sup>68</sup> Van belang hierbij is dat de taak van de wrakingskamer beperkt is. Er wordt niet geoordeeld over de hoofdzaak, maar uitsluitend over de onbevangenheid van een rechter die is aangewezen om over de hoofdzaak te oordelen. Terecht merkt Schreuder-Vlasblom dan ook op dat de leden van de wrakingskamer gewraakt kunnen worden, maar niet op de dezelfde gronden aangevoerd in het door hen te behandelen wrakingsverzoek, want anders richt zich dat tegen het hele college en wordt de behandeling van het eerdere verzoek geblokkeerd.<sup>69</sup>

De partij die het verzoek tot wraking indient, moet concrete feiten en omstandigheden naar voren brengen waaruit objectief de vrees voor subjectieve of objectieve partijdigheid van de rechter kan worden afgeleid.<sup>70</sup> De hieronder te bespreken 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter' geeft, samen met de relevante recht-

spraak van het EHRM (zie paragraaf 1 in dit hoofdstuk), de betrokken partijen en rechters een indicatie wanneer er sprake kan zijn van een te vermijden (schijn van) onpartijdigheid. In gevallen waarin de rechterlijke onpartijdigheid (mogelijk) in het geding is, kan een rechter zich ook op eigen initiatief aan de behandeling en beslissing van een zaak onttrekken door middel van een schriftelijk (of, na aanvang van de terechtzitting, mondeling) en gemotiveerd verzoek tot verschoning.<sup>71</sup> Het betreft hier in beginsel een discretionaire bevoegdheid, met dien verstande dat een rechter verplicht is een verschoningsverzoek in te dienen als hij meent dat de rechterlijke onpartijdigheid schade kan lijden.<sup>72</sup>

### 2.2.3 Andere relevante wettelijke bepalingen

Naast de wettelijke regelingen die specifiek zien op wraking/verschoning van rechters kan gewezen worden op de artikelen 116 en 117 Grondwet, de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) en het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Brra), en de artikelen 12, 13a-g, 15 en 26 Wet RO.

In artikel 116 Grondwet is vastgelegd dat de wet(gever) de organisatie van de rechterlijke macht regelt, waaronder ook het interne

67 Vergelijk: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 4.3. Zie voor het bestuursrecht: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 684. ABRvS 20 oktober 1998, H01.98.0350/W; CRvB 26 september 2001, 99/5244 AAW/WAO, 99/5245 AAW/WAO, 01/1966 AAW/WAO; «JB» 2001/298; USZ 2001/301.

68 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 16 mei 2011, LJN BQ6876 en Rechtbank Haarlem 10 maart 2011, LJN BQ0119 (beide verzoeken afgewezen).

69 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 684.

70 Zie ook bijvoorbeeld: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 36, aant. 2. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 28 augustus 2002, 200105972/3 en ABRvS 31 oktober 2003, 200304798/4; NJB 2004, 4.

71 Art. 40 Rv; art. 517 Sv; art. 8:19 Awb.

72 Zie bijvoorbeeld: Cleiren 2011, p. 209-210; T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 3.

toezicht door rechters op de ambtsvervulling door andere leden van de rechterlijke macht/derden die met rechtspraak zijn belast. In artikel 117 Grondwet is vastgelegd dat leden van de rechterlijke macht bij koninklijk besluit voor het leven worden benoemd en slechts ontslagen kunnen worden op eigen verzoek, bij het bereiken van een bepaalde leeftijd of in bepaalde, door de wet geregelde, gevallen door een door de wet aangewezen rechtbank, alsook dat hun rechtspositie (rechten en plichten) bij wet geregeld is. De Wrra en het Brra bevatten nadere bepalingen ten aanzien van de rechtspositie van rechters. Deze regelingen omvatten relevante bepalingen met betrekking tot bijvoorbeeld de ambtseed, bezoldiging en de onverenigbaarheid van het rechterlijk ambt met het beroep van rechter, notaris of anderszorgende rechtskundige bijstandsverlener.<sup>73</sup> Daarnaast bevatten zij een regeling van sancties (disciplinaire maatregelen/schorsing/ontslag) die opgelegd kunnen worden aan rechters die tekortschieten in de vervulling van hun (wettelijke) plichten.<sup>74</sup> Op grond van artikel 12 Wet RO is het rechters verboden zich op enige wijze in te laten '(...)

met partijen of hun advocaten of gemachtigden over enige voor hen aanhangige geschillen of geschillen waarvan zij weten of vermoeden dat die voor hen aanhangig zullen worden'. In artikel 15 Wet RO is een aantal incompatibiliteiten opgenomen voor leden van gerechtshoven.<sup>75</sup> Artikel 26 Wet RO verplicht de besturen van elk gerecht in Nederland om een interne regeling vast te stellen voor de behandeling van klachten (zie ook paragraaf 1.4 in dit hoofdstuk).<sup>76</sup> De op 1 juli 2011 in werking getreden artikelen 13a-13g Wet RO bevatten bepalingen ten aanzien van de (in paragraaf 1.4 in dit hoofdstuk vermelde) externe klachtvoorziening bij de Hoge Raad.

#### 2.2.4 Richtlijnen, gedragscodes en protocollen

Daarnaast bestaan er verschillende integriteitsregelingen die zijn vastgesteld binnen de rechterlijke macht zelf (in opdracht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de vergadering van presidenten van rechtbanken en appelcolleges) en die richtlijnen vastleggen voor het gedrag van rechters zowel binnen als buiten hun functie.

73 Een wetsvoorstel tot wijziging van art. 44 Wrra (inzake nevenfuncties) en tot uitbreiding van die wet met een art. 44a (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 937) is momenteel in behandeling in de Eerste Kamer. In de hieronder te bespreken 'Leidraad nevenfuncties' uit 2009 wordt al ingespeeld op de beoogde nieuwe wettekst. Zie ook paragraaf 10 in dit hoofdstuk.

74 Artt. 46b-46q Wrra.

75 Voor het overige is het aantal wettelijke beperkingen ten aanzien van het uitoefenen van nevenfuncties door rechters zeer beperkt, wat in het verleden wel tot discussie heeft geleid. Zie voor meer detail: Cleiren 2011, p. 197-199. Zie ook paragraaf 9 in dit hoofdstuk.

76 Voor alle gerechten in Nederland geldt sinds 1 januari 2002 een uniforme klachtenregeling die is gebaseerd op een door de rechterlijke macht zelf opgestelde model klachtenregeling en waarvan per gerecht slechts op details afgeweken kan worden; zie: <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Landelijk-model-klachtenregeling/Pages/default.aspx>>.

De 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter'<sup>77</sup> uit 2004 bevat een niet-limitatieve opsomming van (niet-dwingende) aanbevelingen om de onpartijdigheid van rechters te bevorderen en richt zich daarbij met name op terugtrekking (informele verschoning; zie ook paragraaf 1.3 in dit hoofdstuk).<sup>78</sup> De leidraad bevat bepalingen over de (onwenselijkheid van) behandeling door rechters van zaken:

- waarbij gezins- of familieleden en/of persoonlijke of zakelijke kennissen betrokken zijn;
- waarbij de rechter via een nevenfunctie of via (neven)functies van (ex-)partners, (ex-)echtgenoten of naaste verwanten nauw betrokken is (geweest);
- waarbij de rechter in een vorige functie of eerder als rechter betrokken is geweest, of die betrekking hebben op partijen waarvan de rechter eerder herhaaldelijk zaken heeft behandeld.

De 'Leidraad nevenfuncties'<sup>79</sup> uit 2009 beoogt een kader te verschaffen voor de toetsing '(...) of de vervulling van nevenbetrekkingen van rechterlijke ambtenaren ongewenst is met het oog op een goede ambtsvervulling of op de handhaving van hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid of van het vertrouwen daarin' en

is onder meer bedoeld als hulpmiddel bij de beoordeling van wrakingsklachten in gevallen die zich daarvoor lenen.<sup>80</sup> In aanvulling op wat daarover al wettelijk geregeld is (in de Wvra), biedt de leidraad criteria voor de (on)wenselijkheid van de uitoefening van bepaalde nevenfuncties door rechters en voor de omgang met uit zulke functies te ontvangen bezoldiging of vacatiegelden.

De 'Gedragscode rechtspraak'<sup>81</sup> uit 2010 bevat enkele algemene gedragsregels voor de onpartijdigheid en onafhankelijkheid, de onkreukbaarheid en de professionaliteit van rechters.

Tot slot heeft elk gerecht een eigen wrakingsprotocol, dat een uitwerking bevat van de wettelijke wrakingsbepalingen en voorziet in de regulering van wrakingsverzoeken in de praktijk. De in 2001 door de Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak vastgestelde 'Aanbeveling wrakingsprotocol gerechtshoven en rechtbanken' die in 2006 nader is uitgewerkt in een model 'Wrakingsprotocol voor rechtbanken en gerechtshoven', biedt hierbij een leidraad.<sup>82</sup> Ook de Hoge Raad heeft een eigen wrakingsprotocol waarin de uitgangspunten zijn neergelegd die in acht worden genomen bij de behandeling van verzoeken tot wraking

77 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter' (maart 2004), gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/20040316leidraadonpartijdigheidvanderechter.pdf>>.

78 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter', p. 1.

79 'Leidraad nevenfuncties' (maart/april 2009), gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Leidraadnevenfuncties2009.pdf>>.

80 'Leidraad nevenfuncties', p. 2-3.

81 'Gedragscode rechtspraak' (mei 2010), gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/GEDRAGSCODERECHTSPRAAK010510.pdf>>.

82 Aanbeveling wrakingsprotocol gerechtshoven en rechtbanken (november 2006), gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/ModelWrakingsprotocol-Per2007.pdf>>.

van één of meerdere raadsheren in de Hoge Raad.<sup>83</sup>

## 2.3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?

### 2.3.1 Behandeling verzoek tot wraking

Een verzoek tot wraking wordt tijdens de terechtzitting (en dus in beginsel in het openbaar) behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter tegen wie wraking is verzocht, geen zitting heeft.<sup>84</sup> In strafzaken schrijft het Wetboek van Strafvordering voor behandeling van het wrakingsverzoek geen openbare behandeling voor.<sup>85</sup> Hier wordt het volgsysteem gehanteerd, wat beknopt beschreven inhoudt dat het moment waarop het verzoek wordt gedaan, bepalend is voor de soort procedure en de openbaarheid daarvan. Als het verzoek op het onderzoek tijdens de terechtzitting wordt gedaan, dan wordt het verzoek in het openbaar behandeld. De raadkamer behandelt de verzoeken die buiten

de terechtzitting om zijn gedaan.<sup>86</sup>

Het 'Wrakingsprotocol van het betrokken gerecht' (zie paragraaf 2.4 in dit hoofdstuk) geeft nadere regels voor de gang van zaken, onder andere de inrichting van de wrakingskamer. Het model 'Wrakingsprotocol voor rechtbanken en gerechtshoven' (zie paragraaf 2.4 in dit hoofdstuk) gaat ervan uit dat elk gerecht een vaste wrakingskamer of wrakings-team instelt en dat de wrakingskamer in een bepaalde zaak zoveel mogelijk wordt samengesteld uit leden daarvan.<sup>87</sup> Ook de wrakingsregelingen van de Afdeling Bestuursrechtsspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven gaan uit van een vaste wrakingskamer.<sup>88</sup> De wrakingsprocedure wordt dus in beginsel afgehandeld door het gerecht waar de rechter tegen wie een verzoek tot wraking is ingediend, werkzaam is. In bijzondere gevallen kan er echter reden zijn om een wrakingskamer te formeren waarin rechters of raadsheren uit een ander gerecht van gelijke aard zitting hebben. Een dergelijke bijzondere situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer het gaat om het beoordelen van verzoeken tot wraking tegen bestuurders van het betreffende

83 Wrakingsprotocol Hoge Raad der Nederlanden, gepubliceerd op <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Regels%20en%20procedures/Pages/Wrakingsprotocol-Hoge-Raad-der-Nederlanden.aspx>>. Zie voor een recent voorbeeld van een verzoek tot wraking van raadsheren in de Hoge Raad bijvoorbeeld Hoge Raad 3 februari 2012, LJN: BV2739 (verzoeken tot wraking niet-ontvankelijk verklaard resp. afgewezen).

84 Art. 39 lid 1 Rv; art. 515 lid 1 Sv; art. 8:18 lid 1 Awb.

85 Art. 515 lid 1 resp. 518 lid 1 Sv.

86 Zie: Aanbeveling Wrakingsprotocol gerechtshoven en rechtbanken, ad 9.2, en Kuijer, aant. 6.2 op art. 512-519 (suppl. 155, juni 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

87 Aanbeveling wrakingsprotocol, § 5.

88 Zie: art. 3 van de wrakingsregeling van de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State; zie art. 2 van de wrakingsregeling van de Centrale Raad van Beroep; zie art. 2 van de wrakingsregeling van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

gerecht.<sup>89</sup> Van deze mogelijkheid werd bijvoorbeeld ook gebruik gemaakt in een zaak waarin de rechter tegen wie een verzoek tot wraking was ingediend op zijn beurt de voorzitter van de wrakingskamer wraakte.<sup>90</sup>

Binnen het strafrecht wordt in elk geval in bijzondere strafzaken inmiddels al een andere organisatie van de beoordeling van een wrakingsverzoek toegepast, namelijk behandeling door rechters van een andere rechtbank. De tweede wraking in de zaak-Wilders is hier een voorbeeld van.<sup>91</sup>

### 2.3.2 Wettelijke gronden voor verzoek tot wraking

Om ontvankelijk te zijn moet het wrakingsverzoek voldoen aan een aantal wettelijke vereisten.<sup>92</sup> Het betreft hier formele vereisten; voor wat betreft de materiële grondslagen voor een verzoek tot wraking kent Nederland sinds

1994 een open systeem. Dit houdt in dat de Nederlandse wettelijke regeling van wraking/verschoning niet (langer) een cumulatieve of uitputtende opsomming bevat van feiten en omstandigheden op grond waarvan het vermeend ontbreken van de (schijn van) rechterlijke onpartijdigheid door een verzoek tot wraking aan de orde gesteld kan worden. Een verdere bespreking van de materiële vereisten gaat het bestek van dit onderzoek, waarin de procedure rondom wraking centraal staat, te buiten.<sup>93</sup>

### 2.3.3 Formele vereisten voor verzoek tot wraking

De wet stelt enkele formele vereisten voor een verzoek tot wraking; niet-naleving daarvan kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek.<sup>94</sup> Als eerste formele vereiste geldt dat het verzoek tot wraking gedaan moet worden

89 Zie bijvoorbeeld: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 5.5: 'Het bestuur van het gerecht kan, indien de wrakingskamer zitting heeft op vaste, tevoren vastgestelde data, bepalen dat één lid van een wrakingskamer afkomstig is uit een ander gerecht van gelijke aard. In zeer bijzondere gevallen, ter beoordeling van de algemeen voorzitter van de vaste wrakingskamer – bijvoorbeeld bij kwesties betreffende de onpartijdigheid van de voorzitter van het gerechtshof of van andere gerechtshofbestuurders, optredend in een rechterlijke functie –, kan worden overwogen om voor het formeren van een wrakingskamer een beroep te doen op rechters of raadslieden uit een ander gerecht van gelijke aard'. Zie ook: E. Bauw, 'Wat te denken van wraking?', AA 2011-3, p. 202.

90 Zie: Bauw 2011, p. 202, die refereert aan Rechtbank Zutphen 1 december 2009, LJN: BK4858.

91 Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2010, LJN: BO1532.

92 Art. 37 Rv; art. 513 Sv; art. 8:16 Awb.

93 Zie voor een meer uitgebreide behandeling van de materiële wrakingsgronden (die zoals in paragraaf 1 in dit hoofdstuk is vermeld grotendeels voortvloeien uit EHRM-rechtspraak) bijvoorbeeld: Kuijer 2004; Smits 2008, p. 259 e.v. (met een focus op civiele procedures); Kuijer, art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a.; en P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*, Deventer: Kluwer, 2011 (hoewel dit laatste boek vooral over de onafhankelijkheid en minder over de onpartijdigheid van de rechter gaat). Zie ook, met verwijzingen naar recente rechtspraak: Van der Mei 2011, p. 7-10. Zie voor het bestuursrecht, met verwijzingen naar recente rechtspraak: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 683.

94 Vergelijk: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.5.

zodra de feiten of omstandigheden die de grondslag vormen voor het verzoek aan de verzoeker bekend zijn geworden.<sup>95</sup> Verder kan een wrakingsverzoek in principe in elke stand van de procedure worden gedaan. In lijn met de tekst van de wet, volgens welke het verzoek tot wraking gericht moet zijn tegen ‘een rechter die de zaak behandelt’, moet het verzoek in beginsel echter wel ingediend zijn vóórdat de behandeling van de zaak door het wijzen van een einduitspraak is geëindigd (zie verder paragraaf 4 in dit hoofdstuk).<sup>96</sup> Daarnaast bepaalt de wet dat het verzoek in beginsel schriftelijk moet plaatsvinden en gemotiveerd moet zijn.<sup>97</sup> Waar het gaat om een verzoek tot wraking dat wordt ingediend na de aanvang van een terechtzitting kan het, in uitzondering op het schriftelijkheidsvereiste, ook mondeling geschieden. Dit zal dan gebeuren op een moment dat er sprake is van persoonlijk contact tussen partijen en rechters, bijvoorbeeld bij comparitie na antwoord in de civielrechtelijke dagvaardingsprocedure of tijdens het onderzoek tijdens de terechtzitting in strafzaken,<sup>98</sup> dan wel – in het bestuursrecht –

ter zitting of bij het horen in vooronderzoek. Na de sluiting van het onderzoek ter zitting moet (ook hier) een verzoek weer schriftelijk worden ingediend.

Bij een schriftelijk verzoek is ondertekening door de advocaat verplicht in procedures waarin verplichte procesvertegenwoordiging bestaat.<sup>99</sup> In strafzaken kan zowel de verdachte als zijn raadsman op het onderzoek tijdens de terechtzitting het schriftelijk (of mondeling) verzoek doen. Wordt het verzoek voor het onderzoek tijdens de terechtzitting gedaan, dan is de verdachte de eerst aangewezen om het schriftelijk verzoek te doen en dat te ondertekenen. Aangenomen wordt dat een raadsman met een bijzondere volmacht daartoe eveneens dit verzoek kan doen.<sup>100</sup>

Verder moet de verzoekende partij alle feiten of omstandigheden die de grondslag vormen voor het wrakingsverzoek tegelijk voordragen; gebeurt dit niet, dan zal een volgend verzoek in dezelfde zaak tot wraking van dezelfde rechter niet in behandeling worden genomen.<sup>101</sup>

Het is uiteraard wel mogelijk om een nieuw verzoek tot wraking van dezelfde rechter in te

95 ABRvS 29 januari 2002, 199900791/11; *NJB* 2002, 10; ABRvS 5 juni 2003, 200300483/2; *NJB* 2003, 37; «JB» 2003/208, m.nt. Heringa; ABRvS 12 juni 2003, 200206927/2 en ABRvS 26 september 2006, 200603253/2; «JB» 2006/316; ABRvS 1 september 2009, 200809379/2/H1; idem 200809280/2/H1 en 200809375/2/H1.

96 Zie bijvoorbeeld: HR 18 december 1998, *NJ* 1999, 271; zie ook: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 37, aant. 2. Volgens de ABRvS wordt daaronder verstaan: de dag voorafgaande aan de dag waarop de beslissing in het openbaar wordt uitgesproken, zie: ABRvS 5 juni 2003, 200300483/2; *NJB* 2003, 37; «JB» 2003/208, m.nt. Heringa.

97 Art. 37 lid 2 Rv; art. 514 lid 2 Sv; art. 8:16 lid 2 Awb.

98 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 37, aant. 3 resp. art. 513 lid 2 Sv.

99 Zie: HR 18 december 1998, *NJ* 1999, 271; HR 28-6-1985, *NJ* 1985, 836. Zie ook: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 4.1, en W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch, 2009, p. 116.

100 Zie: Kuijer, aant. 5 op art. 513 (suppl. 158, december 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

101 Art. 37 lid 3-4 Rv; art. 514 lid 3-4 Sv; art. 8:16 lid 3-4 Awb. Zie ook: Van der Mei 2011, p. 7. Zie ook: ABRvS 10 juni 1997, F03.97.0068/W, «JB» 1997/187, m.nt. De Werd.

dienen als het gaat om feiten en omstandigheden die pas aan de verzoekende partij bekend zijn geworden na zijn eerdere verzoek tot wraking.<sup>102</sup>

Wanneer de indruk bestaat dat door de betrokken partijen misbruik van het wrakingsinstrument wordt gemaakt, bijvoorbeeld waar dezelfde partij herhaaldelijk een verzoek tot wraking indient tegen ofwel dezelfde ofwel opeenvolgende rechters, dan kan de (meervoudige) wrakingskamer bepalen dat een volgend verzoek niet in behandeling wordt genomen.<sup>103</sup> Van een dergelijke bepaling zal in de beslissing op het verzoek tot wraking melding worden gemaakt.<sup>104</sup>

### **2.3.4 Behandeling en formele vereisten voor verzoek tot verschoning**

Een verzoek tot verschoning wordt behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter die dat verzoek heeft gedaan, geen zitting heeft.<sup>105</sup> In verband met het verbod op rechtsweigering (art. 26 Rv) mag de betrokken

rechter niet zelf over zijn verzoek oordelen.<sup>106</sup>

Anders dan een verzoek tot wraking wordt een verzoek tot verschoning in civiele zaken niet tijdens de terechtzitting (en dus in het openbaar) behandeld.<sup>107</sup> Het Wetboek van Strafvordering schrijft voor behandeling van het verschoningsverzoek in strafzaken geen openbare behandeling voor.<sup>108</sup> Hier wordt het eerdergenoemde volgsysteem gehanteerd dat wordt gebruikt bij de behandeling van een wrakingsverzoek (zie verder paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk), al lijkt een raadkamerprocedure hier meer geïndiceerd.<sup>109</sup>

Het verzoek tot verschoning moet in beginsel schriftelijk en gemotiveerd plaatsvinden, aldus artikel 517 lid 2 Sv, artikel 40 lid 2 Rv en artikel 8:19 lid 2 Awb. In uitzondering op het schriftelijkheidsvereiste kan het verzoek ook mondeling op drie manieren worden ingediend, namelijk:

- 1 in een civielrechtelijke procedure na aanvang van een terechtzitting;
- 2 in een strafrechtelijke procedure tijdens de terechtzitting;

102 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, Art. 37, aant. 4; art. 513 lid 4 Sv; Veldt, aant. 2 op art. 512 (suppl. 95, juli 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Zie: art. 8:16 lid 4 Awb. Zie: bijvoorbeeld ABRvS 7 december 1995, F03.95.0713; AB 1996, 186; *M en R* 1996/3, nr. 31.

103 Art. 39 lid 4 Rv; art. 516 lid 4 Sv; art. 8:18 lid 4 Awb. Zie ook: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 39, aant. 3. Zie recent nog: CRvB 19 januari 2012, LJN: BV2001.

104 Zie voor een recent voorbeeld: HR 3 februari 2012, LJN: BV2739, waarin de vierde kamer van de Hoge Raad oordeelde dat sprake was van misbruik door de verzoeker van de bevoegdheid om wrakingsverzoeken in te dienen, en op grond van art. 8:18 lid 4 Awb bepaalde dat '(...) een volgend wrakingsverzoek van verzoeker in de onderhavige zaken niet in behandeling wordt genomen'.

105 Art. 41 lid 1 Rv; art. 518 lid 1 Sv; art. 8:20 lid 1 Awb.

106 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 4; Kuijer, aant. 4 op art. 518 (suppl. 163, oktober 2007), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

107 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 41, aant. 1.

108 Art. 518 lid 1 Sv.

109 Zie: Aanbeveling Wrakingsprotocol gerechtshoven en rechtbanken, ad 9.2, en Kuijer, aant. 6.2 op art. 512-519 (suppl. 155, juni 2006) en aant. 5 op art. 518 (suppl. 163, oktober 2007), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

- 3 in een bestuursrechtelijke procedure na aanvang van het onderzoek ter zitting onderscheidenlijk na aanvang van het horen van partijen of getuigen in het vooronderzoek.<sup>110</sup>

De wet stelt geen verdere vereisten aan de inhoud van het verzoek tot verschoning.<sup>111</sup>

## 2.4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

### 2.4.1 Verzoek tot wraking

Een verzoek tot wraking kan in elke stand van de procedure plaatsvinden en zelfs na afloop van de behandeling; in dat geval gelden echter wel aanvullende vereisten, zoals dat het voor de betrokken rechter(s) redelijkerwijs mogelijk moet zijn geweest om er nog kennis van te nemen.<sup>112</sup>

Daarbij geldt, zoals bij vraag 3 in dit hoofdstuk is besproken, dat een verzoek tot wraking gedaan moet worden zodra de feiten of omstandigheden die de grondslag vormen voor het wrakingsverzoek aan de verzoeker bekend zijn geworden. Een korte periode van bezinning is acceptabel, maar vooral als het

gaat om wraking van een rechter wegens zijn bejegening van de zaak en/of de partijen zal het tijdsverloop tussen het voorval en het verzoek beperkt moeten zijn.<sup>113</sup> Ook een beroep op het ontbreken van partijdigheid dat bijvoorbeeld pas in cassatie aan de orde gesteld wordt, loopt het risico afgewezen te worden.<sup>114</sup> Verder geldt dat het verzoek ingediend moet zijn voordat de behandeling van de zaak door het wijzen van een einduitspraak is geëindigd.<sup>115</sup> Er is in de literatuur echter wel verdedigd dat in gevallen waar tegen een einduitspraak geen rechtsmiddel is toegelaten, de benadeelde partij toch in de gelegenheid gesteld zou moeten worden om een verzoek tot wraking in te dienen, ofwel bij een hogere instantie ofwel bij het eigen gerecht.<sup>116</sup>

### 2.4.2 Verzoek tot verschoning

Een verzoek tot verschoning kan, net zoals een verzoek tot wraking, in elke stand van de procedure plaatsvinden, als het maar vóór eindiging van de zaak door een einduitspraak is.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> Art. 40 lid 2 Rv; art. 517 lid 2 Sv; art. 8:19 lid 2 Awb.

<sup>111</sup> Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 7.

<sup>112</sup> Zie, met verwijzing naar verdere rechtspraak: Van der Mei 2011, p. 6.

<sup>113</sup> Zie, met verwijzing naar verdere rechtspraak: Kuijer, aant. 4 op art. 513 (suppl. 158, december 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a.; Van der Mei 2011, p. 6-7.

<sup>114</sup> Zie, met verwijzing naar verdere rechtspraak: Cleiren 2011, p. 227.

<sup>115</sup> Zie: HR 18 december 1998, NJ 1999, 271, Kuijer, aant. 4 op art. 513 (suppl. 158, december 2006), in: Melai/Groenhuijsen e.a. en (voor wat betreft de civielrechtelijke procedure) MvT Parlementaire Geschiedenis Herziening Rv, p. 190.

<sup>116</sup> Zie: H. Kruijer, 'Wraking van een uitgesproken rechter', NJB, afl. 36, 21 oktober 2011, p. 2439-2442.

<sup>117</sup> Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 5.

## 2.5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'waking'?

### 2.5.1 Procedure na een verzoek tot waking

Na een verzoek tot waking wordt de behandeling van de zaak aangehouden totdat op het wrakingsverzoek is beslist, zo volgt uit artikelen 37 lid 5 Rv, 513 lid 5 Sv en 8:16 lid 5 Awb. Het model 'Wrakingsprotocol' bevat de aanbeveling dat de rechter tegen wie een verzoek tot waking is ingediend zich na dat verzoek onthoudt van verdere bemoeiingen met de zaak, voor zover deze kunnen worden uitgesteld of door andere rechters kunnen worden afgehandeld.<sup>118</sup>

Wordt het verzoek tot waking ingediend tijdens de terechtzitting, dan zal bij een meervoudige kamer de voorzitter van die kamer eerst moeten vaststellen op welke rechter(s) het verzoek betrekking heeft. Vervolgens vraagt de voorzitter, dan wel de enkelvoudige kamer, om opgave van gronden voor het wrakingsverzoek en laat daarvan een procesverbaal opmaken. Daarna wordt de behandeling ter zitting geschorst in afwachting van de behandeling van en beslissing in het wrakingsincident door de wrakingskamer. De zittingsgriffier meldt het wrakingsverzoek aan de griffier van de vaste wrakingskamer (of aan de secretaris van het wrakingsteam), die vervolgens verzoekt om samenstelling van een

wrakingskamer (zie ook paragraaf 3 in dit hoofdstuk).<sup>119</sup>

Vindt het verzoek tot waking buiten de terechtzitting plaats, dan wordt het zo spoedig mogelijk ter hand gesteld aan de algemeen secretaris van de vaste wrakingskamer, alwaar door de griffier van de wrakingskamer in overeenstemming met de voorzitter een wrakingskamer wordt vastgesteld (zie ook paragraaf 3 in dit hoofdstuk). Als het wrakingsverzoek niet bij de betreffende rechter zelf is binnengekomen, wordt deze door de griffier onmiddellijk na binnenkomst van het verzoek daarvan op de hoogte gesteld.<sup>120</sup>

De rechter tegen wie waking is verzocht, kan in de waking berusten.<sup>121</sup> Dit kan hij doen door een verklaring betreffende zijn berusting te richten tot de partij die het verzoek tot waking heeft ingediend. In geval van berusting wordt geen onderzoek meer verricht naar de gegrondheid van het wrakingsverzoek. De betreffende rechter neemt niet meer deel aan verdere behandeling van de zaak. Waar het gaat om een enkelvoudige kamer, wordt de zaak verwezen naar een andere enkelvoudige kamer; bij een meervoudige kamer neemt een andere rechter de taken van de in de waking berustende rechter over.<sup>122</sup>

Berust de betreffende rechter niet in de waking, dan begint na schorsing van behandeling van de zaak de behandeling ter (in beginsel openbare) terechtzitting van het

<sup>118</sup> Aanbeveling wrakingsprotocol, § 6.2.

<sup>119</sup> Art. 37 lid 5 Rv; art. 513 lid 5 Sv.; art. 8:16 lid 5 Awb. Zie ook: Aanbeveling wrakingsprotocol § 6 en Van der Mei 2011, p. 5. Het gaat hier dus om schorsing van behandeling van de zaak, niet om schorsing van het geding zelf.

<sup>120</sup> Aanbeveling wrakingsprotocol, § 7.

<sup>121</sup> Art. 38 Rv; art. 514 Sv; art. 8:17 Awb.

<sup>122</sup> Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 38, aantt. 2-4.

verzoek tot wraking.<sup>123</sup> De daartoe ingestelde meervoudige kamer beslist zo spoedig mogelijk (binnen twee weken) schriftelijk en gemotiveerd over het verzoek tot wraking, eventueel na het horen van de verzoeker en/of de rechter tegen wie wraking is verzocht (zie paragraaf 6 in dit hoofdstuk). Deze beslissing wordt meteen in het openbaar uitgesproken en meegedeeld aan de verzoeker, de andere partijen en de rechter tegen wie wraking was verzocht.<sup>124</sup>

### 2.5.2 Procedure na een verzoek tot verschoning

Ook na een verzoek tot verschoning wordt de behandeling van de zaak aangehouden totdat op het verzoek tot verschoning is beslist. Vindt het verzoek tot verschoning tijdens de terechtzitting plaats, dan wordt deze aanstonds geschorst.<sup>125</sup> Vervolgens wordt het verzoek tot verschoning zo spoedig mogelijk behandeld door de daartoe ingestelde meervoudige kamer.<sup>126</sup> Anders dan bij een verzoek tot wraking vindt deze behandeling niet plaats tijdens de terechtzitting (zie paragraaf 3 in dit hoofdstuk) en worden de rechter die om verschoning heeft gevraagd en de partijen in de zaak niet gehoord (zie paragraaf 6 in dit hoofdstuk).

De meervoudige kamer beslist zo spoedig mogelijk op het verzoek tot verschoning; deze beslissing is gemotiveerd en wordt meteen meegedeeld aan de partijen en aan de rechter die het verzoek tot verschoning heeft ingediend.<sup>127</sup> Anders dan bij een verzoek tot wraking is niet vereist dat de beslissing op het verzoek tot verschoning in het openbaar wordt uitgesproken.<sup>128</sup>

## 2.6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?

De griffier van de wrakingskamer stuurt de rechter tegen wie een verzoek tot wraking is ingediend een kopie van het wrakingsverzoek, met het verzoek om indien hij niet berust in de wraking op te geven of hij gehoord wil worden, eventueel schriftelijk te reageren op het wrakingsverzoek, en verhinderdata door te geven.<sup>129</sup> De wet bepaalt dat de verzoeker en de rechter tegen wie wraking is verzocht in de gelegenheid gesteld worden dat ze worden gehoord, wel of niet (dit laatste naar het ambtshalve oordeel van de wrakingskamer of op verzoek van de verzoeker of de rechter tegen wie wraking is verzocht) in elkaars aanwezigheid.<sup>130</sup> In strafzaken wordt ook het Openbaar Ministerie in de gelegenheid gesteld te worden gehoord en ook in civiele

<sup>123</sup> Zie verder: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.

<sup>124</sup> Art. 39 lid 3 Rv; art. 515 lid 3 Sv; art. 8:18 lid 3 Awb.

<sup>125</sup> Art. 40 lid 3 Rv; art. 517 lid 3 Sv; art. 8:19 lid 3 Awb. Zie ook: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 40, aant. 9. Het gaat hier om schorsing van behandeling van de zaak, niet om schorsing van het geding.

<sup>126</sup> Art. 41 lid 1 Rv; art. 518 lid 1 Sv; art. 8:20 lid 1 Awb.

<sup>127</sup> Art. 41 lid 2 Rv; art. 518 lid 2 Sv; art. 8:20 lid 2 Awb.

<sup>128</sup> Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 41, aant. 2; Kuijer, aant. 5 op art. 518 (suppl. 163, oktober 2007), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

<sup>129</sup> Vergelijk: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 8.

<sup>130</sup> Art. 39 lid 2 Rv; art. 515 lid 2 Sv; art. 8:18 lid 2 Awb.

zaken bestaat deze mogelijkheid (zie art. 44 Rv). Bij uitzondering kan ook de wederpartij van de verzoeker in de hoofdzaak de gelegenheid krijgen zich uit te spreken over het wrakingsverzoek.<sup>131</sup>

De rechter zelf is echter geen partij in het wrakingsincident, maar het object van de wraking. Een verzoek tot wraking dat werd ingediend tegen de voorzitter van de wrakingskamer door een rechter die zelf het onderwerp was van een wrakingsverzoek, werd om die reden niet ontvankelijk verklaard.<sup>132</sup>

Bij een verzoek tot verschoning hoeven de rechter die om verschoning heeft gevraagd en de partijen in de zaak niet te worden gehoord.<sup>133</sup> Hier kan nog vermeld worden dat het voor de hand ligt dat een verschoningsverzoek in de meeste gevallen gehonoreerd zal worden, mits het geen onredelijk verzoek is.<sup>134</sup> De praktijk wijst uit dat inderdaad de meeste (maar niet alle!) verzoeken tot verschoning gehonoreerd worden.<sup>135</sup>

## **2.7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Zowel de beslissing op een verzoek tot wraking als de beslissing op een verzoek tot verschoning moet gemotiveerd genomen worden (zie paragraaf 5 in dit hoofdstuk). De wet stelt geen bijzondere inhoudelijke eisen aan de inhoud van deze beslissingen en de motivering daarvan.<sup>136</sup>

## **2.8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

### **2.8.1 Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een verzoek tot wraking**

De wet bepaalt dat tegen de beslissing op een verzoek tot wraking in beginsel geen rechtsmiddel openstaat.<sup>137</sup> Echter, volgens de parlementaire geschiedenis kan dit appel-

131 Vergelijk: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.3.

132 Vergelijk bijvoorbeeld: Rechtbank Zutphen 1 december 2009, LJN: BK4858, r.o. 5.1-5.4. Zie echter ook: Van der Mei 2011, die kanttekeningen plaatst bij deze beslissing. Zij vraagt zich onder meer af of het niet het *optreden* van de rechter is dat het eigenlijke object van het wrakingsincident is, en of de rechter in persoon dus niet toch gewoon partij daarbij is. Verder vraagt zij zich af of de beslissing dat de rechter geen partij is in de wrakingsprocedure zich wel verhoudt tot art. 6 EVRM, met name in het geval dat de wraking zou resulteren in een klacht of disciplinaire maatregel tegen de betreffende rechter (p. 6).

133 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 4, art. 41, aant. 1; Kuijer, aant. 5 op art. 518 (suppl. 163, oktober 2007), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

134 Zo ook: M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, Gouda: Quint, 1997, p. 238. Een recent voorbeeld van een toegewezen verschoningsverzoek biedt: Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, PRG 2010, 273.

135 Vergelijk: WODC 2002, p. 48. Een recent voorbeeld van een afgewezen verschoningsverzoek biedt: Rb. Zutphen 16 november 2010, LJN BO4174.

136 Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 39, aant. 2e (inzake wraking) en art. 41, aant. 2c (inzake verschoning).

137 Art. 39 lid 5 Rv; art. 515 lid 5 Sv; art. 8:18 lid 5 Awb.

verbod in civielrechtelijke geschillen onder omstandigheden doorbroken worden wanneer de betreffende wetsbepaling ten onrechte is toegepast of ten onrechte buiten toepassing is gelaten, of bij de behandeling van de zaak essentiële vormen zijn verzuimd.<sup>138</sup> Een dergelijke uitzondering is voor het strafrecht niet door de Hoge Raad aanvaard.<sup>139</sup>

Daarnaast kan de partij die het verzoek tot wraking heeft ingediend in het kader van een hoger beroep of cassatie tegen de eindbeslissing in de hoofdzaak ook de beslissing op het wrakingsverzoek ter discussie stellen. Afhankelijk van de betrokken feiten en omstandigheden kan worden aangevoerd dat de betreffende beslissing niet in stand kan blijven wegens een schending van het (uit art. 6 EVRM voortvloeiende) fundamentele recht op behandeling van de zaak door een onpartijdige rechter.<sup>140</sup>

Tot slot wijst de parlementaire geschiedenis in dit verband nog op de mogelijkheid voor de

partij van wie het wrakingsverzoek wordt afgewezen, om de interne klachtprocedure te benutten die gerechten op voet van artikel 26 Wet RO moeten hebben dan wel om de procureur-generaal bij de Hoge Raad te verzoeken een vordering bij de Hoge Raad in te stellen tot het doen van een onderzoek naar de wijze waarop een rechterlijk ambtenaar zich in de uitoefening van zijn functie jegens hem heeft gedragen (zie ook paragraaf 1.4 in dit hoofdstuk).<sup>141</sup> Daarnaast kan iedere belanghebbende zich tot de procureur-generaal bij de Hoge Raad wenden met het verzoek cassatie in het belang van de wet in te stellen.<sup>142</sup>

## 2.8.2 Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een verzoek tot verschoning

Ook tegen de beslissing op een verzoek tot verschoning staat geen rechtsmiddel open.<sup>143</sup> Net zoals voor de beslissing op een verzoek tot wraking geldt hier ook dat dit appelverbod

138 Zie voor wat betreft de civiele procedure: MvT Parlementaire Geschiedenis Herziening Rv, p. 191. Zie ook bijvoorbeeld: HR 22 januari 1999, NJ 1999, 243, r.o. 3.3. Deze uitzondering lijkt echter niet te gelden voor strafrechtelijke procedures, waarin elk tussentijds beroep is uitgesloten als het onderzoek ter terechtzitting eenmaal is begonnen. Zo ook: HR 26 januari 2001, NJ 2001, 177, r.o. 2.5. Verwijzingen naar verdere rechtspraak zijn te vinden in: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.6. Zie voor het bestuursrecht: ABRvS 13 maart 2001, 200005243/2; ABRvS 1 augustus 2007, 200608678/1 en ABRvS 29 april 2008, 200702845/1; «JB» 2008/138.

139 HR 14 juni 2005, LJN: AT7031.

140 Zie bijvoorbeeld: HR 16 januari 2009, NJ 2009, 562; HR 9 juli 2008, LJN: BD 9747; HR 2 december 2005, LJN: AU 7352. Zie ook: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.6. Zie voor het strafrecht: Kuijer, aant. 10 op art. 515 (suppl. 163, oktober 2007), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Zie voor het bestuursrecht bijvoorbeeld: ABRvS 28 augustus 1997, H01.96.0535. Zie ook: ABRvS 9 augustus 2006, 200506527/1 en ABRvS 1 augustus 2007, 200608681/1.

141 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495 nr. 3, p. 114. Zie ook uitgebreider over de verhouding tussen de wrakingsprocedure en de klachtrechtprocedure van de artikelen 14 e.v. Wet RO (oud), thans art. 26 Wet RO: Veldt 1997, p. 261-263.

142 Zie: Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.6.

143 Art. 41 lid 3 Rv; art. 518 lid 3 Sv; art. 8:20 lid 3 Awb.

(in civielrechtelijke zaken) onder omstandigheden doorbroken kan worden.<sup>144</sup> Hier moet echter wel in het oog gehouden worden dat partijen niet in rechte kunnen klagen over het feit dat een rechter nalaat zich te verschonen (dit is immers een individuele verantwoordelijkheid voor de betrokken rechter), anders dan door middel van het indienen van een verzoek tot wraking.<sup>145</sup>

## 2.9 Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?

### 2.9.1 Algemeen

De laatste jaren is het aantal verzoeken tot wraking in Nederland stevig toegenomen.<sup>146</sup> Mogelijke verklaringen daarvoor zijn:

- mondiger burgers;
- publieke meningsvorming;
- polarisatie;
- meer empathie bij rechters;
- actievere rechters;
- meer *unus*-rechtspraak.<sup>147</sup>

Tegelijkertijd blijft echter het aantal toegewezen verzoeken min of meer gelijk en dat zou kunnen suggereren dat dit instrument ook steeds vaker oneigenlijk wordt gebruikt. Dit is ook in de literatuur gesignaleerd; er is ook wel gesproken over 'wraking als vorm van manipulatie'.<sup>148</sup> Ook binnen de rechterlijke macht zelf heerst het gevoel dat in steeds vaker misbruik wordt gemaakt van de wrakingsregeling.<sup>149</sup>

Die suggestie is ook uitgedragen door de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak in een persbericht 'Meer wrakingen past in tijdsbeeld', waarin hij als voorbeelden noemt dat een wrakingsverzoek volgt ingeval de rechter een procesbeslissing neemt die voor een partij onaangenaam is of ingeval een wrakingsverzoek wordt gedaan om tijdswinst te boeken.<sup>150</sup> Dit zijn herkenbare voorbeelden voor de werknemers in de rechtspraak, al kan het aantal daarvan momenteel empirisch nog niet worden onderbouwd. Daartoe strekt ook het empirisch onderzoek van Van Rossum e.a. Daarnaast dragen zaken die veel media-aandacht genieten en waarin één of meer wrakingsverzoeken worden gedaan bij aan het beeld dat er oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling wordt gemaakt. Hier zijn het Wilders-proces

144 Hoger beroep is bijvoorbeeld mogelijk als de meervoudige kamer die beslist over het verzoek tot verschoning de desbetreffende wetsbepaling ten onrechte heeft toegepast of buiten toepassing heeft gelaten, of bij de behandeling van de zaak essentiële vormen heeft verzuimd. Zie: T&C Rv, Boek 1, Titel 1, Afd. 4, art. 41, aant. 3.

145 Zie bijvoorbeeld: Veldt 1997, p. 236 en 237.

146 Zie: L. Chrit & R.L. Venneman, 'Wraking en de legitimiteit van de rechterlijke macht – Een evaluatie van het wrakingsinstituut' *Trema* 2011-1, p. 11-18; E. Bauw, 'Wat te denken van wraking', *AA* 2011-3, p. 202-206. Zie ook: paragraaf 1.3 in dit hoofdstuk.

147 Zie: Bauw 2011, p. 203-205.

148 Zie: W.D.H. Asser, 'De gewraakte gerechtigheid', *TCR* 2011, p. 106. Zie ook: Chrit & Venneman 2011, p. 14 en 15.

149 K. van der Kraats, 'Het droomschip heeft de bestemming nog niet bereikt', *Trema* 2011-10, p. 375.

150 <<http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Meer-wrakingen-past-in-tijdsbeeld.aspx>>.

en de strafzaak tegen Robert M. duidelijke voorbeelden.<sup>151</sup> Dergelijke incidenten worden vervolgens door diezelfde media herhaaldelijk uitgelicht, zodat het om meer gevallen lijkt te gaan dan feitelijk het geval is, althans dat daarmee het beeld wordt bevestigd dat er oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling wordt gemaakt. Het gevolg is dat het wrakingsinstrument momenteel ter discussie staat in Nederland, niet alleen onder academici, maar ook onder beleidsmakers, politici, het brede publiek en de rechters zelf.

Deze ontwikkelingen leiden vooral binnen de rechterlijke macht, maar ook in de juridische literatuur, tot discussie en zorg over de consequenties die dit kan hebben voor het maatschappelijk imago van en het vertrouwen in rechters en de rechtspraak als geheel. Daarnaast leidt het tot een meer kritische houding ten opzichte van enerzijds het gebruik van het wrakingsinstrument door partijen en hun juridisch vertegenwoordigers en anderzijds de bestaande wrakingsprocedure, ten aanzien waarvan de vraag gesteld kan worden of deze nog wel op alle punten voldoet in het huidige tijdsgewricht.<sup>152</sup>

De belangrijkste punten van kritiek betreffen de vermeende toename in het oneigenlijk gebruik/misbruik van de wrakingsregeling, de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met het open stelsel van materiële gronden voor wraking/verschoning, en de wenselijkheid van behandeling van wrakingsverzoeken door rechters binnen het eigen gerecht. Deze kritiekpunten zullen hieronder kort worden besproken.

### **2.9.2 Kritiek op oneigenlijk gebruik/misbruik wrakingsregeling**

Een van de belangrijkste punten van kritiek op de huidige rechtspraktijk waarin verzoeken tot wraking steeds vaker voorkomen (terwijl het aantal toegewezen wrakingsverzoeken gelijk blijft), is dat er steeds vaker oneigenlijk gebruik of misbruik gemaakt wordt van het wrakingsinstrument, zowel door procespartijen als door hun advocaten.<sup>153</sup> Onder rechters heerst een algemeen gevoel dat het wrakingsinstrument steeds vaker gebruikt wordt om 'zand in de machine te strooien', dat wil zeggen dat het wordt gebruikt als een tactisch

151 Hoewel het eerste verzoek tot wraking in de zaak-Wilders werd afgewezen, werd een tweede verzoek toegewezen; zie: Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2010, LJN: BO1532. Deze beslissing bleef echter niet onomstreden; zie bijvoorbeeld: F. van Laanen, 'De wrakingsbeslissing in het Wildersproces betwist', *NJB* 2010, afl. 38, p. 1884 en 1985. Het verzoek tot wraking in de strafzaak tegen Robert M. werd afgewezen; zie: Rechtbank Amsterdam 14 maart 2012, LJN: BV8737.

152 Zie bijvoorbeeld enkele recente voorbeelden uit de literatuur: Asser 2011; Chrit & Venneman 2011; Van der Mei 2011; Bauw 2011; Cleiren 2011; R. Robroek, 'Beeldvorming een slechte raadgever en partijdigheid zo slecht nog niet?', *NJB* 2011, afl. 29, p. 157-196; G. Corstens, 'Vertrouwen in de rechtspraak', *Trema* 2011-10, p. 305-307; J. Griffiths, 'Vertrouwen in de rechtspraak', *NJB* 2011, afl. 16, p. 1028-1032; J. Griffiths, 'Vertrouwen in de rechtspraak (vervolg)', *NJB* 2011, afl. 36, p. 2426-2430.

153 Zie bijvoorbeeld: Chrit & Venneman 2011, p. 14 en 15 en paragraaf 9.1 in dit hoofdstuk.

middel in de procedure dat vooral gericht is op het verkrijgen van uitstel, een beeld dat bevestigd wordt in de literatuur.<sup>154</sup>

Verder lijkt het wrakingsinstrument steeds vaker gebruikte te worden als een verkapt rechtsmiddel tegen procedurele beslissingen en tussentijdse inhoudelijke keuzes van de rechter, met name wanneer daartegen geen andere rechtsmiddelen openstaan. Hoewel dit normaal gesproken zou moeten leiden tot afwijzing van het verzoek, lijkt dit partijen en hun vertegenwoordigers er steeds minder van te weerhouden om toch een poging tot wraking te wagen.<sup>155</sup> Tot slot lijkt het wrakingsinstrument in sommige gevallen beschouwd te worden als een mogelijkheid tot het nemen van wraak op bepaalde rechters in verband met door hen genomen niet-welkome beslissingen.<sup>156</sup>

### **2.9.3 Kritiek op het open stelsel van materiële gronden voor wraking/verschoning**

Een ander punt van kritiek, dat samenhangt met de hiervoor besproken kritiek op het toenemend oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling, richt zich op het open stelsel van materiële gronden voor wraking/verschoning.

De mogelijkheid om rechters te wraken wegens de (objectiveerbare) schijn van partijdigheid, die als besproken (zie paragraaf 1 in dit hoofdstuk) ingebakken zit in de manier waarop door het EHRM een beweerdelijke schending van de eis van rechterlijke onpartijdigheid wordt getoetst, maakt dat het moeilijk *ex ante* te bepalen is wat wel en niet door de beugel kan als het gaat om de opstelling van een rechter ten aanzien van een aan hem voorgelegde zaak en de daarbij betrokken procespartijen. Dit brengt enerzijds een bepaalde mate van rechtsonzekerheid met zich, zowel voor procespartijen als voor rechters zelf, en vergroot anderzijds de mogelijkheden tot oneigenlijk gebruik van de regeling.<sup>157</sup>

In deze context wordt wel de vraag gesteld, zowel binnen de rechterlijke macht als in de literatuur, hoe deze onduidelijkheid/onzekerheid zich verhoudt tot maatschappelijk wenselijke ontwikkelingen in de taakopvatting van de rechter. Immers, de rechter die een meer actieve rol aanneemt in het proces, stelt zich kwetsbaar op; hetzelfde geldt voor de rechter die zich meer empathisch opstelt richting de bij de zaak betrokken partijen of de rechter die actief communiceert tijdens de terechtzitting met de procesdeelnemers. Het gevaar dat in dit opzicht wel geconstateerd wordt, is

154 Zie bijvoorbeeld: Asser 2011; Chrit & Venneman 2011, p. 11; Bauw 2011, p. 204 en 205. Zie ook: Van der Kraats 2011, p. 375.

155 Zie bijvoorbeeld met verwijzing naar verdere rechtspraak: Cleiren 2011, p. 220 en 221. Zie ook: Asser 2011 en paragraaf 9.1 in dit hoofdstuk. Dit beeld wordt nog versterkt door de eerdergenoemde wrakingsverzoeken in de zaken tegen Wilders en Robert M., die nauw samenhangen met procedurele beslissingen ten aanzien van het wel of niet horen van een getuige, respectievelijk het wel of niet toekennen van spreekrecht aan de ouders van de slachtoffertjes. Zie: Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2010, LJN: BO1532, resp. Rechtbank Amsterdam 14 maart 2012, LJN: BV8737.

156 Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzingen: Van der Mei 2011, p. 4 en paragraaf 9.1 in dit hoofdstuk.

157 Zie bijvoorbeeld: Cleiren 2011, p. 232 en 233.

dat het vergrote risico voor dergelijke actieve, empathische en communicerende rechters om geconfronteerd te worden met een verzoek tot wraking zou kunnen leiden tot een maatschappelijk onwenselijke terughoudendheid binnen de rechterlijke macht.<sup>158</sup>

#### **2.9.4 Kritiek op de behandeling van wrakingsverzoeken door hetzelfde gerecht**

Een laatste hier te bespreken punt van kritiek, dat ook samenhangt met de hiervoor besproken punten, richt zich op het feit dat verzoeken tot wraking meestal behandeld worden door hetzelfde gerecht als waar de rechter(s) tegen wie het verzoek is ingediend werkzaam is/zijn (zie ook paragraaf 3 in dit hoofdstuk). Wat deze gang van zaken betreft, is wel gesuggereerd dat dit de collegiale verhoudingen tussen de rechters binnen een gerecht onderling onder druk kan zetten. Dit is een punt dat ook naar voren kwam bij de evaluatie van de organisatie van de strafzaak tegen Wilders; de toekenning van het (tweede) verzoek tot wraking in dit proces werd naar verluidt binnen het betrokken gerecht ervaren als een crisissituatie.<sup>159</sup>

Daarnaast wordt in de literatuur de vraag gesteld of deze op de wettelijke bepalingen voor wraking gebaseerde praktijk nog wel houdbaar is in een tijd waarin vanuit de maatschappij en door procesdeelnemers steeds kritischer gekeken wordt naar de bij concrete zaken betrokken rechters en de rechterlijke macht in het algemeen. Er is wat dit betreft

wel gesuggereerd dat de afstand tussen de rechter tegen wie een verzoek tot wraking is ingediend en de rechters die beslissen over dit verzoek groter gemaakt zou moeten worden door rechters van andere gerechten te betrekken in de wrakingskamers.<sup>160</sup>

De zorg over de beoordeling van wrakingsverzoeken door rechters bij hetzelfde gerecht is inmiddels ook in politiek Den Haag doorgedrongen. Op 15 februari 2012 werd een motie ingediend waarin de Tweede Kamer de regering verzoekt onderzoek te doen naar de vraag '(...) hoe de beoordeling van wrakingsverzoeken zo kan worden aangepast dat de onpartijdigheid en daarmee de onafhankelijkheid beter is gewaarborgd', en hierover vóór het zomerreces rapport uit te brengen aan de Kamer.<sup>161</sup>

#### **2.10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

##### **2.10.1 Invoering van de huidige wettelijke regelingen voor wraking/verschoning**

De huidige regelingen voor wraking en verschoning in de civielrechtelijke procedure (Rv), de strafrechtelijke procedure (Sv) en de bestuursrechtelijke procedure (Awb) zijn in 1994 ingevoerd in het kader van de voltooiing herziening van de rechterlijke organisatie. De wetgever reageerde daarmee '(...) op de in de rechtspraak geconstateerde tekortkomingen in

<sup>158</sup> Vergelijk bijvoorbeeld: Cleiren 2011, p. 231-235. Zie ook: Bauw 2011, p. 205.

<sup>159</sup> Zie, met verdere verwijzingen. Cleiren 2011, p. 233 en 234.

<sup>160</sup> Bauw 2011, p. 206. Zie ook: Chrit & Venneman 2011, p. 16 en 17.

<sup>161</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 136.

de wrakings- en verschoningsregelingen en in de literatuur gedane suggesties om deze regelingen in de verschillende processtelsels op één lijn te brengen'.<sup>162</sup> De nieuwe regelingen maakten een eind aan de verschillen tussen de normen en procedures die golden voor de wraking en verschoning van rechters in civiel-rechtelijke, strafrechtelijke en administratief-rechtelijke procedures. Daarnaast bevatten zij een belangrijke aanvulling op veelal ontbrekende of onvolledige procedureregels in de bestaande regelingen. Tot slot introduceerden zij een open wrakings- en verschoningsnorm in navolging van de doorbreking in de rechtspraak van de daarvoor geldende limitatieve opsomming van wrakingsgronden.<sup>163</sup>

## 2.10.2 Invoering van integriteitsregelingen

De in paragraaf 2.4 in dit hoofdstuk besproken integriteitsregelingen (de 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter' uit maart 2004, de 'Leidraad nevenfuncties' uit maart/april 2009 en de 'Gedragscode rechtspraak' uit mei 2010) zijn ingevoerd in opdracht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de vergadering van presidenten van rechtbanken en appelcolleges naar aanleiding van een in 2002 gepubliceerd WODC-onderzoek naar de schijn van partijdigheid van rechters. Dit WODC onderzoek werd verricht in opdracht van een werkgroep 'Schijn van partijdigheid', ingesteld door het hoofdbestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak naar aanleiding van een symposium in 2000

over 'Voorkoming van schijn van partijdigheid', met als uiteindelijk doel het inventariseren van de casuïstiek rond verschoningen, wrakingen en (schijn van) partijdigheid en van de wenselijkheid en mogelijkheid van het opstellen van oriëntatiepunten op dat gebied.

Aanleiding voor deze ontwikkelingen was de gevoelde maatschappelijke tendens waarbij de onpartijdigheid van rechters minder vanzelfsprekend wordt aangenomen en daarmee gepaard gaande discussies, zowel binnen als buiten de rechterlijke macht, over de onpartijdigheid en integriteit van rechters, nevenfuncties en het opstellen van een eventuele gedrags- of verschoningscode.<sup>164</sup>

## 2.10.3 Uitbreiding van de Wrra

Het WODC-onderzoek uit 2002 heeft, samen met WODC-onderzoeken naar nevenfuncties van de zittende magistratuur en nevenfuncties van vaste rechters en plaatsvervangers uit 2000 en 2001, ook geleid tot een wetsvoorstel tot wijziging en uitbreiding van de Wrra op het gebied van nevenfuncties. Dit wetsvoorstel is momenteel (nog steeds) in behandeling bij de Eerste Kamer (zie ook paragraaf 2 in dit hoofdstuk). Doel is om de bestaande regeling over de onverenigbaarheden en nevenbetrekkingen van de rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding uit te breiden om op die manier meer transparantie en openbaarheid te creëren met betrekking tot het bestaan en de wenselijkheid van nevenbetrekkingen van rechterlijke ambtenaren.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> Veldt 1997, p. 238.

<sup>163</sup> Zie, in meer detail en met verdere verwijzingen: Veldt 1997, p. 238-240. Zie ook: HR 30 november 1990, *NJ* 1992, 94.

<sup>164</sup> WODC 2002, p. 1-9.

<sup>165</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 937.

Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel is de aanleiding voor de voorgestelde wijziging de toenemende publieke belangstelling voor de integriteit van ambtenaren en openbare ambtsdragers en een bredere maatschappelijke ontwikkeling waarbij de autoriteit, deskundigheid en onkreukbaarheid van professionele deskundigen in steeds meer als vanzelfsprekend wordt ervaren. Dat deze ontwikkeling ook geldt voor de rechterlijke macht, wordt onder meer afgeleid uit de omstandigheid dat het aantal wrakingsverzoeken lijkt toe te nemen.<sup>166</sup>

#### **2.10.4 Aanpassingen van de bestaande procedure voor wraking van rechters?**

Tot slot is het huidige onderzoek, verricht in opdracht van de Raad voor de rechtspraak (naar aanleiding van het verzoek daartoe door het presidentenoverleg), uitgezet naar aanleiding van het stijgend aantal wrakingsverzoeken in Nederland (zie paragraaf 1.3 in dit hoofdstuk) in combinatie met het vermoeden dat ook het aantal gevallen van oneigenlijk gebruik van de regeling stijgt (zie paragraaf 9 in dit hoofdstuk). Het uiteindelijke doel van de Raad voor de rechtspraak is om te komen tot aanbevelingen voor een aanscherping van de wrakingspraktijk en voor een nieuw wrakingsprotocol. Er moet een adequate procedure worden ontwikkeld die de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid kan garanderen en die bovendien efficiënt te noemen is. Daarbij speelt ook nog dat omdat een wrakings-

verzoek de rechter persoonlijk raakt (want zijn integriteit wordt in twijfel getrokken), het oneigenlijk gebruik van dit soort verzoeken zoveel mogelijk teruggedrongen zou moeten worden.

#### **2.11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Van het gegeven dat de hoeveelheid wrakingsverzoeken toeneemt, terwijl het aantal toewijzingen min of meer gelijk blijft (zie paragraaf 1.3 in dit hoofdstuk), gaat de suggestie uit dat de regeling ook steeds vaker oneigenlijk wordt gebruikt. Dit is verder toegelicht in paragraaf 9.1 in dit hoofdstuk.

Behalve de in paragraaf 3 in dit hoofdstuk besproken mogelijkheid dat bij een vermoeden van misbruik van het wrakingsinstrument door de betrokken partijen bepaald wordt dat een volgend verzoek tot wraking niet in behandeling zal worden genomen, kent het Nederlandse recht geen echte sanctie voor oneigenlijk gebruik van de regeling tot wraking.

#### **2.12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

Omdat onderzoeksvraag 12 uit de *quick scan* vraagt naar de bijdrage en de mogelijke

<sup>166</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 937, nr. 3, p. 1-3.

inspiratie die het besproken stelsel kan leveren voor het Nederlandse recht, is die vraag in het rapport over Nederland uiteraard niet aan de orde, zodat verdere bespreking dus achterwege kan blijven.

# Frankrijk

In dit hoofdstuk staat het Franse recht centraal. Eén voor één komen de eerdergenoemde, en ook voor Nederland in hoofdstuk 2 al besproken 12 onderzoeksvragen aan bod.

## 3.1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?<sup>167</sup>

### 3.1.1 Algemeen

De vermeende partijdigheid van een rechter kan naar Frans recht op drie manieren worden aangevochten. Een gebrek aan partijdigheid kan:

- 1 hetzij aangevoerd worden op eigen initiatief door de rechter (als grond van verschooning, *abstention*) die zich in de onmogelijkheid geplaatst ziet om van de zaak kennis te nemen;
- 2 hetzij aangevoerd worden door (een van de) partijen in het geding via het verzoek

tot wraking van de betrokken rechtbank, dat wil zeggen: het verzoek om een rechter in een bepaalde zaak te vervangen, omdat hij partijdig zou zijn;

- 3 hetzij geïnitieerd worden door (een van de) partijen in het geding via een verzoek tot wraking waarin de rechter aanleiding ziet zich te verschonen (overigens alleen in het civiele recht en het bestuursrecht).

De procedure tot wraking of verschoning ziet steeds op de waarborg van het recht op toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter, zoals is vastgelegd in artikel 6 § 1 EVRM. Doorgaans wordt de procedure tot wraking gericht tegen de rechter die van de zaak moet kennisnemen (cf. art. 731-1 Code de l'organisation judiciaire, hierna COJ). Echter, de wrakingsprocedure kan ook gericht worden tegen andere juridische actoren die men van partijdigheid verdenkt, zoals leden van het Openbaar Ministerie en deskundigen.<sup>168</sup> Een wrakingsprocedure kan niet gericht worden

<sup>167</sup> Zie over de wrakingsprocedure naar Frans recht in het algemeen: B. Bernabé, *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*, Parijs: LGDJ 2009; B. Beignier, *Principe d'impartialité et récusation: applications pratiques*, D. 2002, p. 359; J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon & M.-A. Frison-Roche, 'L'office de la procédure', in: *Mélanges Pierre Drat*, Parijs: Dalloz 2000, p. 253-268; G. Canivet, 'La conception française de la déontologie des magistrats', in: *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Parijs: Dalloz 2003, p. 101-118; N. Fricero, 'La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire?', in: *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*: Parijs, LPA 2004, p. 229-239; N. Fricero, 'Procès civil équitable et juge judiciaire: nouveaux pouvoirs, nouveaux devoirs', in: *Mélanges Pierre Julien. La justice civile au vingt et unième siècle*, Aix-en-Provence 2003, p. 182-202; J.-P. Gridel, 'L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation', in: *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Parijs LPA 2004, p. 241-253; S. Guinchard, F. Ferrand & C. Chainais, *Procédure civile: droit interne et droit communautaire*, Parijs: Dalloz 2010; M. Lemonde & F. Tulkens, 'L'impartialité du juge: vers des principes directeurs?', in: D. Salas & H. Épineuse (dir.), *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Parijs: Dalloz 2003, p. 119-137.

<sup>168</sup> G. Rousseau & P. De Fontbressin, 'Remplacement de l'expert et récusation déguisée', *Experts* 2009, nr. 83, p. 4 e.v.; B. Soinne, 'La récusation d'un membre du parquet en droit des procédures collectives – A propos de CA Douai, 1re ch., 2e sect., 24 oct. 2007', *Revue des procédures collectives* 2008, p. 32 en 33.

tegen leden van het Openbaar Ministerie wanneer zij als 'partij' deelnemen aan de juridische procedure. Dit omdat men een andere partij niet kan wraken. Deze situatie doet zich voor in strafzaken; in die zaken is het Openbaar Ministerie steeds partij. Door de rechter aangestelde deskundigen kunnen ook gewraakt worden, althans in civiele zaken (in strafzaken niet). Getuigen die opgeroepen worden door een van de procespartijen (de zogenoemde 'partijgetuigen'), kunnen niet gewraakt worden.

Een wrakingsprocedure kan ook voor andere colleges dan de hoven en rechtbanken worden opgestart. Bij wijze van voorbeeld kan gedacht worden aan tuchtraden. Zo kan een wrakingsverzoek worden gericht tegen het optreden van één of meerdere leden van de Raad van de Orde van Advocaten.<sup>169</sup>

### **3.1.2 Nadere uitwerking**

#### **3.1.2.1 *De rechter verschoont zich op eigen initiatief (de procedure van l'abstention)***

In principe zal elke rechter wanneer hij constateert dat een van de limitatief opgesomde gevallen die een grond tot wraking opleveren, op hem van toepassing zijn, zich moeten verschonen. Er wordt dan slechts een interne procedure gevoerd: de procespartijen worden hierin niet betrokken.

De rechter zelf is overigens niet gebonden aan de door de wetgever opgesomde gronden tot

wraking als hij zich wenst te verschonen; hij mag daarnaast ook altijd verzoeken om zich te verschonen wanneer hij (om welke reden dan ook) oordeelt dat hij niet in staat is om op een objectieve en onpartijdige wijze van de zaak kennis te nemen. In civiele zaken moet hij daartoe een verzoek richten aan de voorzitter van de rechtbank, die beslist over de verschoning in civiele zaken. Deze beslissing van de voorzitter van de rechtbank is een ordemaatregel; er kan geen hoger beroep tegen worden ingesteld.

In strafzaken moet de rechter die hetzij constateert dat een van de limitatief opgesomde gevallen die een grond tot wraking opleveren, op hem van toepassing zijn, hetzij zich op eigen initiatief wil verschonen krachtens artikel 674 Code de Procédure Pénale (hierna: CPP) altijd eerst toestemming vragen aan de eerste voorzitter van het hof van beroep waaronder hij ressorteert. De eerste voorzitter zal pas uitspraak doen na advies van de procureur-generaal bij het hof van beroep. Tegen de beslissing van de voorzitter van het hof van beroep in rechtszaken kan krachtens artikel 674 CPP geen hoger beroep worden ingesteld.

#### **3.1.2.2 *Een partij dient een wrakingsverzoek in (de procedure van la récusation)***

Eén of beide partijen kunnen een wrakingsverzoek indienen. De wetgever heeft voor alle procedures limitatieve gronden voorzien waarop (een van) de partijen in het geding

<sup>169</sup> Cass. civ. 27 december 1960, D. 1961.469, m.nt. Crémieu; Cour d'Appel Douai 15 juni 1957, RTD civ. 1958.129, m.nt. Hébraud.

een wrakingsverzoek kan indienen (zie paragraaf 2 in dit hoofdstuk).

### **3.1.2.3 De rechter verschoont zich na daarover een verzoek te hebben ontvangen van een partij**

De rechter kan zich ook terugtrekken na een wrakingsverzoek te hebben ontvangen van (een van de) partijen in de zaak. In dit geval zal het verzoek in beginsel steunen op een van de door de wetgever limitatief opgesomde wrakingsgronden. De rechter kan dan volstaan met de vaststelling dat hij niet in staat is om op een objectieve en onpartijdige wijze van de zaak kennis te nemen.

In strafzaken kan de rechter zich echter niet verschonen. De eerste voorzitter van het hof van beroep moet altijd uitspraak doen over het verzoek tot wraking ingediend door een van de procespartijen, zelfs als de rechter instemt met het verzoek tot wraking (zie hierna).

### **3.1.2.4 De procedure van de renvoi (procedure van de verwijzing naar een andere rechtbank)**

Naar Frans recht bestaat ook de mogelijkheid om de zaak te laten verwijzen naar een ander gerechtelijk arrondissement, wanneer de verdenking bestaat dat alle rechters van een bepaalde rechtbank niet (meer) in staat zijn om onafhankelijk en onpartijdig van de zaak kennis te nemen. Dit is de zogenoemde

'procedure van de renvoi'. Met deze procedure wordt een veel ingrijpender effect beoogd dan met de gewone wrakingsprocedure; het gaat er dan immers om dat de zaak wordt overgeheveld naar een andere rechtbank dan de rechtbank die in beginsel bevoegd is om van de zaak kennis te nemen.

## **3.2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechters-regelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?**

### **3.2.1 Algemeen**

Voor civiele zaken en voor strafzaken bestaan verschillende wrakingsprocedures. De regels van de wrakingsprocedure voor de civiele rechtbanken zijn terug te vinden in artikel 341 e.v. van de Code de Procédure Civile (CPC). Deze regels zijn volgens artikel 749 van dezelfde Code toepasselijk op alle burgerlijke rechtsplegingen: *toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale*. Artikel L. 731-1, 1ste alinea van de COJ bepaalt ook dat er nog afzonderlijke regelingen zijn voor specifieke procedures (waaronder de procedures voor de strafgerechten – zie hierna, en de regelingen voor de administratieve rechtbanken).

De wrakingsprocedure voor de administratieve rechtbanken wordt geregeld door de Code de

justice administrative (CJA) (artt. R 721-1 t/m R 721-9 CJA) die echter een herhaling vormen van de bepalingen in de procedure voor de civiele rechtbanken, en daarom hier geen aparte bespreking krijgen.

De wrakingsprocedure voor de strafgerechten wordt geregeld door de artikelen 668 t/m 674-2 CPP.

Er bestaan geen (algemeen bekende of extern uitgevaardigde) protocollen of rechtersregelingen of codes voor de regeling van de wrakingsprocedure in Frankrijk.

### 3.2.2 Overzicht van de wrakingsprocedures voor de civiele rechtbanken<sup>170</sup>

In artikel 341 CPC is een limitatieve lijst met acht wrakingsgronden opgesomd (die een bevestiging vormen van de wrakingsgronden die eerder al werden opgesomd in art. 731-1 van de COJ), en die hierna kort worden benoemd.

#### 3.2.2.1 Limitatieve lijst van wrakingsgronden

- a *Het geval waarin de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) een persoonlijk belang heeft bij het geschil*

Deze wrakingsgrond spreekt voor zich: zodra de rechter een persoonlijk belang heeft bij de uitkomst van het geschil, mag hij van de zaak geen kennis nemen met het oog op de berechting ervan.

- b *Het geval waarin de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) schuldenaar, schuldeiser, vermoedelijke erfgenaam is van een van de procespartijen of een van de procespartijen in het verleden iets geschonken heeft*

Deze gevallen zijn specifieke voorbeelden van gevallen waarin de rechter een persoonlijk belang heeft bij de uitkomst van het geschil. Niettemin mag en moet telkens *in concreto* worden nagegaan of daar in de praktijk enige grond voor bestaat. Zo zal de rechter die klant is bij een bank die wordt opgeroepen in een geschil waarover hij uitspraak moet doen, zich niet per definitie moeten verschonen, wanneer bijvoorbeeld de aard en omvang van het geschil niet van dien aard is dat een vrees voor partijdigheid van de rechter zich opdringt.<sup>171</sup>

- c *Het geval waarin er sprake is van een familieband tussen de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) en een van de partijen (tot in de vierde graad)*

In de gevallen waarin sprake is van een familieband tussen de rechter en een van de partijen (tot in de vierde graad) is eveneens sprake van een wettige grond tot wraking. In Frankrijk heeft de wetgever niet voorzien in de situatie waarin partijen ongehuwd samenwonen, maar in de praktijk wordt aangenomen dat op basis van een soort 'reflexwerking' deze gevallen gelijkgeschakeld moeten worden met de situatie waarin huwelijksbanden bestaan tussen de partijen.

<sup>170</sup> Zie onder meer: J. Normand, 'L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français', in: J. Van Compernelle & G. Tarzia (red.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre, Etude de droit comparé*, Brussel: Bruylant 2006, p. 63-104; J.-M. Varaut, 'Indépendance', in: L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004.

<sup>171</sup> Cass. civ. 29 oktober 1964, D. 1965, 44.

- d Het geval waarin de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) betrokken zijn of waren in een rechtsgeding met één of meer procespartijen*

Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn wanneer een van de partijen een aangifte heeft ingediend en zich daarbij 'burgerlijke partij' heeft gesteld in de strafzaak tegen de rechter die kennis moet nemen van zijn zaak.<sup>172</sup> Echter, het enkele feit van het indienen van een aangifte vormt op zich geen voldoende grond voor de wraking van de rechter: een en ander zal afhangen van de begeleidende omstandigheden.<sup>173</sup>

- e Het geval waarin de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) het beheer uitoefent over goederen van één of meer procespartijen*

Ook dit geval is een specifiek voorbeeld van een geval waarin de rechter een persoonlijk belang heeft bij de uitkomst van de betwisting.

- f Het geval waarin de rechter recent kennis heeft genomen van de zaak als rechter of als arbiter*

De rechter mag geen kennis nemen van een zaak waarin hij eerder is opgetreden als rechter of als arbiter. Zo mag een rechter niet in beroep kennisnemen van een zaak waarin hij in eerste aanleg al kennis van heeft genomen.<sup>174</sup>

Een moeilijke kwestie in dit verband is de hypothese waarin de rechter geprobeerd heeft om voorafgaand de partijen te verzoenen,

maar deze verzoening geen succes heeft opgeleverd. Het behoort tot de taak van de rechter om te proberen de partijen te verzoenen, voordat recht wordt gesproken (art. 21 CPC). Niettemin zou deze voorafgaande verzoeningspoging wel degelijk ook een grond tot wraking van de rechter kunnen vormen. Belangrijk daarbij zal onder meer zijn de wijze waarop de rechter de verzoeningspoging heeft ondernomen, meer in het bijzonder, wanneer uit zijn houding tijdens de verzoeningspoging al een zekere vooringomenheid bleek.

- g Het geval waarin sprake is van een band van ondergeschiktheid tussen de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) en een van de procespartijen*

De onafhankelijkheid en de neutraliteit van de rechter kunnen ook aangetast zijn in het geval waarin hijzelf of/en zijn echtgeno(o)t(e) zich in een verhouding van ondergeschiktheid tot een van de procespartijen bevindt (bijvoorbeeld in het geval van de werkgever van de echtgeno(o)t(e) van de rechter die voor de rechter zou verschijnen).

- h Het geval waarin er sprake is van nauwe vriendschapsbanden of van een notoire vijandigheid tussen de rechter en een van de procespartijen*

Ook in geval van nauwe vriendschapsbanden, of integendeel, notoire animositeit tussen de rechter en een van de procespartijen bestaat het risico dat het onafhankelijk en onpartijdig

<sup>172</sup> Cass. civ. 6 december 1978, D. 1979, IR 480.

<sup>173</sup> Cass. civ. 11 september 2003, Bull.civ. II, nr. 258.

<sup>174</sup> Cass. civ. 3 juli 1985, Bull.civ. II, nr. 133.

oordeelsvermogen van de rechter bezwaard is, en mag hij om die reden geen kennis nemen van de zaak.

Het gegeven dat de magistraat die kennisneemt van een zaak, gedineerd heeft met verschillende personen, waaronder een van de procespartijen, vormt op zichzelf niet het bewijs van notoire vriendschapsbanden tussen de rechter en die procespartij.<sup>175</sup> Alles zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

Ook het feit dat de rechter lid is van een vakvereniging die zich heeft uitgesproken tegen de politieke oriëntatie en het partijprogramma van de Franse extreemrechtse partij Front National, impliceert niet op zichzelf dat de rechter niet meer in staat is om onpartijdig en onafhankelijk kennis te nemen van de voorde-<sup>176</sup>

### 3.2.2.2 Andere gronden?

Het Franse Hof van Cassatie heeft op grond van de rechtstreekse werking van artikel 6 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens bepaald dat deze lijst niet als limitatief kan worden aangemerkt (zie hierna), en dat dus ook andere gronden, rechtstreeks gesteund op artikel 6 EVRM als wrakingsgrond in aanmerking moeten kunnen komen.

## 3.2.3 Overzicht van de wrakingsprocedure voor de strafgerechten<sup>177</sup>

### 3.2.3.1 Voorafgaande opmerkingen

De personen die zich voor de strafrechtbanken kunnen beroepen op een van de wettelijk voorziene wrakingsgronden (zie paragraaf 2.3.2 in dit hoofdstuk), worden limitatief opgesomd in artikel 669 CPP: het gaat om alle personen die hetzij onder wettige verdenking zijn gesteld, hetzij zijn aangehouden, hetzij in beschuldiging zijn gesteld voor de strafgerechten, en om eenieder die als partij betrokken is bij het strafgeding. Daartoe worden onder meer gerekend: het Openbaar Ministerie, personen die civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor de gedraging van de beschuldigde, of de vrijwillig tussenkomende partijen (zoals de verzekeraar).

Op grond van artikel 674 CPP kunnen rechters zich in elk geval verschonen na daartoe voorafgaand toestemming te hebben verkregen van de voorzitter van het hof van beroep waaronder hij of zij ressorteert. Deze voorzitter van het hof van beroep doet slechts uitspraak op advies van de procureur-generaal van het hof van beroep, waardoor er in strafzaken ten minste theoretisch een rem is voorzien op 'oneigenlijke verschoningsverzoeken' (in civiele zaken volstaat de toestemming van de voorzitter van de eigen rechtbank). Personen die niet de hoedanigheid hebben van 'partij' in het strafproces, kunnen niet om de wraking van de rechter verzoeken. Dat is onder meer

<sup>175</sup> Grenoble, 31 mei 1990: *Gaz. Pal.* 1991, 189, m.nt. Renard.

<sup>176</sup> Cass. civ. 24 juni 2004: *Bull. civ. II*, nr. 325.

<sup>177</sup> Zie onder meer: W. Roumier, 'Garantir l'autorité judiciaire contre la mise en cause injustifiée de ses membres', *Droit pénal* nr. 5, Mai 2004, alerte 11; S. Josserand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Parijs: LGDJ 1998; D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Parijs: Cujas 1997; F. De Baets, 'Récusation: crime de lèse magistrat?', *Actualité Juridique Pénal – AJP* 2011, nr. 6.

het geval voor de benadeelde die zich niet als burgerlijke partij heeft gevoegd.<sup>178</sup>

De CPP voorziet verschillende onverenigbaarheden in functies voor de strafrechter, die de strafrechter dus niet mag cumuleren met zijn rechtsprekende functie. Miskenning van deze onverenigbaarheden leidt tot een absolute nietigheid van de strafrechtelijke uitspraak. In strafzaken kan op grond van artikelen 668 en 669 CPP een wrakingsverzoek worden gericht tegen elke magistraat, ongeacht het stadium van de procedure. Artikel 669 CPP voorziet ook de mogelijkheid om een wrakingsverzoek in te dienen tegen de onderzoeksrechter.<sup>179</sup>

Ook tegen andere juridische actoren, zoals tolken, kan een wrakingsverzoek worden ingesteld (zie de artikelen 344, 407 en 535 CPP). De leden van het Openbaar Ministerie kunnen echter niet worden gewraakt in strafzaken (art. 669 lid 2 CPP), dit omdat ze ook de rol vervullen van procespartij in strafzaken.<sup>180</sup> In tegenstelling tot wat het geval is in civiele zaken kunnen ook deskundigen in strafzaken niet gewraakt worden.<sup>181</sup>

### 3.2.3.2 *Wrakingsgronden in strafrechtelijke procedures*

Artikel 668 CPP voorziet negen wrakingsgronden in strafzaken. Deze gronden kunnen in vier categorieën worden gegroepeerd, die hierna worden besproken.

#### 1 *De nauwe band tussen een rechter en een partij*

Deze categorie omvat de gevallen voorzien in artikel 668 sub 1° en 3° CPP. Het gaat om alle gevallen waarin een rechter vrienden of familie zou kunnen bevooroordelen. Het feit dat de rechter bijvoorbeeld inmiddels is gescheiden of dat zijn partner al overleden is, heeft geen invloed op het verbod om kennis te nemen van zaken waarin bijvoorbeeld verwanten van zijn partner betrokken zouden zijn.

#### 2 *De aanwezigheid van belangenvermenging of van tegenstrijdige belangen tussen de rechter en een procespartij*

Deze categorie omvat de gevallen voorzien door artikel 668 sub 2°, 4°, 6°, 7° en 8° CPP. Het gaat om gevallen waarin:

- de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) een persoonlijk belang hebben bij de uitkomst van het geschil;
- er een band van ondergeschiktheid bestaat tussen de procespartij of de rechter of zijn echtgeno(o)t(e);
- de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) of bloedverwanten in rechte lijn betrokken zijn of waren in een rechtsgeding met één of meerdere procespartijen;
- de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) zelf betrokken zijn in een rechtsgeding waarbij een van de partijen optreedt als rechter in hun zaak;

178 Cass. crim. 13 november 2001, *Bull. crim.* 2001, nr. 232 ; Cass. crim. 21 juni 2005, *Bull. crim.* 2005 nr. 181; Cass. crim. 28 maart 2006, *Bull. crim.* 2006, nr. 87.

179 Cass. crim. 20 juli 1972, *Bull. crim.* 1972, nr. 253; Cass. crim. 2 juli 1975, *Bull. crim.* 1975, nr. 176 ; Cass. crim. 4 maart 1998, *Bull. crim.* 1998, nr. 86 ; Cass. crim. 5 januari 2005, *Bull. crim.* 2005, nr. 10.

180 Cass. crim. 6 januari 1998, *Bull. crim.* 1998, nr. 1.

181 Cass. crim. 8 juni 2006, *Bull. crim.* 2006, nr. 172 ; Cass. crim. 26 september 2007, *Bull. crim.* 2007, nr. 226.

- de rechter of zijn echtgeno(o)t(e) een meningsverschil hebben met een procespartij over een rechtsvraag die deel uitmaakt van het geschil.

### 3 *Het feit eerder al kennis te hebben genomen van de zaak door de rechter*

Het feit dat de rechter in een vroegere hoedanigheid al kennis heeft genomen van de zaak, maakt ook een grond van wraking uit voor de strafgerichten, omdat de rechter in dat geval met een zeker vooroordeel van de zaak zou kunnen kennismaken (zie art. 668 sub 5° CPP).

### 4 *De schijn van partijdigheid van de rechter*

De wraking kan in ieder geval worden gevorderd wanneer er omstandigheden aanwezig zijn in de sfeer van de rechter of van zijn echtgeno(o)t(e) die een ernstige schijn van partijdigheid doen vermoeden (art. 668 sub 9° CPP).

## 3.2.4 Niet-limitatief karakter van de wrakingsgronden via de rechtstreekse werking van artikel 6 EVRM

Tot begin jaren negentig van vorige eeuw werden de wrakingsgronden opgesomd door de CPC en de CPP werden beschouwd als 'exclusieve' wrakingsgronden.<sup>182</sup> Deze visie werd echter bekritiseerd omdat ze niet zou stroken met het vereiste van toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter zoals voorzien door artikel 6 EVRM.

Het Franse Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 28 april 1998 vervolgens inderdaad beslist

dat de aan te voeren wrakingsgronden in een civiele procedure door een procespartij niet strikt beperkt moeten blijven tot de gronden die limitatief zijn opgesomd in artikel 341 CPC, maar dat ook gronden die rechtstreeks steunen op artikel 6 EVRM in aanmerking kunnen worden genomen. In de zaak die aan het Franse Hof van Cassatie was voorgelegd, had de feitenrechter beslist dat de eiser geen beroep kon doen op een wrakingsgrond die niet was voorzien door artikel 342 CPC omdat het Franse recht voldoende zou voorzien in de bescherming van het recht op een onpartijdige rechter. Het Hof van Cassatie casseerde deze beslissing, op de grond dat de lijst met wrakingsgronden voorzien in artikel 341 CPP niet noodzakelijk limitatief is, gezien vanuit het gezichtspunt van het recht op toegang tot een onpartijdige rechter op grond van artikel 6 EVRM.<sup>183</sup>

Het Hof van Cassatie heeft hiermee overigens niet de deur wijd open willen zetten voor een doorbreking van de wettelijke wrakingsregeling. Slechts in uitzonderlijke dwingende omstandigheden die aangevoerd én bewezen worden door de verzoeker, zal een wrakingsgrond kunnen aangenomen worden naast de limitatief voorziene gronden op grond van artikel 6 EVRM.<sup>184</sup>

In strafzaken heeft het Hof van Cassatie weliswaar aangenomen dat de wrakingsgronden die zijn opgesomd in artikel 668 CPP limitatief zijn,<sup>185</sup> maar heeft het in andere arresten ook al beslist dat het vereiste van een onpartijdige

<sup>182</sup> Zie in deze zin bijvoorbeeld: Cass. civ. 14 december 1992, *Bull. civ.* II, nr. 314.

<sup>183</sup> Cass. civ. 28 april 1998, *Bull.* 1998, I, nr. 155 ; Cass. civ. 27 mei 2004, *Bull.* 2004, II, nr. 245.

<sup>184</sup> R. Perrot in de noot onder Cass. civ. 28 april 1998, *RTD civ.* 1998, 746.

<sup>185</sup> Cass. crim. 22 november 2005, *Bull. crim.* 2005, nr. 305.

rechter in strafzaken in lijn blijft met de voorwaarden opgelegd door artikel 6 EVRM,<sup>186</sup> waardoor ook in strafzaken onder omstandigheden toch een beroep zou kunnen worden gedaan op een wrakingsgrond die niet in de limitatieve lijst is opgenomen.<sup>187</sup>

### 3.3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?

In beginsel wordt het wrakingsonderzoek beoordeeld door het gerecht dat onmiddellijk hoger in rang is geplaatst dan het gerecht waartoe de gewraakte rechter behoort. In het geval waarin het wrakingsverzoek wordt ingediend tegen een magistraat van het Hof van Cassatie, zal dat hof uitspraak moeten doen in afwezigheid van de betrokken magistraat.<sup>188</sup>

### 3.4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

Conform artikel 342 CPC moet in burgerlijke procedures de wraking worden voorgedragen

zodra de procespartij kennis heeft genomen van de grond tot wraking (*la partie qui veut récuser un juge doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation*) en in ieder geval voor de sluiting van de debatten.<sup>189</sup> Wanneer niet aan dit vereiste is voldaan, wordt het wrakingsverzoek afgewezen als niet-ontvankelijk.

De vraag is al voor het Franse Hof van Cassatie opgeworpen of dit geen strijdigheid kan opleveren met artikel 6 EVRM. Het Franse Hof van Cassatie heeft in voltallige zitting beslist, in zijn arrest van 24 november 2000, dat wanneer een partij de wrakingsprocedure niet aanwendt op een voor haar nuttig ogenblik (dit wil zeggen: zodra ze kennis heeft gekregen van de wrakingsgrond) ze vermoed wordt afstand te hebben gedaan van haar recht om zich op de wrakingsgrond te beroepen.<sup>190</sup> Niettemin wordt in de rechtswetenschap verdedigd, op grond van artikel 6 EVRM, dat in omstandigheden waarin de verzoeker in de absolute onmogelijkheid verkeerde om de wrakingsgrond te kennen voor de sluiting van de debatten, een beroep op wraking mogelijk moet blijven. Het Hof van Cassatie zou daar volgens commentaren in de rechtswetenschap in zijn arrest van 24 november 2000 ook ruimte voor gelaten hebben.<sup>191</sup>

<sup>186</sup> Cass. crim. 18 december 2001, *Bull. crim.* 2001, nr. 273 ; Cass. crim. 12 oktober 2004, *Bull. crim.* 2004, nr. 240; Cass. crim. 15 februari 2005, *Bull. crim.* 2005, nr. 59.

<sup>187</sup> Cass. crim. 6 januari 2000, *Bull. crim.* 2000, nr. 5 ; Cass. crim. 23 maart 2004, *Bull. crim.* 2004, nr. 76.

<sup>188</sup> Cass. civ. 20 juni 1924, *DP* 1926.1.100.

<sup>189</sup> Zie in deze zin: Cass. civ. 4 november 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1. 50; Cass. civ. 30 november 1978, *Bull. civ.* II, nr. 262; Cass. civ. 17 oktober 1990, *Bull. civ.* II, nr. 206.

<sup>190</sup> Cass. ass. plén., 24 november 2000, *Juris-Data*, nr. 2000-007145; *RTD civ.* 2001, p. 192, m.nt. J. Normand.

<sup>191</sup> J. Héron & T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrétien, Parijs 2010, nrs. 1104 en 1105; G. Chabot, 'Exigence d'impartialité du juge et faculté de récusation: la subsidiarité de l'article 6-1 de l C.E.D.H.', *Petites Affiches* 2011; A. Jacquin, 'L'impartialité objective de l'expert judiciaire et sa récusation', *Gazette du Palais* 2003.

De procespartij die een rechter die van haar zaak zal kennisnemen wil wraken, moet daartoe een verzoekschrift opstellen, waarin hij aanduidt welke rechter precies gewraakt moet worden. Hij moet op straffe van nietigheid nauwkeurig alle wrakingsgronden vermelden die het wrakingsverzoek ondersteunen, in voorkomend geval vergezeld van de nodige bescheiden (art. 344 CPC).

De rechter tegen wie de wraking wordt aangezocht, moet individueel aangeduid worden in het verzoekschrift. Dat geldt ook wanneer de wraking van meerdere rechters wordt aangezocht; deze moeten dan individueel worden aangeduid met vermelding van de wrakingsgrond ten opzichte van iedere rechter. Deze regel geldt niet in geval van de procedure van de *renvoi*, waar om de overheveling van de zaak naar een andere rechtbank wordt verzocht (zie paragraaf 5.3 in dit hoofdstuk). Het wrakingsverzoek kan ingediend worden door de procespartij zelf of door haar gemachtigde vertegenwoordiger en wel op twee manieren:

- 1 ofwel wordt het wrakingsverzoek in schriftelijke vorm neergelegd bij de griffie van de rechter tegen wie wraking wordt verzocht;
  - 2 ofwel wordt een mondelinge verklaring gedaan aan de griffier waarvan een aantekening wordt gemaakt in een proces-verbaal door de griffier (art. 344 lid 1 CPC).
- Van het wrakingsverzoek wordt vervolgens een afschrift gegeven aan de procespartij zelf of haar gemachtigde (art. 344 lid 2 CPC).

In strafzaken gelden dezelfde principes; de verzoeker moet onmiddellijk zijn wrakingsverzoek indienen, zodra hij kennis heeft genomen van een grond tot wraking, en dit via een verzoekschrift waarin de magistraat wordt aangeduid van wie de wraking wordt verzocht en een overzicht van de wrakingsgronden, in voorkomend geval met de nodige bewijsstukken (art. 669 CPP).

In strafzaken moet het verzoek op straffe van nietigheid rechtstreeks ingediend worden bij de eerste voorzitter van het hof van beroep (art. 669 CPP). De eerste voorzitter van het appelgerecht geeft dan kennis van het wrakingsverzoek aan de voorzitter van de rechtbank waarin de rechter tegen wie wraking wordt aangezocht, zetelt (art. 670 CPP).

### **3.5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?**

#### **3.5.1 Procedure in civiele zaken**

De griffier bij wie het wrakingsverzoek mondeling of schriftelijk is neergelegd, geeft van dit verzoek een afschrift aan de rechter tegen wie wraking wordt aangezocht in burgerlijke procedures (art. 345 CPC). Vanaf de mededeling van de wrakingsakte aan de rechter worden alle vonnissen en verrichtingen in de zaak geschorst, ook al is het verzoek om wraking niet-ontvankelijk of ongegrond (art. 346 lid 1 CPC). Indien spoedeisend, kan ambtshalve door de rechtbank een nieuwe rechter worden

aangesteld die de nodige (onderzoeks)maatregelen beveelt (art. 346 lid 2 CPC). Benadrukt moet wel worden dat de rechter pas verplicht is om zich van een verdere behandeling van de zaak te onthouden op het ogenblik dat de griffier hem een afschrift geeft van het verzoekschrift tot wraking en niet vanaf het ogenblik dat een procespartij of haar gemachtigde advocaat hem schriftelijk of mondeling heeft laten weten hem te zullen wraken.<sup>192</sup> De vraag die uitgaat van iemand die geen partij in de zaak is, is dus geen eigenlijke vraag om wraking en heeft dus geen schorsende werking.

Binnen acht dagen moet de rechter een schriftelijke verklaring opstellen waarmee hij in de wraking berust of weigert zich van de zaak te onthouden, met zijn antwoord op de middelen van wraking (art. 347 CPC). De verklaring van de rechter hoeft niet aan de wrakende partij te worden betekend of meegedeeld.<sup>193</sup> Deze verklaring maakt van de rechter geen partij in de wrakingsprocedure.<sup>194</sup>

Aanvaardt de rechter zich van verdere behandeling van de zaak te onthouden, dan heeft het verzoek geen voorwerp meer en dient niet naar het appelgerecht te worden verwezen. De rechter wordt dan vervangen door de voorzitter van de eigen rechtbank. Is de rechter niet bereid om zich te verschonen, of antwoordt hij niet binnen de acht dagen, dan wordt het wrakingsverzoek direct behandeld door de bevoegde rechter.

De rechter die van het wrakingsverzoek kennisneemt, zal acht slaan op alle ingediende stukken en beslissen over het verzoek na advies van het Openbaar Ministerie (art. 671 CPC). De procespartijen en de rechter tegen wie wraking is verzocht, krijgen een kopie van de wrakingsbeslissing via de griffier (art. 351 lid 2 CPC).

Wordt het wrakingsverzoek ingewilligd, dan wordt de rechter zo snel mogelijk vervangen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (Tribunal de Grande Instance) (art. 348 CPC *jo* art. 321-34 COJ) (en niet door een rechter van het appelgerecht dat uitspraak deed over de wraking).<sup>195</sup> De geldigheid van de al verrichte proceshandelingen door de gewraakte rechter kan niet aangevochten worden door de procespartijen (art. 354 CPC).

Wordt het wrakingsverzoek afgewezen, dan kan de rechter die over de wraking uitspraak deed een civiele geldboete opleggen tot € 3000, onverminderd een vordering tot vergoeding van de geleden schade die aan de partij van wie het verzoek tot wraking werd afgewezen, kan tegengeworpen worden (art. 353 CPC). Deze bepalingen strekken er uiteraard toe om oneigenlijke of verdragende wrakingsverzoeken te ontmoedigen.<sup>196</sup>

<sup>192</sup> Cass. 10 mei 1989, *JCP* 1990. II. 21469, m.nt. L. Cadiet.

<sup>193</sup> Cass. 19 november 1975, *Bull. civ.* II, nr. 299.

<sup>194</sup> Cass. 21 juni 1989, *JCP* 1990. II. 21469, m.nt. L. Cadiet.

<sup>195</sup> Cass. 3 oktober 1984, *D.* 1985, IR 267, m.nt. P. Julien, *JCP* 1985. II. 20402, m.nt. P. Bizière.

<sup>196</sup> De artikelen die betrekking hebben op procesrechtsmisbruik zijn niet van toepassing op verzoeken tot wraking of renvoi.

### 3.5.2 Procedure in strafzaken

Opmerkelijk (althans vanuit Nederlands perspectief), is dat het verzoekschrift tot wraking in strafzaken niet de verdere behandeling van de zaak door de rechter tegen wie wraking wordt aangezocht, opschort (art. 670 lid 2 CPP). Doel van deze regel is om oneigenlijke wrakingsverzoeken van de in een strafprocedure betrokken partijen te voorkomen. De rechter mag echter beslissen de procedure op te schorten tot uitspraak is gedaan over het verzoek tot wraking. Ook de eerste voorzitter van het hof van beroep kan bevelen dat de debatten worden geschorst en, uiteraard, dat de zaak nog niet in beraad wordt genomen tot uitspraak is gedaan over het wrakingsverzoek (art. 670 alinea 2 CPP). Een procedure tot wraking van een rechter van het Hof van Cassatie in strafzaken heeft echter wel een schorsend effect (art. 674-2 alinea 2 CPP). De voorzitter van het hof van beroep van het rechtsgebied waaronder de rechter ressorteert, geeft vervolgens kennis van het wrakingsverzoek aan de voorzitter van de rechtbank waarin de rechter tegen wie wraking wordt aangezocht zetelt. Deze voorzitter geeft vervolgens kennis van het wrakingsverzoek aan de betrokken rechter zelf. Die rechter zal in een memorie van antwoord aan de voorzitter van het hof van beroep zijn standpunten en visie kenbaar maken over het verzoek tot wraking. De eigen voorzitter van de rechter kan zijn eigen observaties nog toevoegen aan die van de betrokken rechter. De voorzitter

van het hof van beroep doet vervolgens uitspraak over het wrakingsverzoek, na kennisname van de standpunten van alle partijen en de rechter en na advies van het Openbaar Ministerie (art. 671 CPP). Ook wanneer de gewraakte rechter in het wrakingsverzoek berust, is dat dus het geval in strafzaken, dit in tegenstelling tot de procedure in burgerlijke zaken (zie eerder).

Acht de voorzitter het wrakingsverzoek gegrond, dan moet hij een andere rechter aanstellen. Hoewel de CPP niet voorziet in een regeling op dit punt, wordt aanvaard dat onderzoekshandelingen door een onderzoeksrechter voor de beslissing tot wraking van de rechter geldig blijven. Wanneer tijdens de behandeling van de zaak de debatten al waren geopend voor de strafrechter, moeten de debatten na de wraking van de rechter, voor de nieuw aangestelde rechter volledig opnieuw gedaan worden (art. 592 CPP). Wordt het wrakingsverzoek afgewezen, dan moet de voorzitter van het hof van beroep een civiele geldboete opleggen aan de verzoeker, variërend van € 75 tot € 750 (art. 673 CPP). Indien het een verzoek tot wraking van een rechter van het Hof van Cassatie betreft, dan is deze geldboete zoals het geval is in civiele zaken altijd facultatief, maar kan ze steeds oplopen tot de som van € 3000.

### 3.5.3 Procedure van de renvoi

De procedure van de *renvoi* verloopt zoals de wrakingsprocedure in civiele zaken. Het hof

dat uitspraak moet doen over de *renvoi*, moet dit doen binnen de maand nadat het verzoek tot *renvoi* het hof heeft bereikt. Het Openbaar Ministerie moet worden gehoord, maar de partijen hoeven niet te worden opgeroepen. Een kopie van de beslissing wordt overhandigd aan de verzoeker(s) en aan de voorzitter van de rechtbank waarvan de wraking werd aangezocht (art. 359 leden 2 en 3 CPC). Indien het verzoek tot *renvoi* wordt afgewezen, kan de verzoekende partij op grond van artikel 353 CPC veroordeeld worden tot een civiele geldboete en tot een schadevergoeding. Zoals eerder werd uiteengezet wordt de procedure van de *renvoi* gebruikt om de overheveling van de zaak naar een andere rechtbank te realiseren. Artikel 731-2 COJ bevat de bepaling die eerder opgenomen was in artikel 8-2 van de Ordonnantie nr. 58-1273 van 22 december 1958 (*D.* 1959.26), waarvan de tekst luidde: 'de *renvoi* naar een andere rechtbank van zelfde rang kan worden gevraagd in geval van wettige verdenking, openbare veiligheid of wanneer er wrakingsgronden kunnen worden ingeroepen tegen verschillende rechters' (vrije vertaling).<sup>197</sup> Hierna worden deze drie gronden achtereenvolgens besproken.

#### 1 *Renvoi op grond van wettige verdenking* De wetgever heeft niet voorzien in een defini-

tie van de gronden die onder de 'wettige verdenking' kunnen vallen. De rechtspraak wijst uit dat een verzoek tot *renvoi* op grond van wettige verdenking niet snel wordt gehonoreerd. Conform de klassieke rechtspraak van het Hof van Cassatie zal de verzoeker nauwkeurige bewijzen moeten aanvoeren van de verdenking van onpartijdigheid van de bevoegde rechtbank.<sup>198</sup>

De rechtbank die moet oordelen over het verzoek tot *renvoi*, zal moeten nagaan, bij gebrek aan definiëring door de wetgever, of de feiten die zijn aangevoerd door de verzoekende partij, voldoende redenen vormen om aan te nemen dat een rechtbank niet onpartijdig en onafhankelijk van een bepaalde zaak kennis zou kunnen nemen.<sup>199</sup> De wrakingsrechter kan en zal daarbij tegenwoordig ook steunen op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Een geval waarin het verzoek tot *renvoi* bijvoorbeeld werd aanvaard, was dat waarin de vader van de eiser voorzitter geweest was van de rechtbank die kennisgenomen had van de zaak, en met alle rechters van die rechtbank nauw had samengewerkt.<sup>200</sup>

#### 2 *Renvoi op grond van de openbare veiligheid*

Wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht,

197 'Le renvoi à une autre juridiction de même nature et de même degré peut être ordonné pour cause de suspicion légitime, de sûreté publique ou s'il existe des causes de récusation contre plusieurs juges.' (Vrije vertaling: 'De doorverwijzing naar een andere rechtbank van dezelfde rechtsmacht en graad kan gevorderd worden om redenen van wettige verdenking, openbare veiligheid, of wanneer er wrakingsgronden bestaan tegenover meerdere rechters.')

198 Cass. 1 dec. 1925, *Gaz. Pal.* 1926.1.273.

199 Cour d'Appel Rouen, 28 mei 1971, *D.* 1971, 150.

200 Cour d'Appel Rouen, 24 oktober 1968, *D.* 1969.212.

of de openbare orde, in het gedrang zou kunnen komen wanneer de bevoegde rechtbank uitspraak zou doen, kan de procureur-generaal (en alleen hij) bij het Hof van Cassatie bevelen dat de zaak wordt overgeheveld naar een andere rechtbank op grond van artikel 365 CPC. Onnodig om te zeggen dat de procedure van de *renvoi* in deze hypothese nauwelijks toepassing vindt. Onderzoek bracht geen gevallen uit de rechtspraak aan het licht.

### 3 *Renvoi op grond van de aanwezigheid van wrakingsgronden tegen verschillende rechters van de bevoegde rechtbank*

Het geval waarin de 'overheveling' van de zaak naar een andere rechtbank via de *renvoi* het meest wordt toegepast, is dat waar er tegen meer rechters van de bevoegde rechtbank wrakingsgronden zouden kunnen worden ingeroepen. Wanneer er wrakingsgronden zouden spelen ten aanzien van meer rechters die de zaak behandelen, kan het gehele rechtscollege gewraakt worden via de procedure van de *renvoi*. Daartoe volstaat het dat er wrakingsgronden spelen ten aanzien van meer rechters; het bewijs is niet vereist dat het absoluut onmogelijk is voor alle rechters van het rechtscollege om de zaak te behandelen (art. L. 731-2 COJ; art. 364 CPC).

Het is ook mogelijk dat verschillende rechters zich tegelijkertijd verschonen; dan wordt de procedure van de verwijzing naar een andere rechtbank eveneens gevolgd.

Er kan nog worden opgemerkt dat wanneer een procespartij zowel de wraking van één of meer rechters als de *renvoi* van het gehele rechtscollege vraagt, deze partij twee keer kan worden veroordeeld tot een geldboete (wanneer beide verzoeken worden afgewezen).<sup>201</sup>

### 3.6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?

De procedure tot wraking verloopt in Frankrijk niet op tegenspraak, noch in strafzaken noch in burgerlijke zaken. De wrakingsprocedure wordt niet beschouwd als een juridische procedure waarop de vereisten van artikel 6 EVRM van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat de procedure niet op tegenspraak verloopt, en de processtukken niet ter inzage van de partijen worden gelegd.

De vraag werd al voorgelegd aan het Hof van Cassatie of dit uitgangspunt verwoord in artikel 351 CPC, dit wil zeggen: in een civiele zaak, wel de toets van artikel 6 EVRM zou kunnen toestaan. Het Hof gaf hierop een genuanceerd antwoord. In de eerste plaats achtte het hof de vereisten van artikel 6 EVRM in een wrakingsprocedure niet van toepassing omdat het niet zou gaan om een beslissing over de rechten of verplichtingen van partijen.<sup>202</sup> Dit is opmerkelijk omdat dit standpunt afwijkt van de wrakingsprocedures in andere landen, zoals België.

Wel heeft het hof in datzelfde arrest beslist dat de verzoeker geïnformeerd moet worden over de datum waarop de behandeling van de zaak

<sup>201</sup> Cass. civ. 9 maart 1978, *Bull. civ. II*, nr. 69.

<sup>202</sup> Zie: Cass. civ. 10 juni 1998, *Bull. II*, nr. 179, JCP 1999, I, 173, m.nt. L. Cadiet.

zal plaatsvinden, ook al hoeven de partijen en de rechter niet te worden opgeroepen voor de terechtzitting (art. 351 lid 1 CPC).<sup>203</sup> Het Franse Hof van Cassatie heeft verder geoordeeld dat de openbaarheid van de debatten moet worden gerespecteerd.<sup>204</sup> Dit impliceert dat de rechtsgang niet achter gesloten deuren mag plaatsvinden, zelfs wanneer de verzoeker daarom gevraagd heeft (art. 446 CPC). In strafzaken is echter nog geen vergelijkbaar arrest gewezen. Deze principes kunnen dus niet zonder meer in procedures voor de strafrechter worden overgenomen, hoe voor de hand liggend deze ook lijken.

### 3.7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?

Er is niet voorzien in een bijzondere motiveringsplicht door de wrakingsrechter. De gewone motiveringsplicht is van toepassing.

### 3.8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?

Het antwoord op deze vraag ligt vrij genuanceerd. In de gevallen waarin de rechter zich verschoont in civiele zaken en strafzaken (na toelating van de voorzitter van de rechtbank resp. de voorzitter van het hof van beroep), staat geen rechtsmiddel open voor de proces-

partijen tegen de beslissing tot verschoning van de rechter.

In geval van een verzoek tot wraking van de rechter in civiele zaken staat wel een rechtsmiddel open voor de procespartijen tegen de beslissing om het wrakingsverzoek af te wijzen, en wel bij het Hof van Cassatie. Voor de betrokken rechter staat echter geen mogelijkheid open om de beslissing tot wraking te bekritisieren, omdat de betrokken rechter niet beschouwd wordt als een partij in de wrakingsprocedure.

In strafzaken staan geen rechtsmiddelen open tegen de beslissing tot afwijzing van het wrakingsverzoek (ook niet wat de veroordeling tot een civielrechtelijke geldboete betreft) – en ook niet tegen de beslissing tot toewijzing van het wrakingsverzoek.<sup>205</sup> De beslissing is meteen uitvoerbaar (art. 671 CPP).

Wat de *renvoi*-procedure betreft, geldt dezelfde regel: er staan geen rechtsmiddelen open tegen de beslissing tot toewijzing of afwijzing van het verzoek tot *renvoi*.<sup>206</sup>

### 3.9 Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?

#### 3.9.1 Kritiek in de juridische literatuur

De verschillende aanpak van de wrakingsprocedure naargelang het voorwerp van het geschil (burgerrechtelijk of strafrechtelijk)

203 Cass. civ. 10 juni 1998, *Bull. civ. II*, nr. 178. – Cass. civ. 24 februari 2000: *Juris-Data*, nr. 2000-000813; Cass. 2e civ., 28 juni 2001, *Bull. civ. II*, nr. 126; Cass. civ. 13 juni 2002, *Juris-Data*, nr. 2002-014832.

204 Cass. civ. 20 november 1991, *D.* 1992, IR 11.

205 Cass. civ. crim. 14 maart 2001, *Bull. crim.*, nr. 69.

206 Cass. civ. 4 januari 1989, *Bull. civ. II*, nr. 5, *D.* 1989, 278, m.nt. P. Julien.

wordt bekritiseerd in de literatuur, omdat vanuit procesrechtelijk oogpunt en vanuit het oogpunt van de bescherming van de rechten van de rechtzoekende een dergelijk onderscheid niet pertinent zou zijn.<sup>207</sup>

Een ander onderwerp van debat in de literatuur is de vraag of de Franse wrakingsregeling wel of niet voldoende in lijn ligt met de vereisten die uit artikel 6 EVRM volgen.<sup>208</sup> Het betreft dan de volgende vragen:

- of de door de wetgever voorziene gronden voor wraking limitatief zijn (nee);
- of een procespartij een wrakingsverzoek nog kan indienen in burgerlijke zaken na opening van de debatten (nee, tenzij);
- of de wrakingsprocedure zelf onderworpen is aan de vereisten van artikel 6 EVRM (nee).

### 3.9.2 Kritiek van beleidsmakers

Interessant is dat in Frankrijk dezelfde vraag die aan het onderhavige onderzoek ten grondslag ligt in 2004 ook is onderzocht door de Franse tegenhanger van de Raad voor de rechtspraak (de *Conseil supérieur de la magistrature* <sup>209</sup>).

Aan het onderzoek van de Franse *Conseil supérieur de la magistrature* lag de vaststelling ten grondslag dat steeds vaker persoonlijke aanvallen zouden worden gericht tegen magistraten en publieke gezagsdragers in het

algemeen en dat dit een zorgelijke ontwikkeling vormt. Een toenemend aantal magistraten in Frankrijk zou ook persoonlijke beschermingsmaatregelen aanvragen bij de overheid. Er zouden immers steeds vaker gevallen van geweld tegen magistraten plaatsvinden. Een ander uitgangspunt was dat het gezag van rechters en van gezagsdragers de afgelopen decennia in het algemeen flink zou zijn gedaald.

Om die reden verzocht de Franse president aan de *Conseil supérieur de la magistrature* op 25 november 2003 te adviseren met betrekking tot de vraag in welke mate en op welke wijze de procedure tot wraking van de rechters of de procedure van de renvoi wordt aangewend in Frankrijk en welke suggesties de *Conseil supérieur de la magistrature* kon formuleren om een manier van afdoening van wrakingsverzoeken te ontwikkelen die enerzijds recht doet aan het door artikel 6 EVRM beschermde fundamentele recht op een onpartijdige rechter en de mogelijkheid om een rechter te kunnen wraken, en die er anderzijds rekening mee houdt dat er steeds vaker (op oneigenlijke gronden) naar het wapen van de wraking wordt gegrepen, en dat dit het gezag van de rechter als publieke gezagsdrager ondermijnt of dreigt te ondermijnen. De vaststelling van de *Conseil supérieur de la magistrature* was dat het aantal wrakingsver-

207 M. L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 1re éd. 2001, nr. 46.

208 Zie onder meer: Héron & Le Bars 2010, nrs. 1104 en 1105; Chabot 2011; Jacquin 2003; zie ook: J. Héron, 'La Convention européenne des droits de l'homme et la théorie des voies de recours', in: *Etudes offertes à Pierre Drat*, p. 369-399; F. Tulkens & J. Lotarski, 'Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in: *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel: Bruylant 2004, p. 731 e.v.; R. De Gouttes, 'Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme: avancées et résistances', *RTDH* 1995, p. 605-614.

209 Conseil supérieur de la magistrature, zie <<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/118>>.

zoeken in Frankrijk flink is gestegen sinds het eind van de jaren negentig van vorige eeuw (van 170 in 2000 tot 196 in 2001 tot 473 in 2002), en dan vooral de wrakingsverzoeken en verzoeken tot *renvoi* gesteund op de 'wettige verdenking' van de rechter. Ook de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie waaruit volgt dat de lijst van wrakingsverzoeken zoals door de wetgever voorzien niet limitatief is, zou bijdragen aan de stijging van het aantal wrakingsverzoeken op 'andere gronden'. Uit de empirische gegevens leidde de *Conseil supérieur de la magistrature* af dat het aantal afgewezen wrakingsverzoeken evenredig was gestegen in deze periode. Deze toename van het aantal afgewezen wrakingsverzoeken (en van het aantal verzoeken tot *renvoi*) zou volgens de *Conseil supérieur de la magistrature* wijzen op misbruik van de procedure tot wraking en *renvoi*. Drie motieven zouden volgens de Raad ten grondslag liggen aan dergelijk misbruik:

- 1 de poging om de behandeling van de zaak te vertragen en te compliceren;
- 2 de poging van rechtzoekenden om aan forumshopping te doen, waarbij de rechtzoekende zijn eigen rechter probeert te kiezen, althans in elk geval de voor hem als ongunstig gepercipieerde rechters probeert te elimineren;
- 3 de poging om de betrokken rechter in diskrediet te brengen en/of de rechtbank te destabiliseren.

Tegelijk erkende de *Conseil supérieur de la magistrature* dat het bijzonder moeilijk is om

dit oneigenlijk gebruik van de procedure in concrete gevallen te voorkomen, omdat de wraking van de onpartijdige rechter nu eenmaal een grondrecht is voor de rechtzoekende, en over het wel of niet oneigenlijk karakter van de wraking slechts geoordeeld kan worden door de wrakingsrechter zelf nadat de procedure is opgestart (en dus niet al aan de poort). Desondanks heeft de *Conseil supérieur* twee voorstellen uitgewerkt om het oneigenlijk gebruik van de wrakingsprocedure en van de procedure van *renvoi* tegen te gaan, rekening houdend met het belang van artikel 6 EVRM voor de rechtsstaat, en de vereisten die deze bepaling met zich brengt.

Het eerste voorstel bestaat erin om bepaalde wijzigingen door te voeren in de procedure (zie hierna onder a). Het tweede voorstel bestaat erin om de procespartijen te verbieden bepaalde gronden voor wraking of *renvoi* in te roepen door de rechtzoekende (zie hierna onder b); in plaats van een limitatieve lijst met wrakingsgronden (die noodzakelijk opgerecht werd door het Hof van Cassatie om met de vereisten van artikel 6 EVRM in overeenstemming te zijn), zou dus als tegenhanger een limitatieve lijst met 'verboden' wrakingsgronden worden opgesteld. Daarnaast zou volgens de *Conseil supérieur* in ieder geval de geldboete aanzienlijk moeten worden verhoogd in geval van oneigenlijk gebruik van de wrakingsprocedure en, belangrijker nog, ervoor worden gewaakt dat deze geldsom effectief verhaald wordt op de verzoeker.

- a In de eerste plaats stelde de *Conseil supérieur* voor, zoals ook door vele auteurs al is bepleit, om een eenvormige wrakingsregeling te hanteren voor alle rechtsgebieden (dit wil zeggen: de strafrechtelijke en civielrechtelijke wrakingsregelingen op elkaar afstemmen). De voorkeur zou dan uitgaan naar de wrakingsprocedure in strafzaken. De voorzitter van het hof van beroep zou dan over alle wrakingsprocedures uitspraak moeten doen en die uitspraak staat niet meer open voor enig rechtsmiddel (wat de efficiëntie van de procedure verhoogt) en in geval van een verwerping zou hij de verzoeker verplicht veroordelen tot een (voldoende hoge en dus effectieve) civiele geldboete. Dezelfde procedure zou toegepast kunnen worden voor de procedure van de *renvoi*, met kleine aanpassingen waar nodig.
- b Daarnaast zouden bepaalde wrakingsgronden niet meer mogen opgeworpen worden. De *Conseil supérieur* verwijst daarbij naar een geval waarbij een verzoeker de wraking van de rechter verzocht, omdat hij 'van Arabische afkomst en moslim' zou zijn, terwijl de rechter 'de joodse geloofsovertuiging' zou toegedaan zijn, en de rechter daarom niet onpartijdig van de zaak kennis zou kunnen nemen. De *Conseil supérieur* stelde voor om voor dit soort gevallen een limitatieve lijst met 'verboden wrakingsgronden' op te stellen, in welk geval een wrakingsverzoek niet-

ontvankelijk zou kunnen worden verklaard, al bij het indienen ervan. Deze lijst zou heel nauw omschreven specifieke wrakingsgronden moeten bevatten om geen afbreuk te doen aan artikel 6 EVRM. Voorgesteld werd om aan te sluiten bij het grondwettelijke discriminatieverbod op grond van geslacht, geloof, etniciteit, vrijheid van meningsuiting, nationaliteit en dergelijke.

### 3.10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?

Nee. Hoewel het voorstel van de *Conseil supérieur de la magistrature* interessante denklijnen aanreikte, is het niet door de Franse wetgever overgenomen.

### 3.11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?

Hierover bestaan in de procesrechtelijke literatuur op het eerste gezicht geen aanwijzingen. Wel kan verwezen worden naar het voorstel van de *Conseil supérieur de la magistrature*, waarin op een stijgend oneigenlijk gebruik van de procedure van de wraking en de *renvoi* wordt gewezen (ondersteund door empirische

gegevens, weliswaar beperkt tot de periode tot en met 2002), en naar een dalend gezag van rechters en publieke gezagsdragers in het algemeen, samen met een stijgend aantal gevallen van agressie.

### 3.12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?

- De procedure van de *renvoi*, waarbij verzoeker het gehele rechtscollege kan wraken door de vraag tot verwijzing naar een ander rechtsgebied.
- Sanctionering van oneigenlijke wrakingsverzoeken door een geldboete die in strafzaken moet worden opgelegd in geval van afwijzing van het wrakingsverzoek en tussen € 75-750 bedraagt.<sup>210</sup> In civiele zaken kan in zo'n geval een geldboete tot € 3000 worden opgelegd.
- Behandeling van de zaak door een hoger geplaatste rechter die daartoe is aangewezen (te weten de voorzitter van het hof van beroep per rechtsgebied).
- Geen rechtsmiddelen tegen de beslissing in strafzaken; er staat wel cassatieberoep open in andere zaken in geval van een wrakingsprocedure, maar er staan geen rechtsmiddelen open tegen de beslissing tot verschoning en de beslissing tot *renvoi*.
- Korte en vaste termijn waarbinnen het wrakingsverzoek wordt behandeld.
- Limitatieve opsomming van het aantal wrakingsgronden op grond waarvan de rechter zich moet verschonen.
- Geen opschorting van de behandeling van de zaak in strafzaken;<sup>211</sup> niettemin kan worden besloten tot schorsende werking.<sup>212</sup> In civiele zaken wordt de behandeling van de zaak geschorst vanaf de mededeling van de wrakingsakte aan de desbetreffende rechter. Er is een voorziening in geval van spoedeisendheid. Dan kan ambtshalve door de rechtbank een nieuwe rechter worden aangesteld die de nodige (onderzoeks)maatregelen beveelt.

210 Tenzij het wraking betreft van een rechter van het Hof van Cassatie.

211 Tenzij het wraking betreft van een rechter van het Hof van Cassatie.

212 Tenzij het een rechter van het Hof van Cassatie betreft; dan wel schorsende werking.

# Zwitserland

Net zoals in het vorige hoofdstuk, worden hierna twaalf onderzoeksvragen besproken waarmee de hoofdlijnen van de wrakingsregeling naar Zwitsers recht kunnen worden gekenschetst. De Zwitserse wrakingsregeling is per 2011 gewijzigd in het kielzog van een grootschalige wetgevingsoperatie waarmee het straf- en civiel procesrecht, tot dan toe kantonaal recht, is gefederaliseerd. De strafrechtelijke en de civielrechtelijke wrakingsregeling zijn bovendien in hoge mate geharmoniseerd, zodat tegenwoordig van een landelijke wrakingsregeling kan worden gesproken.

## 4.1 Op welke wijze en door wie kan de veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak worden aangekaart?

### 4.1.2 Algemeen

De mogelijke partijdigheid van een rechter kan naar Zwitsers recht op twee manieren aan de orde worden gesteld:

- 1 de rechter zelf neemt het initiatief tot terugtreden. De rechter is verplicht zich te verschonen ('in den *Ausstand* treten') als er een *Ausstandgrund* op hem van toepassing is;
- 2 (een van de) partijen in het geding (dient) dienen een verzoek tot wraking ('*Ausstandsgesuch*' of '*Ausstandbegehren*') van de betreffende rechter in, strekkende tot

terugtrekking en vervanging van de rechter, omdat hij partijdig zou zijn.

De Zwitserse procedure tot wraking of verschoning geldt als concretisering van het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter, zoals vastgelegd in artikel 6 lid 1 EVRM en zijn Zwitserse equivalent van artikel 30 lid 1 van de Bundesverfassung.<sup>213</sup> In navolging van het EHRM heeft het Bundesgericht in zijn jurisprudentie de objectief gerechtvaardigde schijn van vooringenomenheid ('*Anschein der Befangenheit*') opgevoerd als belangrijkste criterium bij de beslissing tot wraking of verschoning.<sup>214</sup> In de literatuur en de jurisprudentie wordt continu gewezen op de spanning tussen de wrakingsregeling en het recht op rechterlijke beoordeling. De persoonlijke onpartijdigheid van de rechter is het uitgangspunt en van de *Ausstand* moet niet lichtvaardig gebruik worden gemaakt.<sup>215</sup> Deze spanning heeft een bijzondere betekenis gelet op de Zwitserse staatsinrichting en daaruit voortvloeiende rechterlijke organisatie. Het feit dat de rechtspleging goeddeels op kantonaal niveau plaatsvindt, betekent enerzijds dat het veelvuldig of op grote schaal moeten vervangen van rechters ten gevolge van verschoning en wraking de rechtspleging daadwerkelijk kan verlammen. Anderzijds brengt deze specifiek Zwitserse constellatie mee dat er niet zelden sprake zal zijn van (familie)banden tussen rechters en partijen en dat betekent dat van wraking of verschoning op die grond geregeld sprake is.

<sup>213</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), p. 7272.

<sup>214</sup> M. Keller, 'Strafbehörden, 6. Kapitel: Ausstand', in: Andreas Donatsch et al. (red.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zürich: Schulthess Verlag 2010, p. 266-301, p. 271, onder aanhaling van de jurisprudentie van het Bundesgericht.

<sup>215</sup> Keller 2010, p. 271 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

### 4.1.3 Nadere uitwerking

#### 4.1.3.1 De rechter verschoont zich

De verplichting voor de rechter zich te verschonen indien een van de *Ausstandsgründe* op hem van toepassing is, opgenomen in artikel 46 Schweizerische Zivilprozessordnung (hierna: ZPO); artikel 56 Schweizerische Strafprozessordnung (hierna: StPO)), is de basis van de Zwitserse wrakingsregeling. Het doel hiervan is wrakingsincidenten zoveel mogelijk te voorkomen. Daarom is het aan de rechters om op mogelijke problemen in de sfeer van de onpartijdigheid te anticiperen, en voorafgaand aan de behandeling zelf het initiatief tot *Ausstand* te nemen.<sup>216</sup>

De verschoning is echter niet helemaal aan de rechter zelf. De wetgever heeft willen voorkomen dat een rechter zich op oneigenlijke gronden verschoont om aan behandeling van een moeilijke of pijnlijke zaak te ontkomen. In het bestuurs- en strafproces geldt dat de toepasselbaarheid van een grond tijdig aan de afdelingsvoorzitter resp. de 'Verfahrensleitung' moet worden medegedeeld (art. 34 Bundesgerichtsgesetz (hierna: BGG) resp. art. 58 StPO). Artikel 48 ZPO luidt: 'Die betroffene Gerichtsperson legt einen möglichen Ausstandsgrund rechtzeitig offen und tritt von sich aus in den Ausstand, wenn sie den Grund als gegeben erachtet'. In de literatuur wordt aangenomen dat dit een mededelingsplicht aan de partijen meebrengt, opdat de *Ausstand*

door een van de partijen alsnog 'streitig' kan worden gemaakt. Dan kan een beoordeling van de verschoning door een andere rechter plaatsvinden (zie art. 50 ZPO, waarin wordt bepaald dat het 'Gericht' beslist over een *Ausstandsgrund* die bestreden wordt).<sup>217</sup> Voor de strafrechter geldt dat een voorgenomen verschoning op 'open' gronden altijd wordt nagetoetst om oneigenlijke verschoning te voorkomen (zie paragraaf 3 in dit hoofdstuk).

#### 4.1.3.2 Een partij dient een wrakingsverzoek in

Als een partij een rechter wil wraken ('den *Ausstand* verlangen', aldus artikel 58 StPO, 'ablehen', (de oude wettelijke term!) aldus art. 49 ZPO), zal dit moeten gebeuren op grond van één (of meer) van de wettelijke *Ausstandsgründe* (zie paragraaf 2 in dit hoofdstuk). Dan is de *Ausstandsgrund* 'geltend gemacht' (zie artikel 50 lid 1 ZPO en artikel 59 lid 1 StPO) en vindt de wrakingsprocedure plaats. Indien het wrakingsverzoek niet op een wettelijke wrakingsgrond stoelt, wordt dat volgens jurisprudentie van het Bundesgericht als 'rechtsmissbräuchlich' beschouwd. Het geldt daarmee als niet 'geltend gemacht', zodat geen wrakingsprocedure hoeft te worden gevoerd.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Botschaft ZPO, p. 7273.

<sup>217</sup> P. Diggelmann, 'Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand, 3.Kapitel: Ausstand', in: Alexander Brunner et al. (red.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar*, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag 2011, p. 283 en 284.

<sup>218</sup> BGE 105 Ib 303 f; zie over deze uitspraak: <<http://agve.weblaw.ch/html/AGVE-2002-32.html>>.

## 4.2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

### 4.2.1 Algemeen

De verschillende rechtsgebieden kennen eigen regels voor wraking en verschoning. Gelet op de harmonisering die heeft plaatsgevonden in het kader van de federalisering van het civiele en strafprocesrecht, is de wettelijke regeling van de *Ausstand* echter grotendeels gelijklopend voor het strafprocesrecht en het civiele procesrecht. Het federale bestuursprocesrecht is daarop aangepast. Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat er nog altijd verschillen bestaan; deze worden beschreven onder paragraaf 3, 4 en 5 in dit hoofdstuk.

De regels voor wraking in burgerlijke zaken zijn vastgelegd in de artikelen 47-51 ZPO. Voor zover burgerlijke gedingen voor het Bundesgericht komen, geldt de wrakingsregeling van de artikelen 34-38 BGG. De wrakingsprocedure in strafzaken wordt geregeld in de artikelen 56-60 StPO.

De wrakingsregeling voor federale bestuurlijke instanties en federale bestuursrechtspraak is te vinden in verschillende bepalingen van het Verwaltungsverfahrensgesetz (hierna: VwVG) en het Verwaltungsgerichtsgesetz (hierna: VGG). Deze laatste wet verklaart de wrakings-

regeling in het BGG (artt. 34-38) van overeenkomstige toepassing. De wrakingsregeling in het niet-federale bestuursprocesrecht is te vinden in het Verwaltungsverfahrensgesetz en het Gerichtsordnungsgesetz, die elk een eigen regeling van *Ausstand* kennen. Op dit moment ligt er een wetsontwerp dat ertoe strekt de regeling van de *Ausstand* over te hevelen naar het Verwaltungsverfahrensgesetz en deze te modelleren naar de regelingen uit de ZPO en de StPO.<sup>219</sup>

Er bestaan geen algemeen geldende protocollen, rechtersregelingen of codes die de regeling van de wrakingsprocedure in Zwitserland aanvullen (de huidige procesrechtelijke wetgeving is ingevoerd per 1 januari 2011, zie daarover paragraaf 10 in dit hoofdstuk). Op kantonale niveau zijn dergelijke regelingen er wel. Zo kent het kanton Baselland een 'Verhaltenskodex' voor de rechters van dit kanton, die hun rechterlijke functie meestal als nevenfunctie uitoefenen. Deze code bevat gedragsvoorschriften ter verzekering van hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zoals de verplichting beslissingen te nemen onafhankelijk van de publieke opinie en de procespartijen, en de eis beïnvloeding door bestuurlijke organen of de schijn daarvan te voorkomen.<sup>220</sup>

219 Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit, Teilrevision Verwaltungsverfahrensgesetz (Ausstand), Konsul\_9098/VE Revision VRG.

220 Verhaltenskodex, Liestal 3, mei 2004.

## 4.2.2 Overzicht van de wrakingsprocedure in het civiele geding

### 4.2.2.1 Voorafgaande opmerkingen

#### a Wie kan wraken?

Iedereen die partij is in een civielrechtelijk geding, kan wraken. Artikel 49 lid 1 ZPO luidt: 'Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen (...)'. De feiten die ten grondslag liggen aan het verzoek tot wraking, moeten vervolgens 'glaubhaft' worden gemaakt (art. 49 lid 1 ZPO).

#### b Wie moet zich verschonen c.q. kan worden gewraakt?

Uitsluitend 'Gerichtspersonen' moeten zich verschonen ingevolge artikel 47 ZPO en kunnen worden gewraakt ingevolge artikel 49 ZPO. De definitie van 'Gerichtspersonen' is te vinden in artikel 34 lid 1 BGG: 'Richters und Richterinnen' alsmede 'Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen'. Voor griffiers geldt de verplichting terug te treden alleen voor zover zij invloed op de beslissing kunnen uitoefenen.<sup>221</sup>

### 4.2.2.2 Wrakingsgronden (art. 47 lid 1, onder a t/m f ZPO)

Zoals het geval was voor de inwerkingtreding van de ZPO, is de opsomming van de wette-

lijke gronden in artikel 47 lid 1 niet limitatief.<sup>222</sup> Aangezien de grond van artikel 47 lid 1 onder f ZPO een 'open' grond is, kunnen daaronder alle denkbare situaties waarin sprake is van (schijn van) vooringenomenheid worden gevat.

#### a De rechter (of griffier) heeft 'ein persönliches Interesse'

Zodra de rechter een persoonlijk belang heeft bij de uitkomst van het geding, mag hij niet deelnemen aan de berechting ervan. 'Interesse' wordt beperkt opgevat; het moet gaan om een onmiddellijk belang.<sup>223</sup>

#### b De rechter (of griffier) is in een andere hoedanigheid werkzaam geweest in de zaak, in het bijzonder als lid van een overheidsorgaan, verlener van rechtsbijstand, zaakgelastigde, getuige of mediator

Deze bepaling betreffende functionele onverenigbaarheden moet voorkomen dat een persoon successievelijk in verschillende hoedanigheden in een geding optreedt. Hoewel van een aantal hier ten voorbeeld genoemde hoedanigheden nog niet geheel duidelijk is welke activiteiten daaronder moeten worden verstaan, is wel duidelijk dat de rechter die in een eerdere of lagere gerechtelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld, onder 'Mitglied einer Behörde' valt. Onder deze grond valt niet de persoon die verschillende rollen tegelijkertijd vervult; deze situatie wordt onder

<sup>221</sup> Diggelmann 2011, p. 269: 'Personen welche an der Entscheidungsfindung direkt beteiligt sind, sei es durch Teilnahme an der Abstimmung, sei es mit beratender Stimme.' Keller 2010, p. 270 en 271, noemt verder als voorbeelden van werkzaamheden waarmee de griffier invloed uitoefent: het doen van een voorstel voor de uitspraak en het redigeren van het oordeel.

<sup>222</sup> De Memorie van Toelichting spreekt van een *beispielartige* opsomming, Botschaft ZPO, p. 7272.

<sup>223</sup> Diggelmann 2011, p. 269 en 270.

de generieke grond van *f* geschaard.<sup>224</sup>

Niet elk eerder optreden in de zaak levert een wrakingsgrond op; deze opvatting van de wetgever ligt ten grondslag aan artikel 47 lid 2 (zie hieronder).<sup>225</sup>

- c De rechter (of griffier) is of was de gehuwde, geregistreerde of feitelijke partner van een partij, haar vertegenwoordiger of van een persoon die als lid van een eerdere instantie in de zaak is opgetreden*

Opmerkelijk is dat de vergelijkbare grond in de BGG en de StPO een net iets andere omschrijving kent; een inmiddels ontbonden huwelijk of partnerschap wordt daarin niet genoemd. De vraag kan nog worden gesteld hoe het bestaan van een feitelijk samenlevingsverband moet worden aangetoond (in de vergelijkbare grond in de BGG is overigens sprake van 'dauernd'), maar daarbij geldt dat het bestaan van een wrakingsgrond niet hoeft te worden bewezen, maar slechts 'glaubhaft' moet worden gemaakt (zie art. 49 lid 1 tweede volzin ZPO).

- d De rechter (of griffier) heeft een familieband met een partij (tot in de derde graad)*

Het gaat in deze grond om zowel 'Verwantschap' als om 'Schwägerschaft' (aangetrouwde familie).

- e De rechter (of griffier) heeft een familieband (tot in de tweede graad), met een vertegenwoordiger van een partij of met een persoon die als lid van een eerdere instantie in de zaak is opgetreden*

In het regeringsontwerp vormden de gronden onder *d* en *e* samen een grond (vergelijkbaar met de grond onder *c* waarin de verwantschap tot in de derde graad werd bepaald. De afstand tussen de rechter en de vertegenwoordiger of eerdere betrokkene hoeft nu minder groot te zijn dan tussen hem en een partij zelf. De wijziging werd beargumenteerd met verwijzing naar de vele nauwe familiebanden binnen kleinere kantons.<sup>226</sup>

- f De rechter (of griffier) zou op andere gronden, in het bijzonder wegens vriendschap of vijandschap met een partij of haar vertegenwoordiger, vooringenomen kunnen zijn*

Deze 'Generalklausel' is, aldus de wetgever, van toepassing indien een bepaalde handelwijze van de rechter naar objectieve maatstaven de schijn van vooringenomenheid wekt. Of de rechter daadwerkelijk partijdig is, doet niet ter zake.<sup>227</sup>

#### **4.2.2.3 Artikel 47 lid 2 ZPO: 'Kein Ausstandgrund für sich allein ist insbesondere die Mitwirkung (...)'**

Niet iedere eerdere bemoeienis van een rechter (of griffier) met een zaak is op zichzelf

<sup>224</sup> Diggelmann 2011, p. 271.

<sup>225</sup> Botschaft ZPO, p. 7272.

<sup>226</sup> Keller 2010, p. 269, merkt daarover op dat deze argumentatie juist tegen de wijziging pleit. Aangenomen kan worden dat de wetgever een versoepeling voor ogen had om te voorkomen dat deze grond telkens verschoning en wraking zou opleveren, terwijl maar een beperkt aantal ambtenaren beschikbaar is.

<sup>227</sup> Botschaft ZPO, p. 7272.

grond tot wraking, aldus de vaste jurisprudentie van het Bundesgericht. De wetgever voegt daaraan toe dat een efficiënte gerechtelijke organisatie en een voortvarende procedure daarvoor de redenen zijn. Om dit te onderstrepen, heeft de wetgever in artikel 47 lid 2 ZPO voorbeelden opgenomen van situaties waarin eerdere betrokkenheid bij een zaak geen wrakingsgrond oplevert. Een wrakingsgrond kan in zo'n situatie alleen van toepassing zijn als er bijzondere omstandigheden voorliggen.<sup>228</sup> Deze omstandigheden moeten van dien aard zijn dat zij het wettelijk vermoeden logenstraffen dat de in artikel 47 lid 2 ZPO genoemde procedures geen (in de woorden van het Bundesgericht) 'Betriebsblindheit' meebrengen. Te denken valt aan een uitspraak waarin de rechter op een voor de uitkomst van de volgende procedure essentieel punt een (voor de onderhavige procedure niet noodzakelijk) standpunt inneemt. In dat geval is immers het jurisprudentiële criterium toepasselijk dat 'sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen.'<sup>229</sup> Het gaat om 'procedures' waarin de rechter tot op zekere hoogte stelling moet nemen of vragen moet beantwoorden die van betekenis zijn voor een volgende of hoofdprocedure (zoals bij het treffen van een voorlopige voorziening en bemiddeling).

#### 4.2.3 Overzicht van de wrakingsprocedure voor de strafgerechten

##### 4.2.3.1 Voorafgaande opmerkingen

*Wie kan wraken?*

Artikel 58 StPO luidt: 'Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen (...)'. Iedere partij in een strafgeding kan dus een wrakingsverzoek indienen. Partij is als gevolg van artikel 104 StPO zowel de verdachte (art. 111), de 'Privatkläger' (art. 118) en (in het eindonderzoek en in hogere instantie) het Staatsanwaltschaft (Openbaar Ministerie), als personen die door de Bonds- of kantonale wetgeving zijn aangewezen om publieke belangen te waarborgen.<sup>230</sup> Ook in het strafproces geldt dat de feiten die ten grondslag liggen aan het wrakingsverzoek, 'glaubhaft' moeten worden gemaakt (art. 58 lid 1 StPO).

*Wie moet zich verschonen c.q. kan worden gewraakt?*

Ingevolge artikel 56 StPO verschoont een 'in einer Strafbehörde tätige Person' zich als een van de in deze bepaling opgesomde gronden (zie hieronder) aan de orde is. Het gaat hier om een breed scala aan personen, in het bijzonder politieambtenaren, ambtenaren werkzaam bij het Staatsanwaltschaft en rechters en griffiers.<sup>231</sup>

Tot een dergelijke brede toepasselijkheid verplichten artikel 6 EVRM en artikel 30 Bundesverfassung niet; daarin is immers slechts

<sup>228</sup> Botschaft ZPO, p. 7272.

<sup>229</sup> BGE 131 I 113.

<sup>230</sup> Keller 2010, p. 290.

<sup>231</sup> Keller 2010, p. 269.

sprake van het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter. Deze bepaling vormt een concretisering van artikel 29 lid 1 van de Bundesverfassung, waarin het recht van eenieder op gelijke en billijke behandeling is vastgelegd.<sup>232</sup>

#### **4.2.3.2 Wrakingsgronden in het strafproces (art. 56 onder a-f StPO)**

De wrakingsgronden van artikel 56 StPO komen vrijwel geheel overeen met de gronden van artikel 47 lid 1 ZPO. Daarom worden zij hier niet opnieuw opgesomd. Zoals eerder is opgemerkt, zijn er enkele verschillen: zo is verschoning of wraking in het strafproces op grond van c (het zijn van een partner van een partij, haar raadsman of een persoon die eerder in de zaak heeft gewerkt) niet aan de orde als het partnerschap is beëindigd. Opvallend is verder dat de wetgever – met betrekking tot de grond onder b – de grondregel heeft geformuleerd dat de rechter die eerdere bemoeienis met de zaak heeft gehad, moet terugtreden,<sup>233</sup> terwijl deze regel ingevolge artikel 47 lid 2 ZPO voor de civiele rechter juist niet als zodanig opgaat.<sup>234</sup> Algemeen geldt dat de toepasselijkheid van een van de wrakingsgronden in het strafproces aan de hand van een veelheid van factoren, en dus met meer omzichtigheid, moet worden beoordeeld, aangezien de regeling van toepassing is op een veelheid van ambtsdragers en ‘Hilfspersonen’ werkzaam in een strafzaak.

Net zoals geldt voor de griffier in een civiel geding, kunnen de gronden ten aanzien van veel van deze personen niet klakkeloos worden toegepast, maar moet beoordeeld worden wat hun ‘Nähe zum Verfahren’ is en in hoeverre deze nabijheid rechtvaardigt dat een bepaalde grond wordt toegepast.<sup>235</sup>

#### **4.2.4 Overzicht van de wrakingsprocedure bij de bestuurlijke instanties**

##### **4.2.4.1 Algemeen**

Het federale bestuursprocesrecht kent een verschoningsplicht voor de persoon die in een bestuursprocedure een besluit (‘Verfügung’) neemt of het besluit voorbereidt (art. 1 lid 1 jo. art. 10 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVG)). Dit zijn personen die werkzaam zijn bij de *Behörden* die de wet in artikel 1 lid 2 opsomt, welke opsomming neerkomt op de ambten en afdelingen van de *Bundesrat*, de *Bundeskanzlei*, de *Bundesverwaltung*; organen van de *Bundesversammlung*, en andere, niet-ambtelijke instellingen voor zover zij publiek-rechtelijke taken voor de *Bund* uitoefenen en verschillende gerechten, waaronder het *Bundesverwaltungsgericht*. Deze bepaling vermeldt niet dat door een partij een wrakingsverzoek kan worden ingediend, maar dat is wel degelijk het geval (zie bijvoorbeeld art. 45 lid 1 VwVG, waarin staat dat *Beschwerde* openstaat tegen het besluit op een wrakingsverzoek).

<sup>232</sup> Keller 2010, p. 268 en 269.

<sup>233</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (StPO) p. 1149.

<sup>234</sup> Hierbij lijkt van belang dat in strafzaken, gelet op de onschuldpresumptie, een bijzonder grote mate van voorzichtigheid moet worden betracht. Op het punt van onverenigbaarheid van functies in het strafproces geldt de jurisprudentie van het EHRM als ijkpunt, zie Keller 2010, p. 274 en 275.

<sup>235</sup> Keller 2010, p. 270.

De VwVG geldt voor een bestreden bestuursbesluit in eerste instantie, maar ook in de fase van *Beschwerde* (artikel 1 lid 1 VwVG), die soms bij een bestuurlijke, soms bij een gerechtelijke instantie plaatsvindt. Kent de desbetreffende *Beschwerdeinstanz* echter een eigen wrakingsregeling, dan is deze van toepassing. In het federale bestuursprocesrecht is de gerechtelijke *Beschwerdeinstanz* primair het *Bundesverwaltungsgericht* (zie art. 47 lid 1 onder b en d VwVG), wat betekent dat de regeling van artikelen 34-38 BGG op de *Ausstand* van toepassing is. Artikel 38 van het *Verwaltungsgerichtsgesetz* (VGG) verklaart namelijk de bepalingen over wraking uit het *Bundesgerichtsgesetz* van overeenkomstige toepassing op het *Bundesverwaltungsgericht*. In artikel 34 lid 1 BGG staan de gronden opgesomd en wordt de definitie van 'Gerichtspersonen' als rechters en griffiers gegeven. Voor het niet-federale bestuursprocesrecht gelden het *Verwaltungsrechtspflegegesetz* en het *Gerichtsordnungsgesetz*, die beide een eigen regeling van *Ausstand* kennen. Op dit moment ligt er een wetsontwerp dat ertoe strekt de regeling van de *Ausstand* over te hevelen naar het *Verwaltungsrechtspflegegesetz* en deze te modelleren naar de regelingen uit de ZPO en de StPO.<sup>236</sup>

#### 4.2.4.2 Gronden

De gronden genoemd in artikel 10 VwVG zijn:

- a een persoonlijk belang;
- b een huwelijk, geregistreerd of feitelijk partnerschap met een partij;

- b-bis een familieband met een partij tot in de derde graad;
- c vertegenwoordiger zijn van een partij of eerder in dezelfde zaak werkzaam zijn geweest;
- d 'aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten'.

Deze gronden zijn vergelijkbaar, maar niet gelijk aan de gronden vastgelegd in de ZPO en de StPO. Er worden minder eisen gesteld, wat niet verwonderlijk is omdat de eis van onpartijdigheid van oudsher niet gelijkelijk van toepassing wordt geacht als het gaat om de beoordeling van een administratief geschil door een bestuursorgaan. Inmiddels wordt in de literatuur aangenomen dat voor bestuursorganen en rechterlijke instanties in beginsel dezelfde maatstaf van onpartijdigheid moet worden aangelegd.<sup>237</sup>

Verder kent de wet nog functionele onverenigbaarheden: in artikel 59 VwVG wordt bepaald dat de *Beschwerdeinstanz* iemand die werkzaam is bij de eerdere instantie of die heeft meegewerkt aan de beslissing in eerdere instantie niet mag belasten met de behandeling van de beroepszaak. Voor de *Bundesrat* als *Beschwerdeinstanz* geldt dat het lid van de Raad tegen wiens departement het *Beschwerde* is gericht, terugtreedt voordat de Raad de beslissing neemt (art. 76 VwVG). In artikel 34 lid 1 BGG staan onder (a) tot en met (e) de gronden voor *Ausstand* opgesomd. Zoals eerder is opgemerkt, is de regeling van de ZPO gemodelleerd naar de regeling in het BGG; de regeling is dan ook vrijwel gelijkluidend aan die van de ZPO. Artikel 34 lid 1

<sup>236</sup> Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit, Teilrevision Verwaltungsrechtspflege (Ausstand), Konsul\_9098/VE Revision VRG.

<sup>237</sup> Keller 2010, p. 268 en de daar aangehaalde literatuur.

BGG kent één wrakingsgrond minder, maar dat is het gevolg van het feit dat de grond over familiebanden (onder d) in de ZPO later in het wetgevingsproces is uitgesplitst in twee afzonderlijke gronden.

In het tweede lid van artikel 34 BGG staat een met artikel 46 lid 2 ZPO vergelijkbare bepaling: deelname aan een eerdere procedure bij het Bundesgericht is op zich geen grond voor *Ausstand*.<sup>238</sup>

#### **4.3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking?**

In artikel 59 StPO worden voor wrakingsverzoeken in strafzaken de instanties aangewezen die over de wrakingsverzoeken beslissen.

Sommige voorgenomen verschoningen en wrakingsverzoeken worden door een hogere instantie beoordeeld, andere niet.

Uit artikel 59 lid 1 StPO volgt dat als een ambtenaar betrokken bij het strafproces in de zin van artikel 56 StPO (waaronder een rechter) meent zich te moeten verschonen of een wrakingsverzoek meent te moeten honoreren op een van de gronden opgesomd in artikel 56 onder (b) tot en met (e) (de 'formele gronden' zoals familiebanden, eerdere betrokkenheid bij de zaak), dit oordeel niet verder wordt getoetst. Het rechtsgevolg van het terugtreden treedt dan automatisch in. Aangezien de aan-

wezigheid van deze gronden eenvoudig is vast te stellen en daarvoor geen nadere afweging nodig is, is de kans zeer gering dat een ambtenaar op een van deze gronden de *Ausstand* gebruikt om van een lastige zaak af te komen.<sup>239</sup> De ambtenaar zal bovendien de toepasselijkheid van de grond ingevolge artikel 57 StPO hebben meegedeeld aan de 'Verfahrensleitung'. Hieronder moet worden verstaan degene(n) die verantwoordelijk is (zijn) voor het strafproces in de desbetreffende fase.<sup>240</sup> De ambtenaar moet vervolgens worden vervangen.<sup>241</sup>

Gaat het echter om een wrakingsverzoek of een voorgenomen verschoning op basis van de 'open' gronden van artikel 56 onder (a) en (f) ('ein persönliches Interesse' en 'aus anderen Gründen'), of verzet de gewraakte ambtenaar zich tegen een wraking op een van de formele gronden, dan beslist de hogere instantie.<sup>242</sup> Dat is het 'Staatsanwaltschaft', als het gaat om wraking of verschoning van politieambtenaren; de *Beschwerdeinstanz* (appelgerecht voor bepaalde beslissingen) als het gaat om wraking van leden van het *Staatsanwaltschaft*, 'Übertretungsstrafbehörden' (ambtenaren van de instantie die strafbare feiten van geringe ernst berecht) en 'erstinstanzlichen Gerichten' (rechtbanken in eerste aanleg); het 'Berufungsgericht' (het 'normale' appelgerecht) als het gaat om leden van de *Beschwerdeinstanz* of afzonderlijke leden van het *Berufungsgericht*

<sup>238</sup> Dit is een codificatie van jurisprudentie, BGE 105 Ib 301 ff.

<sup>239</sup> Keller 2010, p. 294.

<sup>240</sup> Botschaft StPO, p. 1150.

<sup>241</sup> Wie de vervanger aanwijst, regelt het kantonale recht.

<sup>242</sup> Botschaft StPO, p. 1149: deze differentiëring is gestoeld op het voorkomen van een te gemakkelijk ontkomen aan behandeling van de zaak.

en tot slot het Bundesstrafgericht (hoogste beroepsinstantie voor strafzaken) als het gaat om het gehele *Berufungsgericht*.<sup>243</sup>

De civielrechtelijke pendant is iets minder uitgewerkt. Als een partij in een burgerlijk geding een rechter of griffier wraakt en het wrakingsverzoek wordt door de desbetreffende rechter bestreden, dan beslist 'das Gericht', zo wordt in artikel 50 lid 1 ZPO bepaald. Aangezien de wetgever benadrukt dat het kantonale recht bepaalt welk gerecht hier bevoegd is, kan het dezelfde gerechtelijke instantie zijn die over het verzoek beslist, dan wel een hogere instantie.<sup>244</sup> De wetgever heeft wel aangegeven dat de gewraakte rechter zelf niet aan deze beslissing mag deelnemen.<sup>245</sup> Een door de rechter niet betwist wrakingsverzoek wordt dus zonder beslissing van het 'Gericht' ingewilligd.<sup>246</sup>

In het federale bestuursrecht wordt de beslissing over de wraking genomen door de 'Aufsichtbehörde' (het hogere orgaan) of, als het besluit door een 'Kollegialbehörde' is genomen tegen een lid voor wie een wrakingsverzoek wordt ingediend, ditzelfde orgaan zonder de persoon op wie de wraking zich richt (art. 10 lid 2 VwVG). Is de zaak aanhangig voor het *Bundesverwaltungsgericht* of

het *Bundesgericht*, dan geldt ingevolge artikel 37 lid 1 BGG dat als de betreffende rechter of een rechter van dezelfde afdeling de grond bestrijdt, de afdeling zelf over het wrakingsverzoek beslist zonder de betreffende rechter. Ook hier geldt dus dat een wrakingsverzoek waartegen de rechter die het betreft of geen van zijn directe collega's zich niet verzet, niet verder wordt beoordeeld.

#### 4.4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

De algemene norm is dat een wrakingsverzoek moet worden gedaan zodra de wrakende partij kennis heeft van een *Ausstandgrund* (art. 58 lid 1 StPO, art. 49 lid 1 ZPO en art. 36 lid 1 BGG).

In de StPO en in de ZPO is daarbij nog de eis opgenomen dat dit verzoek onverwijld ('unverzüglich'/direct) daarna moet worden gedaan. Volgens vaste jurisprudentie van het Bundesgericht geldt het niet indienen van een wrakingsverzoek onmiddellijk na kennisneming van de wrakingsgrond als afstand van het recht te wraken, en geldt een naar deze maatstaven te laat ingediend verzoek – in het bijzonder als wordt afgewacht tot de uitspraak – als misbruik van recht, waarvan rechtsverwer-

243 Nogmaals, het kantonale recht regelt nog altijd de organisatie van de gerechten, en daarin wordt dus ook aangewezen welke gerechten bijvoorbeeld 'Beschwerdeinstanz' zijn, wie binnen de *Staatsanwaltschaft* hierover beslist, en in welke samenstelling het *Berufungsgericht* beslist, Keller 2010, p. 295.

244 Aldus Diggelmann 2011 p. 287. Zie bijvoorbeeld: art. 101 van de *Gerichtsverfassungsgesetz* Zürich, waarin de *Aufsichtsbehörde* (het hogere gerecht) als beslissende instantie in wrakingskwesties wordt aangewezen.

245 Botschaft ZPO, p. 7273.

246 Zie ook wat in paragraaf 1.2.1 in dit hoofdstuk is opgemerkt over de opvatting dat de rechter zijn verschoning aan partijen moet meedelen om een mogelijkheid van toetsing open te houden.

king het gevolg is.<sup>247</sup> De Memorie van Toelichting bij de ZPO stelt als voorbeeld het geval waarin een partij de toepasselijkheid van een wrakingsgrond tijdens de terechtzitting ontdekt; een wrakingsverzoek zal dan tijdens de zitting moeten worden ingediend, want anders is het wrakingsrecht verwerkt.<sup>248</sup> Overigens bevatte het voorontwerp van de StPO een specifieke aanduiding van wat onverwijld was, namelijk binnen tien dagen. De wetgever heeft uiteindelijk gekozen voor eenzelfde aanduiding als in de ZPO ('ohne Verzug' staat in artikel 58 lid 1 StPO), en heeft daarbij het criterium uit de jurisprudentie van het Bundesgericht ('sobald sie vom Ausstandgrund Kenntnis hat') overgenomen.<sup>249</sup> Wordt de grond pas tijdens de appelprocedure bekend, dan moet volgens jurisprudentie van het Bundesgericht de uitspraak van de eerste rechter nietig verklaard en teruggewezen worden naar de eerste aanleg voor nieuwe berechting, want anders zouden de partijen een instantie mislopen.<sup>250</sup> Als het gaat om een uitspraak waarbij voorlopige hechtenis is bevolen, dan geldt dat onmiddellijke invrijheidstelling plaatsvindt, tenzij daarmee de openbare orde en veiligheid in gevaar zouden worden gebracht.<sup>251</sup> Indien de grond pas na afsluiting van de

procedure (inclusief gewone rechtsmiddelen) wordt ontdekt, is terugtreden en vervangen niet meer aan de orde. De rechtsgevolgen ex artikel 60 StPO, artikel 51 ZPO en artikel 38 BGG, namelijk nietigverklaring en opnieuw uitvoeren van ambtshandelingen (zie paragraaf 5 in dit hoofdstuk), moeten echter nog altijd kunnen worden ingeroepen. Daarom is in artikel 60 lid 3 StPO, artikel 51 lid 3 ZPO en artikel 38 lid 3 BGG bepaald dat daartoe de procedure van herziening moet worden gevolgd.<sup>252</sup>

#### 4.5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?

De bestuursrechtelijke procedure wordt hieronder niet afzonderlijk besproken. De regeling van de ZPO is zodanig gelijklopend aan de (eerdere) regeling van de BGG, dat hier wordt volstaan met de bespreking van de ZPO, en kort verwezen naar de regeling van de BGG.

##### 4.5.1 Procedure in civiele zaken

Ingevolge artikel 49 lid 1 ZPO moet het wrakingsverzoek worden ingediend bij het 'Gericht' (zie ook art. 35 BGG). De feiten die

247 R. Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2001, p. 351; D. Rüetschi, 'Die Pflicht zur unverzüglichen Geltendmachung eines Ausstandgrundes und die Folgen ihrer Verletzung', in: *Jusletter*, 20 december 2010, p. 5. Zie verder: paragraaf 9 in dit hoofdstuk.

248 Botschaft ZPO, p. 7273.

249 Keller 2010, p. 289.

250 Rüetschi 2010, p. 11 en Kiener 2001, p. 369 met verwijzing naar de jurisprudentie.

251 Kiener 2001, p. 370, met verwijzing naar de desbetreffende jurisprudentie.

252 Voor indienen van een herzieningsverzoek geldt geen termijn, maar aangenomen moet worden dat het concept misbruik van recht enige tijdsbeperking stelt, Keller 2010, p. 300 en 301.

ten grondslag liggen aan de aanwezigheid van een wrakingsgrond moeten, volgens de tweede volzin van artikel 49 lid 1 ZPO, 'glaubhaft' worden gemaakt. Dat betekent dat in het verzoek één of meer van de wettelijke wrakingsgronden uit artikel 47 ZPO en de feiten die daartoe aanleiding geven in ieder geval moeten worden aangeduid. Bewijs van deze feiten wordt niet geëist, maar onder omstandigheden kan worden verlangd dat bewijsmateriaal wordt aangedragen om de gestelde feiten te staven.<sup>253</sup> Het is staande jurisprudentie dat een verzoek niet in behandeling wordt genomen als het niet is onderbouwd.<sup>254</sup>

Uit de ZPO kan niet worden afgeleid bij welke instantie het wrakingsverzoek moet worden ingediend. 'Gericht' kan immers duiden op het gerecht waarbij de te wraken rechter of griffier werkzaam is, maar het kan ook de aanduiding zijn van de gerechtelijke instantie die is aangewezen om over wrakingsverzoeken te beslissen (in art. 50 lid 1 wordt immers bepaald dat over een bestreden wrakingsverzoek door het 'Gericht' wordt beslist). Aangezien het kantonale recht bepaalt welke instantie dat is, kan dit ook een ander gerecht zijn dan het gerecht waarbij de te wraken persoon werkzaam is. Het verzoek moet schriftelijk plaatsvinden als

het wordt ingediend voor aanvang van het geding, maar het kan ook tijdens de terechtzitting worden gedaan, indien de partij eerst dan bekend raakt met de toepasselijkheid van een wrakingsgrond. In dat geval mag het verzoek ook mondeling worden gedaan.<sup>255</sup> In dat geval is het 'Gericht' waarbij het verzoek wordt ingediend uiteraard het gerecht waarin de te wraken persoon werkzaam is.

Bij welk gerecht het wrakingsverzoek ook wordt ingediend, het moet aan de betreffende rechter of griffier worden voorgelegd, omdat hij volgens artikel 49 lid 2 ZPO verplicht is zich daarover uit te laten (zie ook art. 36 lid 2 BGG).<sup>256</sup> Dat zal hij moeten doen aan de instantie die over het wrakingsverzoek beslist. Het standpunt maakt de rechter niet tot partij, maar is noodzakelijk omdat de verdere procedure wordt bepaald door de vraag of de rechter het wrakingsverzoek bestrijdt (alleen dan wordt daarover immers een gerechtelijke beslissing genomen) en omdat de beslissende instantie niet veel meer grondslag voor haar beslissing heeft dan het wrakingsverzoek en wat de te wraken persoon daarover te zeggen heeft.<sup>257</sup> Berust de betreffende persoon in de wraking, dan wordt er geen beslissing op voet van artikel 50 ZPO genomen en treedt de

253 Bij afwezigheid van enige onderbouwing hoeft het verzoek volgens de wetssystematiek niet in behandeling te worden genomen, aldus Keller 2010, p. 291. Hij doelt hier denkkelijk op het 'geltend maken' in verband met de wettelijke wrakingsgronden (zie: paragraaf 1.2.2 in dit hoofdstuk) en de verplichting de feiten 'glaubhaft' te maken, welke verplichtingen de opmaat tot de wrakingsprocedure vormen.

254 Rüetschi 2010, p. 8.

255 Botschaft ZPO, p. 7273.

256 In Botschaft ZPO, p. 7273 wordt gesteld dat de persoon in kwestie 'de gelegenheid' heeft een standpunt in te nemen, terwijl in Botschaft StPO, p. 1149 wordt gesproken van een verplichting daartoe. In de literatuur wordt aangenomen dat er ook in een civiele wraking een verplichting daartoe bestaat, omdat deze stellingname de grondslag voor de beslissing vormt. Diggelmann 2011, p. 286.

257 Diggelmann 2011, p. 286.

*Ausstand* van rechtswege in werking. De rechter wordt dan vervangen.

De wrakingsprocedure zelf wordt in de wet niet geregeld. De ZPO bepaalt niet meer dan wie er beslist als de wraking wordt bestreden.<sup>258</sup>

Aangenomen wordt dat het aannemelijk maken van de toepasselijkheid van de wrakingsgrond procedureel geschiedt conform de regels van het 'summarische Verfahren', waarvan snelheid en flexibiliteit de kenmerken zijn. Het gerecht kan een mondelinge of schriftelijke gedachte-wisseling houden. Het principe van hoor en wederhoor moet worden toegepast, zij het dat het daarbij vooral gaat om de partijen in de gelegenheid te stellen om een repliek in te dienen en in beginsel geen mondelinge hoorzitting wordt gehouden.<sup>259</sup> In de literatuur wordt aangenomen dat ook de tegenpartij van de partij die het verzoek heeft ingediend, moet worden gehoord, omdat zij belang erbij heeft haar zienswijze over de, het geding vertragende, wraking kenbaar te maken.<sup>260</sup>

De wet bepaalt niet dat het wrakingsincident de hoofdprocedure opschort, maar dit is in de praktijk meestal wel het geval. De gedachte dat een finale beslissing op het wrakings-

incident nodig is om de hoofdprocedure te kunnen vervolgen, is immers de achtergrond van het introduceren van interlocutoir beroep tegen de wrakingsbeslissing.<sup>261</sup> De ZPO sluit echter niet uit dat de procedure wordt voortgezet; in de literatuur wordt aangenomen dat de mondelinge behandeling kan worden voortgezet als het verzoek eerst in de loop van die mondelinge behandeling wordt gedaan.<sup>262</sup> Als het wrakingsverzoek wordt gehonoreerd, dan kan de nietigheid van ambtshandelingen worden ingeroepen waaraan de gewraakte persoon heeft meegewerkt (art. 51 ZPO). Door deze bepaling worden de proceshandelingen en uitspraken waaraan de gewraakte persoon heeft meegewerkt, nietig verklaard en opnieuw gedaan, voor zover een partij hierom verzoekt binnen tien dagen nadat zij van de wrakingsgrond kennisgenomen heeft.<sup>263</sup> Het gaat hier dus om vernietigbare en niet om van rechtswege nietige handelingen. In uitzonderingsgevallen, in het bijzonder als de rechter een persoonlijk belang bij de zaak had, heeft het Bundesgericht echter de nietigheid van ambtshandelingen aangenomen.<sup>264</sup> In het tweede lid is aangegeven dat op bewijs

258 Dat is overigens onder de ZPO ook het geval als er geen wrakingsverzoek is geweest, maar de rechter zelf op grond van zijn openbaringsplicht ex art. 48 lid 1 ZPO mededeling heeft gedaan van een mogelijk op hem van toepassing zijnde grond, maar, anders dan het gerecht dat de mededeling heeft onderzocht, meent dat de grond in feite niet op hem van toepassing is. Zie Rüetschi 2010, p. 6.

259 Berti 2011, p. 88 en 89.

260 Diggelmann 2011, p. 288.

261 De nieuwe regeling waarin interlocutoir beroep standaard wordt mogelijk gemaakt is geënt op de rechtspraak waarin dergelijk appel werd toegestaan als een finale beslissing over de wraking nodig was om de procedure in de hoofdzaak te kunnen vervolgen, zie: U. Zimmerli, W. Kälin & R. Kiener, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2004, p. 223.

262 Diggelmann 2011, p. 288.

263 Hier is opnieuw een opvallend verschil met de andere wetgeving te zien: onder de BGG, waarnaar de ZPO is gemodelleerd, geldt hetzelfde *momentum ab quo* als in de ZPO, maar geldt een termijn van vijf dagen.

264 Rüetschi 2010, p. 10.

dat is verkregen door proceshandelingen die niet kunnen worden herhaald, acht mag worden geslagen. Het gaat dan bijvoorbeeld om verklaringen van getuigen die zijn overleden.<sup>265</sup>

Voor een oneigenlijke wraking in het civiele proces (of het bestuursproces voor het Bundesgericht) geldt de algemene regeling van artikel 128 lid 3 ZPO (en 33 BGG): ‘böse oder mutwillige Prozessführung’ kan worden bestraft met een boete. Het boetebedrag bedraagt 2000 Zwitserse frank (€ 1665) en bij recidive 5000 Zwitserse frank (€ 4162).

#### 4.5.2 Procedure in strafzaken

Ook wat betreft de bepalingen over de procedure zelf lijkt de regeling van de StPO op die van de ZPO (en de BGG), maar er zijn enkele belangrijke verschillen die hieronder worden aangestipt.

In artikel 58 lid 1 StPO wordt bepaald dat de partij die wil wraken het daartoe strekkende verzoek moet indienen bij de ‘Verfahrensleitung’. Dat hierbij niet gesproken wordt van ‘Gericht’ is niet verwonderlijk, omdat de wrakingsregeling in strafzaken een breed bereik heeft en ook op personen ziet die niet in de gerechten werkzaam zijn. Wie of wat onder ‘Verfahrensleitung’ moet worden verstaan, lijkt dus afhankelijk van de te wraken persoon, maar de vraag is of een wrakingsverzoek niet bij de hogere instantie die over het verzoek moet beslissen, moet worden

ingediend.<sup>266</sup> De wet geeft daarop geen antwoord.

Het verzoek moet schriftelijk worden gedaan. Voor zover de partij eerst op de zitting op de hoogte is gebracht van de toepasselijkheid van een wrakingsgrond en het een ‘Gerichtsperson’ betreft, kan het ook mondeling tijdens de terechtzitting worden gedaan en in het proces-verbaal worden opgenomen.<sup>267</sup>

Ook in strafzaken geldt dat de te wraken persoon een standpunt moet innemen over het wrakingsverzoek (art. 58 lid 2 StPO). Meer nog dan bij de wraking in het civiele geding, geldt dat het standpunt van de betreffende persoon bepalend is voor de vraag wat de gang van zaken na het binnenkomen van het wrakingsverzoek is. Zoals in paragraaf 3 in dit hoofdstuk is besproken, wordt een wrakingsverzoek dat stoelt op de ‘open’ gronden van artikel 56 onder (a) en (f) StPO als gevolg van artikel 59 lid 1 StPO altijd – dus ongeacht of de betreffende persoon aangeeft te berusten – beoordeeld door de in die bepaling aangewezen ‘wrakingsrechter’ (zie vraag 3 in dit hoofdstuk). Als het wrakingsverzoek stoelt op een van de formele gronden (artikel 56 onder (b) tot en met (e)) en de te wraken persoon bestrijdt de toepasselijkheid van deze grond, dan wordt eveneens een beslissing genomen door de ‘wrakingsrechter’.

Evenals onder het regime van de ZPO moeten de feiten die ten grondslag liggen aan het verzoek ‘glaubhaft’ worden gemaakt. Dit betekent dat de verzoeker het niet slechts bij

<sup>265</sup> Keller 2010 en Rüetschi 2010, p. 10. Bij de beslissing het bewijs mee te nemen, zal de rechtbank acht moeten slaan op wie is teruggetreden en welke soorten ambtshandelingen het betreft.

<sup>266</sup> Keller 2010, p. 286 beantwoordt deze vraag met aarzeling bevestigend.

<sup>267</sup> Keller 2010, p. 289.

beweringen mag laten, maar de waarschijnlijkheid moet onderbouwen.<sup>268</sup> Deze eis strekt er enerzijds toe te voorkomen dat oneigenlijke wrakingsverzoeken worden ingediend en dat een onzinnig wrakingsverzoek wordt aangegrepen om aan het behandelen van onwelgevallige strafzaken te ontkomen.<sup>269</sup> Anderzijds ligt aan de beperking die hierin besloten ligt – aannemelijk maken, niet bewijzen – de noodzaak van een snelle afwikkeling van het wrakingsincident ten grondslag.<sup>270</sup> Anders dan onder de ZPO wordt in artikel 59 lid 1 StPO expliciet aangegeven dat over de wraking wordt beslist ‘ohne weiteres Beweisverfahren’. Afgezien van de beslissende instantie en de eisen aan de uitspraak (art. 59 lid 2 StPO) is de procedure, evenals onder de ZPO, niet wettelijk geëxpliciteerd. Wat met betrekking tot hoor en wederhoor in het kader van de wraking in het civiele geding is gezegd, geldt, zo wordt aangenomen in de literatuur, ook voor de wraking in het strafproces. Ook ten aanzien van het wrakingsincident in het strafproces wordt uitgegaan van een principieel schriftelijke procedure.<sup>271</sup>

Een belangrijk gegeven is dat het wrakingsverzoek in het strafproces geen opschortende werking heeft. Ook dit is in hoge mate te verklaren uit het brede bereik van de strafproces-

suele wrakingsregeling. Wrakingsverzoeken vertragen hier immers niet alleen potentieel het eindonderzoek, maar kunnen ook belangrijke vertragende invloed hebben op lopende opsporingsonderzoeken. Om te voorkomen dat kansloze wrakingsverzoeken het onderzoek blokkeren, kan de gewraakte ambtenaar (maar dus ook de zittingsrechter!) gedurende de wrakingsprocedure zijn werkzaamheden in de zaak voortzetten (art. 59 lid 3 StPO).<sup>272</sup> De StPO kent ook een regeling met betrekking tot de gevolgen van een succesvolle wraking, maar die luidt significant anders dan de regeling van artikel 51 ZPO. Volgens artikel 60 StPO moeten verrichtingen waaraan een gewraakte persoon heeft meegewerkt eveneens worden nietig verklaard en herhaald, maar dan alleen als een partij daarom verzoekt binnen vijf dagen nadat zij kennis heeft genomen van de beslissing op het wrakingsverzoek.<sup>273</sup> In artikel 60 lid 2 StPO staat eveneens dat acht mag worden geslagen op de uitkomsten van bewijshandelingen die niet kunnen worden herhaald. In het strafproces kan het om een groter aantal verrichtingen gaan dan in het civiele proces, bijvoorbeeld ook om bewijs verkregen uit opsporingshandelingen met een element van verrassing (doorzoeking van een woning).<sup>274</sup>

268 Keller 2010, p. 290.

269 Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, juni 2001, p. 61.

270 Keller 2010, p. 291.

271 Keller 2010, p. 295.

272 Keller 2010, p. 296.

273 Het verzoek deze handelingen nietig te verklaren, behoeft geen onderbouwing; er bestaat voor de partijen een recht een nietigverklaring te vragen, Keller 2010, p. 299.

274 Keller 2010 en Rüetschi 2010, p. 10. Bij de beslissing het bewijs mee te nemen, zal de rechtbank acht moeten slaan op wie is teruggetreden en welke soorten ambtshandelingen het betreft.

Indien het wrakingsverzoek na een wrakingsprocedure als gevolg van artikel 59 lid 1 StPO wordt afgewezen, of als het kennelijk verdragend of kwaadwillig was, dan wordt de wrakende partij veroordeeld in de kosten van de wrakingsprocedure. Wordt het gehonoreerd, dan zijn de kosten van de procedure voor rekening van het desbetreffende kanton of de Bond.

Deze proceskostenveroordeling als sanctie op een oneigenlijk wrakingsverzoek geldt alleen in het strafprocesrecht.<sup>275</sup> Het gaat daarbij ook alleen om de kosten voor het wrakingsincident zelf. Het betreft hier een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling omtrent kostenveroordeling zoals vastgelegd in artikel 422 e.v. StPO (onkosten van het instellen van het verzoek en de behandeling ervan, zoals administratiekosten voor post en telefoon, bijstand en vertolking).

Deze regeling is dus strenger dan die van de ZPO en de BGG; onder dat regime hebben slechts oneigenlijke wrakingen financiële consequenties voor de wrakende partij. Een oneigenlijk wrakingsverzoek in een civiel of bestuursrechtelijk proces kan worden bestraft met een boete (art. 128 lid 3 ZPO en art. 33 BGG), maar dat is geen reden voor een proceskostenveroordeling van de wrakende partij. Bij een civiel wrakingsincident geldt voor het overige de normale regeling van de proceskostenverdeling: de tarieven worden bepaald in het kantonale recht (art. 96 ZPO), en artikel 106 ZPO geeft als hoofdregel dat de verliezer van het geding in de proces-

kosten wordt veroordeeld, maar volgens artikel 107 ZPO kan de rechtbank hiervan op billijkheidsgronden afwijken. Over de (verdeling van de) proceskosten in het civiele proces beslist de rechtbank in beginsel in de einduitspraak (zie art. 104 lid 1 ZPO), maar het kan ook dat bij een tussenbeslissing (zoals over de wraking) de tot dan toe gemaakte proceskosten al worden verdeeld (art. 104 lid 2 ZPO). Het lijkt er dus op dat de wetgever heeft verkozen in het strafproces niet een boete voor oneigenlijk procederen in te stellen, maar in plaats daarvan de proceskostenveroordeling als ontmoedigingsmaatregel in te zetten.

#### 4.6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?

De wrakingsprocedure geschiedt op tegenspraak, in die zin dat de rechter zich uitlaat over het wrakingsverzoek en dat de wrakende partij daarna indien nodig een mogelijkheid van repliek heeft. In de literatuur wordt aangenomen dat, op grond van hoor en wederhoor, in beginsel ook de tegenpartij(en) moet(en) worden gehoord.<sup>276</sup>

In artikel 37 lid 2 BGG wordt echter expliciet bepaald dat door het *Bundesgericht* zonder horen van de tegenpartij over het wrakingsverzoek kan worden beslist. Voor het strafproces wordt verder betwijfeld of, in het geval er een veelvoud van procespartijen betrokken zijn (zoals *Privatkläger*), het principe van hoor en wederhoor strikte toepassing moet krijgen.<sup>277</sup>

<sup>275</sup> Art. 59 lid 4 StPO bepaalt dat de kosten voor een toegewezen verzoek voor de bond of het kanton zijn, en die van een afgewezen wrakingsverzoek of een verzoek dat tardief of moedwillig is, voor de wrakende partij.

<sup>276</sup> Diggelmann 2011, p. 288; Keller 2010, p. 295.

<sup>277</sup> Keller 2010, p. 295.

#### 4.7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?

In de ZPO en de BGG zijn geen eisen ten aanzien van de wrakingsbeslissing opgenomen. Een 'Entscheid' (waartoe ook 'Zwischen-entscheide' als over wraking behoren) hoeft volgens artikel 239 ZPO in beginsel niet te worden gemotiveerd.<sup>278</sup> Als de wrakingsbeslissing echter in een burgerlijk geding voor het *Bundesgericht* kan worden aangevochten (wat het geval is als de wrakingsbeslissing in hoogste kantonale instantie is genomen, zie vraag 8 in dit hoofdstuk), dan moet deze volgens artikel 112 lid 1 onder b BGG de gronden behelzen. In de literatuur wordt aangenomen dat, nu door artikel 50 lid 2 ZPO beroep openstaat tegen de wrakingsbeslissing (zie paragraaf 8 in dit hoofdstuk), de eisen van schriftelijkheid en motivering ook in het civiel recht gelden.<sup>279</sup> De beslissing op het wrakingsverzoek in strafzaken is volgens artikel 59 lid 2 StPO schriftelijk en gemotiveerd.

#### 4.8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?

Tegen de beslissing een wrakingsverzoek niet te honoreren, kan algemeen afzonderlijk beroep worden ingesteld bij een hogere instantie. Volgens artikel 50 lid 2 ZPO geldt dat tegen de wrakingsbeslissing afzonderlijk beroep

openstaat bij de desbetreffende *Beschwerdeinstanz*. Is de wrakingbeslissing toegekend aan het hoogste kantonale gerecht, dan is beroep op grond van de ZPO uitgesloten, maar staat interlocutoir beroep open bij het *Bundesgericht* op voet van artikel 92 BGG.

De wrakingsbeslissing van de *Aufsichtsbehörde* in het administratief proces is eveneens afzonderlijk aanvechtbaar als gevolg van artikel 45 lid 1 VwVG bij de *Beschwerdeinstanz* (art. 47 VwVG bepaalt welke dat zijn). Tegen een wrakingsbeslissing van het *Bundesverwaltungsgericht* is eveneens volgens artikel 92 BGG afzonderlijk beroep bij het *Bundesgericht* mogelijk. In artikel 92 lid 2 BGG is bepaald dat de wrakingsbeslissing later niet meer kan worden aangevochten; er kan dus niet gelijktijdig met de eindbeslissing in het geding beroep worden ingesteld tegen de wrakingsbeslissing. Tegen een negatieve beslissing op een wrakingsverzoek in een strafproces door de *Beschwerdeinstanz* of het *Berufungsgericht* (wat bij wraking van een strafrechter het geval is) kan afzonderlijk beroep worden ingesteld bij het *Bundesgericht* (art. 92 jo. art. 80 van de BGG).

#### 4.9 Is in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?

In de literatuur en de rechtspraak is kritiek geuit op de onsamenhangendheid van de

<sup>278</sup> Dit principe leidt tot uitzondering als een partij binnen 20 dagen aangeeft een motivering te wensen.

<sup>279</sup> Diggelmann 2011, p. 288.

regeling.<sup>280</sup> Hoewel in de wetsgeschiedenis is vermeld dat de regelingen van de BGG, de StPO en de ZPO zijn geharmoniseerd, zijn deze op onderdelen opvallend verschillend: bijvoorbeeld het verschil tussen het ijkpunt en de termijn voor het innemen van nietigheid van de ambtshandelingen na een geslaagde wraking.

Er is in de literatuur bovendien kritiek op de jurisprudentie van het Bundesgericht, waarin de eis van onverwijldheid van het indienen van een wrakingsverzoek streng wordt geïnterpreteerd: een aanname van afstand van recht en rechtsmisbruik bij niet-onverwijld indienen van het wrakingsverzoek, zou niet stroken met de algemene lijn van het Bundesgericht over afstand van grondrechten (alleen als geen algemeen belang of belang van een derde kan worden geschaad) en niet met de in de wetgeving vastgelegde idee dat *Ausstand* in eerste instantie een ambtshalve opdracht aan de rechter zelf is. De maatstaf zou niet de positieve kennis van de grond moeten zijn, of het ook 'kennis moeten hebben'. De maatstaf zou een aanzienlijk onzorgvuldig handelen van de partij moeten zijn.<sup>281</sup> Bovendien is er in de literatuur kritiek op het standpunt van het Bundesgericht dat partijen geen recht hebben vooraf de namen te vernemen van de gerechtspersonen die hun zaak zullen behandelen.<sup>282</sup>

#### 4.10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?

De regeling van de *Ausstand* was tot voor kort een zaak van de kantons, maar is met de federalisering van het (civiele en straf)procesrecht overgeheveld naar het federale recht. Het voornaamste argument daarvoor was dat de mensenrechtelijke en constitutionele grondslag van de wrakingsregeling meebrengen dat de federale overheid zich de waarborging van de *Ausstand* moet aantrekken, en dat deze grondslag zich niet verdraagt met een verschillende invulling van de regeling in de verschillende kantons.<sup>283</sup>

In het kader van deze omzetting is de regeling van de *Ausstand* ingrijpend aangepast. Per 1 januari 2011 zijn de nieuwe, federale Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) en de Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in werking getreden. De gerechtelijke organisatie, waaronder de regeling van de competentie, is nog altijd onderwerp van kantonale regeling. De wrakingsregelingen uit het federale bestuursprocesrecht zijn en worden inhoudelijk aangepast op de nieuwe straf- en civielrechtelijke regelingen. Deze regelingen zijn op hun beurt geharmoniseerd en sterk gemodelleerd naar de regeling uit het (per 2005 gewijzigde) *Bundesgerichtsgesetz*.<sup>284</sup>

280 Zie bijvoorbeeld: de uitspraak van het Obergericht van Zürich van 3 januari 2012 (II. Zivilkammer RU110052), r.o.

3.2, waarin deze instantie de wetgeving over *Ausstand* 'unsystematisch' noemt en de handhaving willekeurig.

281 Rüetschi 2010, p. 5 en Kiener 2001, p. 360.

282 Rüetschi 2010, p. 8 en 9; Kiener 2001, p. 353.

283 Rüetschi 2010, p. 2, onder aanhaling van jurisprudentie van het Bundesgericht.

284 Botschaft ZPO, p. 7272 en 7273.

Met de wijzingen beoogde de wetgever een efficiënte wrakingsprocedure.<sup>285</sup> De voorheen bestaande tweedeling in dwingende *Ausschliessungsgründe* (verschoningsgronden van formele aard, zoals familiebanden), op basis waarvan van een *judex inhabilis* kan worden gesproken, en optionele *Ablehungsgründe* (wrakingsgronden voor partijen van open aard), op basis waarvan gesproken kan worden van een *judex suspectus* – tegen wie de schijn van partijdigheid bestaat – is daarmee komen te vervallen ten gunste van één categorie: *Ausstandgründe*.<sup>286</sup> De huidige *Ausstandgründe* gelden gelijkelijk als absoluut: als één ervan aan de orde is, moet de rechter zich verschonen; gebeurt dat niet, dan kan een partij de rechter op dezelfde gronden wraken.

Het algemeen streven van de federale wetgever is geweest wrakingsprocedures zoveel mogelijk te voorkomen door een zoveel mogelijk voor het begin van de procedure geregelde *Ausstand* en overigens een voortvarende afwikkeling van de wrakingsprocedure te bevorderen. Uitwerkingen daarvan zijn:

- de ambtsplicht voor de rechter een mogelijke grond direct naar voren te brengen;
- de vernietigbaarheid van ambtshandelingen, gebonden aan een termijn;
- de regeling voor het strafproces dat gedurende de wrakingsprocedure de persoon in kwestie gewoon verder werkt in de zaak;
- bij het ontbreken van verzet van de rechter geen wrakingsprocedure;

- de veroordeling in de proceskosten of een boete bij kennelijk misbruik.

De jurisprudentie van het Bundesgericht van voor de nieuwe wetgeving was al sterk gericht op een snelle afwikkeling door het stellen van strikte termijneisen aan het wrakingsverzoek op straffe van rechtsverwerking en het ontmoedigen van oneigenlijke en niet-onderbouwde wrakingsverzoeken door het niet in behandeling nemen daarvan voor te schrijven.

#### **4.11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

In de literatuur blijkt niet van een probleem van oneigenlijk gebruik in de praktijk, maar de regeling is er wel op gericht oneigenlijk gebruik tegen te gaan.

#### **4.12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- Differentiatie in de procedure naar soort wrakingsgrond: een procedure voor ‘open’ gronden, zoals persoonlijke betrokkenheid of vooringenomenheid, geen procedure voor ‘formele’ kwesties dan wel een meer opgetuigde procedure voor de eerstgenoemde gevallen.

<sup>285</sup> Botschaft ZPO, p. 7272 en Keller 2010, p. 296.

<sup>286</sup> Botschaft StPO, p. 1148.

- Het verbinden van strenge rechtsgevolgen aan een vertraagd ingeroepen wraking of een kennelijk ongegrond verzoek, in het bijzonder het niet in behandeling nemen van een wrakingsverzoek.
- Het systeem van vernietigbaarheid van proceshandelingen, gekoppeld aan een termijn, en het principiële in stand blijven van moeilijke bewijsaspecten.
- Afzonderlijk beroep tegen de wrakingsbeslissing onder verval van beroep samen met de hoofdzaak.
- Veroordeling in de proceskosten of boete bij misbruik.
- Niet-ontvankelijkheid van het verzoek indien het kennelijk ongegrond is.
- De gewraakte persoon kan gedurende de wrakingsprocedure zijn werkzaamheden in de strafzaak voortzetten.

# Analyse en wijzigingsvoorstellen: enkele contouren

## 5.1 Inleiding

Het hiervoor beschreven vergelijkend onderzoek strekt ertoe inspiratie uit de wrakingsregelingen van andere landen op te doen om te komen tot een zodanige aanpassing van de Nederlandse wettelijke wrakingsregeling en het wrakingsprotocol dat beter wordt voldaan aan de belangen van de rechtspraak en de belangen van de partijen en de samenleving. In dit hoofdstuk volgt een vergelijkende analyse van de wrakingsregelingen in Nederland, Frankrijk en Zwitserland om te komen tot de mogelijke contouren voor een aangepaste Nederlandse wrakingsregeling. Daarbij wordt ook kort teruggegrepen op de resultaten van de gestructureerde en gesystematiseerde vergelijkende *quick scan* (opgenomen in bijlage 1). Paragraaf 2 in dit hoofdstuk behandelt nogmaals kort wat er geleerd zou kunnen worden uit de behandelde rechtsstelsels. Daarbij moet nu al vermeld worden dat er hier geen sprake kan zijn – mede omdat gegeven onze doelstelling de noodzaak daartoe ontbreekt – van een rechtsvergelijking ‘pur sang’, in die zin dat wij elk detail uit de drie betrokken landen naast elkaar zouden willen leggen, vergelijken, analyseren en verklaren. De vergelijkende analyse is hier (slechts) bedoeld en ingezet als bron van inspiratie, om nieuwe ideeën op te doen om het eigen recht te verbeteren.<sup>287</sup> Vervolgens gaan we in paragraaf 3 de op die manier blootgelegde elementen nader analyseren; in die zin dat bekeken wordt wat eventueel aansprekend zou kunnen zijn, vanuit de perspectieven die wij hanteren. Die perspectieven zijn intern en extern gericht. Daarbij ziet

het interne perspectief op de adequate en efficiëntie van de wrakingsregeling als zodanig. Dit perspectief staat in het onderhavige onderzoek voorop; hier levert de vergelijking met andere landen ook de nieuwe inzichten op en bovendien inspiratie voor aanpassing van de Nederlandse wrakingsregeling. Het externe perspectief betreft de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de wrakingsregeling. Dat nemen wij in het onderhavige onderzoek waar mogelijk mee om zo de aansluiting bij het empirisch onderzoek verricht door Van Rossum e.a.<sup>288</sup> zo eenvoudig mogelijk te maken. In paragraaf 4 schetsen wij de contouren van een mogelijke nieuwe Nederlandse wrakingsregeling. Daartoe putten wij zowel uit de resultaten van de vergelijkende analyse van Nederland, Frankrijk en Zwitserland als uit de resultaten van de eerdergenoemde *quick scan*. In paragraaf 5 sluiten wij dit hoofdstuk af met een slotoverweging.

## 5.2 Wat zouden wij kunnen leren van de andere rechtsstelsels?

De vraag wat het Nederlandse systeem van wraking zou kunnen leren van de regels en ervaringen daarmee in andere landen, hebben we in de eerste fase van het onderhavige onderzoek tien rechtsstelsels onderzocht in een gestructureerde en gesystematiseerde *quick scan*. Die rechtsstelsels zijn: België (Be), Denemarken (Den), Duitsland (Du), Engeland (en Wales) (En), Frankrijk (Fr), Italië (It), Oostenrijk (Oost), Spanje (Sp), de Verenigde Staten van Amerika (VS) en Zwitserland (Zw). Wat uit deze *quick scan* naar voren is gekomen, laat

287 Dit is een erkend doel van rechtsvergelijking, zie: A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkende onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 16-29.

288 Wibo van Rossum en zijn team doen in opdracht van de Raad voor de rechtspraak, en parallel aan onderhavig onderzoek, een empirisch onderzoek naar het gebruik van de wrakingsregeling in Nederland.

zich samenvatten in onderstaande tabel.<sup>289</sup>  
Deze tabel geeft weer welke kenmerkende,

vernieuwende elementen van de onderzochte  
wrakingsregelingen in de onderzochte landen

**Tabel 1 Schematisch overzicht van elementen van inspiratie uit diverse rechtsstelsels**

| Elementen van inspiratie/Landen                                                             | Be               | Den              | Du               | En               | Fr               | It               | Oost             | Sp               | VS | Zw               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|----|------------------|
| Ondertekening van wrakingsverzoek door een 'gekwalificeerd' advocaat                        | x                |                  |                  |                  |                  |                  |                  | x                |    |                  |
| Geldboete en/of proceskostenveroordeling                                                    | x                |                  |                  | x <sup>290</sup> | x                | x                |                  | x                |    | x                |
| Beoordeling door hogere rechter                                                             | x                |                  | x <sup>291</sup> | x                | x                | x <sup>292</sup> | x <sup>293</sup> | x <sup>294</sup> |    | x <sup>295</sup> |
| Korte, vaste termijnen                                                                      | x                |                  |                  |                  | x                |                  |                  | x                | x  | x                |
| Limitatief opgesomde ('gesloten') wrakingsgronden                                           | x                |                  | x                |                  | x                |                  |                  | x                |    |                  |
| Combinatie van 'open' en 'gesloten' gronden                                                 |                  |                  | x <sup>296</sup> | x                |                  | x                | x                |                  | x  | x                |
| Spoedeisende handelingen mogen verricht worden (evt. door vervangende rechter)              | x <sup>297</sup> | x                | x                |                  | x                |                  | x                |                  |    |                  |
| Behandeling voortzetten (en evt. proceshandelingen later overdoen); geen schorsende werking |                  |                  | x                |                  | x <sup>298</sup> |                  | x <sup>299</sup> | x <sup>300</sup> |    | x <sup>301</sup> |
| Wraken van het gehele college                                                               |                  |                  |                  |                  | x                |                  |                  |                  |    |                  |
| Ontvankelijkheidsoordeel (evt. door instructierechter)                                      |                  |                  | x <sup>302</sup> |                  |                  | x                |                  | x                |    | x                |
| 'Plicht' tot verschoning                                                                    | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x  | x                |
| Rechtsgevolg aan te laat indienen (waiver)                                                  |                  |                  |                  |                  |                  | x                | x                |                  | x  | x                |
| Affidavit (eet)                                                                             |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                  |    | x                |
| Afzonderlijk rechtsmiddel tegen de wrakingsbeslissing (incl. cassatieberoep)                | x <sup>303</sup> | x <sup>304</sup> | x <sup>305</sup> | x                | x <sup>306</sup> | x <sup>307</sup> | x <sup>308</sup> |                  | x  | x                |

289 De onderliggende gegevens zijn te achterhalen via de *quick scan* zoals opgenomen in bijlage 1 en via hoofdstuk 3 en 4 in dit boek.

290 Het betreft één zaak waarin het High Court zelf tot deze sanctie op een oneigenlijk wrakingsverzoek is gekomen.

291 Alleen in zaken over sociale verzekeringen en werkloosheidsverzekeringen.

292 Tenzij wraking van een appelrechter of cassatierechter; dan wordt het wrakingsverzoek beoordeeld door het desbetreffende gerecht, zij het door een andere kamer.

293 Uitsluitend in civiele zaken en bij afwijzing.

294 In enkele specifieke gevallen, zie verder: het landenrapport.

295 In strafzaken bij de 'open' wrakingsgronden, in civiele zaken al naargelang het kantonale recht dat bepaalt, en in bestuursrechtelijke zaken, tenzij het een besluit van een 'Kollegialbehörde' betreft.

296 In strafzaken.

297 Op verzoek van een partij en na beoordeling door de voorzitter van het gerecht.

298 In strafzaken.

299 Alleen bij vermeend oneigenlijk gebruik (vertraging) in civiele zaken.

300 In strafzaken.

301 In strafzaken en mogelijk onder omstandigheden ook in civiele zaken.

302 In strafzaken.

303 Uitsluitend cassatie.

304 Uitsluitend tegen een afwijzing.

305 In civiele zaken en in strafzaken in de vorm van een vereenvoudigde procedure.

306 Uitsluitend in civiele zaken via beroep in cassatie.

307 Uitsluitend cassatie.

308 In civiele zaken in geval van een afwijzing.

voorkomen. Het gaat daarbij om die elementen waarmee de desbetreffende wrakingsregeling zich onderscheidt ten opzichte van de Nederlandse wrakingsregeling. De elementen zijn niet in een specifieke volgorde weergegeven.

Gegeven de keuze om uiteindelijk nader in te zoomen op Frankrijk en Zwitserland – zoals verantwoord in hoofdstuk 1 – is het belangrijk om de specifieke elementen die uit die twee landen naar voren zijn gekomen, nogmaals te belichten, en wel in het licht van de doelstelling van deze studie om – kort gezegd – zowel de adequatie en de efficiëntie als de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de wrakingsprocedure te garanderen. Daarbij zal blijken dat de diverse elementen één of beide perspectieven dienen.

Die aanpak zorgt er overigens meteen voor dat de meeste vernieuwende elementen die elders gevonden zijn, ook meegewogen worden om de simpele reden dat vergelijkbare ideeën als in Zwitserland en Frankrijk ook elders voet aan de grond hebben gekregen. Sterker nog, vrijwel alle vernieuwende elementen die boven tafel gekomen zijn, zijn in die twee landen terug te vinden. Alleen de ondertekening van een wrakingsverzoek door een 'gekwalficeerd' advocaat zoals bekend uit België en Spanje, en de 'affidavit' uit de VS zijn vernieuwende elementen die niet ook in Frankrijk of Zwitserland aan de orde zijn. Wij betwijfelen of het eerstgenoemde kenmerk een nuttige waarborg zou kunnen bieden

tegen oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling. Een advocaat is onafhankelijk van de rechterlijke organisatie en heeft daarmee veelal andere belangen op het oog bij beoordeling en ondertekening van een wrakingsverzoek van een collega-advocaat of een rechtzoekende. Daarnaast zegt de mate van ervaring van de rechtsbijstandsverlener weinig over het gebruik van wraking als instrument.<sup>309</sup> Die ervaring betekent ook niet dat de advocaat een wraking zou kunnen tegenhouden (de cliënt is uiteindelijk de opdrachtgever). Wat resteert, is dat op deze wijze bepaalde advocaten een voorrangspositie krijgen ten opzichte van anderen, puur op basis van anciënniteit en dat is niet te rechtvaardigen. Het tweede genoemde kenmerk verdient evenmin navolging omdat dat een te formele wijze van denken behelst (zie paragraaf 4 in dit hoofdstuk). En zo is het tijd voor een nadere analyse van wat Frankrijk en Zwitserland te bieden hebben.

## 5.3 Nadere analyse van de onderscheiden inspirerende of vernieuwende elementen

### 5.3.1 Financiële sancties?

Vanuit het perspectief van een meer efficiënte benadering van de wrakingsregeling valt op dat zowel Frankrijk en Zwitserland als België, Italië en Spanje misbruik en oneigenlijk gebruik van hun respectievelijke wrakingsregelingen streven tegen te gaan door een vorm van sanctionering. Die sanctionering bestaat

309 Dat blijkt ook uit het onderzoek van Van Rossum e.a. waarin zowel ervaren *repeat players* als ervaren *one shotters* naar voren komen.

uit het verbinden van financiële gevolgen aan misbruik of oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling, namelijk een geldboete en/of (in strafzaken in Zwitserland) een veroordeling in de proceskosten (van het wrakingsincident<sup>310</sup>). Een dergelijke vorm van sanctionering is het overwegen waard. De wetenschap voor de wrakingsverzoeker dat er ook voor hem 'iets' (een financiële sanctie) op het spel staat, zal hem uiteraard een prikkel geven om niet al te lichtzinnig naar de mogelijkheid van wraking te grijpen. Dat bevordert een 'juist' gebruik en dus het beoogde gebruik van de wrakingsregeling. Dat komt de efficiëntie van de wrakingsregeling ten goede omdat die (vooral) wordt gebruikt voor gevallen waarin er ten minste één concrete aanleiding is om te twifelen aan de rechterlijke onpartijdigheid. Hiermee laat de rechtspraak zien dat er een adequaat instrument is om de rechterlijke onpartijdigheid te borgen; dus niet een instrument dat lukraak en zonder enige consequenties door de verzoeker kan worden benut. Het enkele wrakingsverzoek heeft immers al gevolgen voor de rechter die het betreft, de wederpartij in de procedure en de rechtspraak als organisatie en systeem.

Daar staat uiteraard tegenover dat zo'n financiële sanctie tot een te groot afschrikkend effect zou kunnen leiden. Daarmee zou een te grote drempel kunnen worden opgeworpen voor zowel de reële wrakingsverzoeken als de twijfelgevallen. Dat is vanuit het perspectief van de burger niet de bedoeling, want de aanvaardbaarheid bij de bevolking van de wijze waarop de rechterlijke macht omgaat met het ter discussie stellen van de eigen feilbaarheid, zou daar sterk onder lijden.

Een financiële sanctie<sup>311</sup> zal dus niet zo hoog mogen zijn dat er geen effectief rechtsmiddel resteert en een midden moeten vinden tussen prikkelen en afschrikken. Het is mogelijk om die reden dat de boete in Zwitserland 2000 Zwitserse frank bedraagt (ongeveer € 1665 en bij recidive 5000 Zwitserse frank (ongeveer € 4162) en in Frankrijk maximaal € 750 in strafzaken<sup>312</sup> en maximaal € 3000 in civiele zaken. Dit zijn bedragen waaruit niet direct een doelstelling van leedtoevoeging spreekt, maar die wel hoog genoeg zijn om een betrokkene ertoe te bewegen zich vooraf goed rekenschap te geven van wat zijn beweegredenen zijn bij zijn wrakingsverzoek.<sup>313</sup> Vermeldenswaard is nog dat in Spanje de boete

310 Bij de afweging of zo een regeling zou kunnen of moeten worden overgenomen in Nederland, kan in dit verband gedacht worden aan ofwel de kosten van het wrakingsincident als zodanig (in zowel straf-, civiele als bestuurszaken), ofwel (mede) aan de kosten van de oorspronkelijke procedure (in civiele en bestuurszaken). Dat laatste is wellicht nodig omdat de kosten van het wrakingsincident als zodanig in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken toch al aan de verliezer ervan kunnen (en vaak: zullen) worden toebedeeld conform de gewone regels van proceskostenveroordelingen, maar dat gaat wel meteen ook een stuk verder dan wat bijvoorbeeld in Zwitserland is ingevoerd. Het is onzes inziens echter ook niet ondenkbaar omdat de 'wederpartij' hinder van de wrakingspoging zal ondervinden. De kostenveroordeling zou echter niet mogen toevallen aan (een ander deel van) de overheid.

311 Deze zal toevallen aan de staat, niet aan eventuele wederpartijen.

312 En als het gaat om wraking van een rechter van de Cour de Cassation tot € 3000.

313 Dat een financiële sanctie, indien opgelegd, moet worden geïnd en dat dit effectief moet gebeuren, staat daarna buiten kijf.

kan oplopen tot € 6000, maar alleen kan worden opgelegd in geval van een afgewezen wrakingsverzoek waarbij sprake is van kwader trouw. Hier heeft een dergelijke hoge boete wel degelijk een bestraffend karakter. Voor een proceskostenveroordeling naast of in plaats van een boete, zoals in Zwitserland in strafzaken mogelijk is, geldt de voorgaande afweging onverkort. Het is niettemin nuttig om specifiek ook de mogelijkheid van een veroordeling in de proceskosten te bezien, maar wat ons betreft dan vooral voor civiele en bestuursrechtelijke procedures (in strafzaken kan de mogelijkheid van een boete goed worden ingepast en volstaan) en met name voor wat betreft de proceskosten in de hoofdzaak (en niet alleen de kosten van het wrakingsincident<sup>314</sup>), want dat betekent dat ook in dergelijke procedures een instrument beschikbaar is om de lichtvaardig wrakende partij 'op de vingers te tikken'. Het probleem is echter wel dat de wederpartij in de oorspronkelijke zaak dan profiteert van de mislukte wraking (via de proceskostenveroordeling van de oneigenlijke 'wraker' in de hoofdzaak), en er geen genoegdoening komt voor de staat of de rechter in kwestie. Wij zien dat echter niet als onoverkomelijk bezwaar, omdat die wederpartij ook last heeft van de wraking (vertraging van de procedure) en het niet aan de orde is dat de staat of de rechter in kwestie zou moeten worden gecompenseerd. ('Wrakingskosten' zijn als het ware systeemkosten voor de rechterlijke macht en als zodanig

nig bij voorbaat in te calculeren en voor de rechter in persoon mag het tot zijn professionele instelling worden gerekend dat hij kan omgaan met wrakingsverzoeken.)

Bij een eventuele combinatie van een boete en een veroordeling in de proceskosten moet (uiteraard) rekening worden gehouden met het cumulatieve effect van beide financiële sancties. Het geheel zou niet moeten leiden tot een zodanig verschuldigd bedrag dat er de eerdergenoemde afschrikkende werking van uitgaat. In zoverre ligt een dergelijke combinatie dan ook minder voor de hand en is het veel eerder denkbaar om proceskostenveroordelingen in civiele en bestuurszaken te hanteleren en een boete in strafzaken. Dat past ook bij de aard van de bedoelde procedures. De mogelijkheid van een geldboete en/of veroordeling in de proceskosten staat in Zwitserland open bij misbruik en oneigenlijk gebruik.<sup>315</sup> In Frankrijk is het echter niet gekoppeld aan een dergelijk criterium. Daar moet in strafzaken een verzoeker van wie het wrakingsverzoek ongegrond wordt verklaard, worden veroordeeld tot betaling van een geldboete tussen € 75 en € 750.<sup>316</sup> Dat systeem, dat in feite een bijdrage aan de kosten van wrakingsprocedures introduceert, heeft het voordeel van eenvoud in de toepassing, maar ook het nadeel van een gebrek aan flexibiliteit en sluit de mogelijkheid uit van een passende boete in het licht van de ernst van het misbruik en oneigenlijk gebruik en de in de strafzaak op het spel staande belangen. In

314 Zoals gezegd: dit is misschien nodig omdat de kosten van het wrakingsincident als zodanig in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken toch al aan de verliezer ervan, kunnen (en vaak: zullen) worden toebedeeld conform de gewone regels van proceskostenveroordelingen.

315 Men noemt dat 'böse oder mutwillige Prozessführung', zie: hoofdstuk 4.

316 Tenzij het een afgewezen verzoek tot wraking van een rechter van de Cour de Cassation in een strafzaak betreft; in dat geval kan de boete oplopen tot € 3000.

civiele zaken kan een boete tot € 3000 worden opgelegd; het is dan een bevoegdheid van de rechter die het wrakingsverzoek heeft afgewezen die ruimte laat voor het opleggen van een passende boete. Ook in België kan een boete worden opgelegd bij een kennelijk niet-ontvankelijk verzoek, in Italië kan eveneens een (beperkte)<sup>317</sup> boete worden opgelegd bij afwijzing van het wrakingsverzoek en in Spanje bij een wrakingsverzoek te kwader trouw.<sup>318</sup> Aan gezien de strekking van een financiële sanctie is gelegen in het tegengaan van een lichtzinnig of onnodig gebruik van de wrakingsregeling, ligt het voor de hand het voldoen aan een criterium dat daarop betrekking heeft als voorwaarde te stellen.

Om een afweging van belangen in het individuele geval mogelijk te maken, moet het opleggen van een financiële sanctie naar onze mening een discretionaire bevoegdheid te zijn die toekomt aan de wrakingsrechter. Voor een wettelijk vastgelegde, van rechtswege (verplicht) op te leggen financiële sanctie voelen wij niets. Het is de wrakingsrechter die bij uitstek in het individuele geval en rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (waaronder zowel interne belangen van procespartijen als maatschappelijke belangen, zoals de aandacht die een zaak in de media krijgt) maatwerk kan leveren door een toegesneden boete op te leggen en/of proceskostenveroordeling uit te spreken of daarvan in een voorkomend geval af te zien. Op die

wijze kan de rechter bijvoorbeeld ook eenvoudig verdisconteren dat een wrakende partij die zonder gemachtigde of anderszins deskundige bijstand procedeed, mogelijk uit onwetendheid of een overdaad aan emoties tot een rauwelijks wrakingsverzoek komt. Overigens zou in die gevallen ook aan de introductie van een soort 'afkoelingsperiode' kunnen worden gedacht. De rechter die met een rauwelijks wrakingsverzoek wordt geconfronteerd, kan een termijn bepalen na afloop waarvan de verdere behandeling van het verzoek plaatsvindt. Op die manier heeft de alleen procederende particuliere leek een termijn waarbinnen hij zijn wensen nogmaals rustig kan overdenken. De vraag is dan wel hoe de rechter bepaalt dat er sprake is van een dergelijk wrakingsverzoek en hoe het uitstellen van de behandeling van dat verzoek bij de burger overkomt. Het beeld van 'vertragingstactiek door het systeem' kan al snel rijzen en bijdragen aan nieuwe emoties over de gang van zaken. Gelet op de zojuist genoemde doelstelling van een financiële sanctie, ligt een criterium van 'oneigenlijk gebruik' van de wrakingsregeling voor de hand als ingangsvoorwaarde voor de bevoegdheid om een financiële sanctie te verbinden aan een rauwelijks plaatsgevonden wrakingsverzoek.<sup>319</sup> Dit criterium moet een wettelijke basis hebben. Het gaat immers om een financiële sanctie, op te leggen aan een burger. Daarnaast geeft de wetgever met de mogelijkheid van het opleggen van een

317 Van maximaal € 250.

318 De boete kan tussen € 180 en € 6000 bedragen.

319 De maatstaf van 'misbruik van procesrecht' vinden wij te zwaar; daaraan zal niet tot nauwelijks worden voldaan, in elk geval niet als 'misbruik' zo beperkt wordt uitgelegd als in civiele zaken gewoon is. Bovendien wordt die norm in het strafrecht alleen gebruikt in relatie tot het optreden van het Openbaar Ministerie en is daarmee niet direct breder inzetbaar.

financiële sanctie aan de burger aan dat de wrakingsregeling alleen bedoeld is als voorziening voor de (exceptionele) gevallen dat het vertrouwen in de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het geding is, en dus niet bedoeld is om te 'schoppen' tegen het gezag van de rechter als staatsmacht. Daarnaast zal een dergelijk wettelijk criterium en de nadere invulling daarvan in de kamerstukken, het wrakingsprotocol en/of de rechtspraak een belangrijk oriëntatiepunt vormen voor het activeren en het gebruik maken van de bevoegdheid tot beboeting van oneigenlijk wrakingsverzoeken.

Het is daarbij wel van belang dat wordt bepaald wanneer er sprake is van oneigenlijk gebruik; er zal enige invulling gegeven moeten worden aan dit criterium om te bepalen wanneer een financiële sanctie in aanmerking komt. Het lijkt ons aan de rechtspraak om in de concrete omstandigheden van het geval aan te geven wanneer een bepaald wrakingsverzoek moet worden beschouwd als een oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling. Wel kunnen wij bij wijze van voorbeeld enkele gevallen noemen. In Duitsland en Oostenrijk wordt onnodig tijd rekken gezien als oneigenlijk gebruik. De Duitse wetgever beschouwt bovendien het doen van een wrakingsverzoek voor het nastreven van procedurevreemde doelen ('verfahrensfremde Zwecke') als oneigenlijk gebruik. Dit geldt overigens alleen in strafzaken. In Spanje geldt een wrakingsverzoek te kwader trouw als oneigenlijk gebruik. Ook kan worden gedacht aan wrakingsverzoeken

die volgen als reactie op onwelkome inhoudelijke beslissingen (bijvoorbeeld het afwijzen van een verzoek tot het horen van een getuige), want ook daarvoor is de wraking immers niet bedoeld. Los daarvan zouden ook herhaalde wrakingsverzoeken van hardnekkige klagers 'gedekt' moeten zijn, net zoals mischien wrakingsverzoeken gericht tegen (een rechter uit) de wrakingskamer.

Daarbij aansluitend kunnen we vaststellen dat ook de huidige wettelijke wrakingsregeling al aanknopingspunten biedt voor verdere invulling van de norm, waarop kan worden voortgebouwd voor het bepalen van wat oneigenlijk gebruik omvat. In het huidige artikel 37 lid 4 Rv, artikel 513 lid 4 Sv en artikel 8:18 lid 4 Awb wordt immers al gesproken over een 'volgende verzoek' dat niet in behandeling wordt genomen tenzij er nieuwe feiten of omstandigheden zijn aan te wijzen (dat kan als zodanig al een niet-ontvankelijkheidsgrond zijn).<sup>320</sup> En artikel 515 lid 4 Sv kent, net als artikel 39 lid 4 Rv en artikel 8:18 lid 4 Awb, een expliciete 'antimisbruikregeling' door te bepalen dat in geval van misbruik een volgend verzoek niet in behandeling hoeft te worden genomen. Daarmee wordt in die bepalingen de mogelijkheid van misbruik van de wrakingsregeling ook nu al erkend. Daarmee is een belangrijk deel van de gevallen die vallen onder het door ons voorgestelde criterium van oneigenlijk gebruik gedekt. De bestaande praktijk op dit stuk kan dus ook goede diensten bewijzen voor de verdere invulling van wat 'oneigenlijk gebruik' is. Uiteraard is dit criterium meer omvattend;

<sup>320</sup> Zie meer hierover: paragraaf 3.3 in hoofdstuk 2.

het maakt het mogelijk om eerder over te gaan tot oplegging van een financiële sanctie. Anders gezegd: als lagere ingangsvoorwaarde activeert het eerder de bevoegdheid om een financiële sanctie te verbinden aan een lichtzinnig of onnodig wrakingsverzoek. Dat betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat ook van die bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt. Zoals als gezegd, is het in onze optiek aan de wrakingsrechter om aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te beoordelen of en zo ja, welke financiële sanctie passend is. Daarbij voorkomt het criterium van oneigenlijk gebruik dat de wrakingsrechter met lege handen staat wanneer er discussie zou ontstaan of er sprake is van misbruik.

In hoeverre in de besproken landen de boete en/of de proceskostenveroordeling vaak of alleen in uitzonderingsgevallen wordt opgelegd, en of er dan sprake is van enige invloed op het aantal verzoeken, is in de meeste gevallen niet duidelijk geworden omdat de beschikbare bronnen daarover geen valide informatie konden verschaffen. Alleen van de Spaanse regeling is bekend dat de boete wegens een wrakingsverzoek te kwader trouw slechts in uitzonderingsgevallen wordt opgelegd en dat men dan nog ver blijft van het beschikbare boetemaximum.<sup>321</sup> De financiële sanctie van de proceskostenveroordeling wordt in Spanje echter toegepast in ongeveer de helft van de gevallen waarin het wrakingsverzoek is afgewezen.<sup>322</sup> Het gebrek aan duidelijke empirische gegevens

over het benutten van de mogelijkheden een financiële sanctie op te leggen, vormt wat ons betreft overigens geen probleem omdat die aantallen wrakingsverzoeken op zich weinig (kunnen) zeggen over het wel of niet bestaan van mogelijke effecten of invloeden. Het is ons vooral te doen om de prikkels die van het bestaan van zo'n sanctie uit kunnen gaan.<sup>323</sup> Bij de mogelijkheid van een boete of een proceskostenveroordeling bij oneigenlijk gebruik, hoort wellicht ook een (vrijwel) directe niet-ontvankelijkheid van de verzoeker om tijdverlies in de hoofdprocedure zoveel mogelijk te voorkomen. Het Zwitserse recht verbindt dan ook strenge rechtsgevolgen aan een te laat of vertraagd ingeroepen wraking (net als de VS) of een kennelijk ongegrond verzoek, in het bijzonder het niet in behandeling nemen van een wrakingsverzoek (niet-ontvankelijkheid). Dit is vanuit efficiëntieoogpunt een alleszins begrijpelijke regel waar veel voor valt te zeggen. Er is echter een keerzijde. Een dergelijke onmiddellijke niet-ontvankelijkheid kan voor een rechtzoekende en zijn omgeving onbevredigend zijn en het beeld oproepen dat de rechterlijke macht zijn gelederen gesloten houdt door het wrakingsverzoek niet aan een inhoudelijke behandeling te onderwerpen. Echter, wij zijn van mening dat het aan burgers en samenleving goed valt uit te leggen dat oneigenlijke klachten de rechtspraak te veel op de proef stellen en de aandacht en schaarse capaciteit afleiden van waarom het écht gaat. Zonder een voorziening gaan de 'goeden' onder de 'kwaden' leiden. Wanneer bij wet in

321 Namelijk tot € 2000 van het beschikbare boetemaximum van € 6000.

322 Zie: bijlage 1 het landenrapport voor Spanje onder 11.

323 De mogelijke effecten in Nederland zouden dus hoogstens via een evaluatie achteraf kunnen worden onderzocht.

formele zin wordt voorzien in een regeling van onmiddellijke niet-ontvankelijkheid bij oneigenlijk gebruik, zoals eerder is omschreven, van de wrakingsregeling wordt een duidelijke, vooraf kenbare en vaststaande sanctie op dergelijke wrakingsverzoeken gesteld. Zwitserland en Italië zijn hierin voorgegaan. Als een wettelijke discretionaire bevoegdheid wordt gecreëerd om bij oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling een boete op te leggen, dan moet worden voorzien in een rechtsmiddel tegen de beslissing tot boeteplegging.<sup>324</sup> Wij bespreken dat verder in paragraaf 3.7 in dit hoofdstuk.

### 5.3.2 Wie beoordeelt? Een hogere rechter

In Frankrijk (en ook in België) vindt de behandeling en beoordeling van de wrakingszaak plaats door een hoger geplaatste rechter die daartoe is aangewezen. In Zwitserland gebeurt dat ook in strafzaken in de gevallen waarbij de zogenoemde 'open' wrakingsgronden zijn ingeroepen; bij de 'formele' wrakingsgronden volgt geen toetsing. In civiele zaken kan het kantonale recht een hogere rechter aanwijzen als het wrakingsgerecht. In federale bestuursrechtelijke zaken wordt het wrakingsverzoek ofwel behandeld door een hogere instantie, ofwel – bij een besluit door een 'Kollegial-behörde' – door hetzelfde orgaan. In Italië maakt de wrakingsregeling onderscheid tussen soorten zaken. In strafzaken beoordeelt het hof van beroep de wrakingsverzoeken tegen een rechter uit de rechtbank; in andere

gevallen (i.e. een wrakingsverzoek tegen een appelrechter en een cassatierechter) wordt door een andere kamer van hetzelfde gerecht beoordeeld. Evenzo in civiele zaken, en dan over de gehele linie. Ten slotte voorziet ook de Spaanse wrakingsregeling in bepaalde gevallen in een beoordeling van het wrakingsverzoek door een hogere rechter.<sup>325</sup>

In dit verband gaat in Nederland de discussie op dit moment over de vraag of een wrakingskamer van een andere rechtbank of een ander hof moet worden ingeschakeld als er op het niveau van een rechtbank of hof een wrakingsverzoek komt. Dat levert *horizontale* spreiding op. In navolging van Frankrijk, België en deels Zwitserland, en overigens deels ook Italië en Spanje, bepleiten wij een *verticale* spreiding, dat wil zeggen: om omhoog in de keten te kijken. De extra afstand en extra autoriteit die 'de hogere rechter' geniet, kan op het vlak van maatschappelijke aanvaardbaarheid goed uitpakken, zo menen wij. De rechtspraak als geheel laat dan zien dat gestelde schendingen van het fundamentele recht van berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, want dat behelst een wrakingsverzoek in essentie, serieus worden genomen en dat de organisatie een mogelijk eigen tekortschieten op consciëntieuze wijze beoordeelt en daaraan zo nodig rechtsgevolgen verbindt. Het enkele feit dat een hogere rechter dan het optreden van een lagere rechter beoordeelt, laat de rechtzoekende en de samenleving dan zien dat het wrakingsverzoek niet wordt afgewimpeld, maar juist zorgvuldig en

<sup>324</sup> In Frankrijk staat er overigens geen rechtsmiddel open tegen de boeteplegging.

<sup>325</sup> Zie: bijlage 1 het landenrapport voor Spanje onder 3.

met autoriteit en gezag wordt behandeld. Ook het interne perspectief speelt hier mee. In het geval de hogere rechter het wrakingsverzoek afwijst, kan de lagere rechter hierin een stevige bevestiging zien van de juistheid van zijn optreden. Zijn positie om de zaak vervolgens inhoudelijk af te doen, is daarmee door de hogere rechter bekrachtigd. En dat draagt weer bij aan de aanvaardbaarheid van zijn uitspraak voor partijen en samenleving. Wijst de hogere rechter het wrakingsverzoek echter toe, dan geeft een hiërarchisch hoger geplaatst instituut een duidelijk signaal af naar de desbetreffende rechter dat zijn optreden niet aanvaardbaar is geweest. De hogere rechter neemt dan immers in plaats van de lagere rechter de maat en stelt een norm. Daar kunnen die rechter en de rechtspraak als organisatie van leren.

Voor de efficiëntie maakt het in feite weinig uit wie de wraking beoordeelt: deze beoordeling kost rechterlijke tijd, ongeacht wie die tijd besteden moet, hoewel het salaris van een raadsheer natuurlijk wel iets hoger ligt dan dat van een arrondissementsrechter (maar dat zal een overkomelijke hobbel zijn, zo schatten wij in). Organisatorisch maakt het bovendien ook niet uit of de zaak nu naar een andere rechtbank of naar een van de hoven gaat, zeker niet als op reistijd kan worden bespaard door het gebruik van moderne technieken, zoals 'telehoren' en videoconferenties. Het argument van reistijd is overigens weinig sterk als men bedenkt dat partijen helemaal niet woonachtig of verblijvend hoeven te zijn in de

plaats waar het gerecht is gevestigd. Dus ook bij een wrakingsprocedure bij hetzelfde gerecht zal er moeten worden gereisd.

De verdere wrakingsprocedure als zodanig bij de hogere rechter kan straks worden overgenomen uit het bestaande palet aan regels als het om wrakingsprocedures gaat. Omwille van eenduidigheid en duidelijkheid, met name vanuit het externe perspectief van maatschappelijke aanvaardbaarheid, verdient het wel aanbeveling om in elk geval binnen een rechtsgebied een uniforme regeling te treffen waarin wrakingsverzoeken steeds door een hogere rechter worden beoordeeld, tenzij het een wrakingsverzoek betreft tegen een rechter van het hoogste rechtscollege, zoals de Hoge Raad. In dat geval moet een andere kamer van dat hoogste rechtscollege over het wrakingsverzoek beslissen.

Het is eventueel ook verdedigbaar om de behandeling van een wrakingsverzoek door een hogere rechter te beperken tot strafzaken vanwege de belangen van verdachten, slachtoffers en samenleving die bij strafzaken spelen en de (media-)aandacht die strafzaken kunnen krijgen. Wij zijn echter van mening dat de hiervoor genoemde argumenten die pleiten voor beoordeling van een wrakingsverzoek door een hogere rechter evengoed gelden voor het civiele recht en het bestuursrecht. Bovendien zien wij voordelen in een geharmoniseerd stelsel voor alle rechtsgebieden.

Uiteraard zou ook kunnen worden vastgehouden – maar dat heeft zeker niet onze voorkeur (zie ook paragraaf 4 in dit hoofdstuk) – aan het

huidige stelsel waarin het rechterlijk college waarvan de rechter tegen wie een wrakingsverzoek is ingediend deel uitmaakt, het wrakingsverzoek beoordeelt. Een dergelijke regeling is ook niet ongewoon. Zwitserland en Italië kennen naast de gevallen waarin een hogere rechter over het wrakingsverzoek beslist nog steeds dat systeem voor bepaalde gevallen, evenals andere, nog niet genoemde landen (zie tabel 1).

### 5.3.3 Termijnen?

Eveneens vanuit het perspectief van efficiëntie valt op dat verschillende landen korte, strakke termijnen verbinden aan verschillende onderdelen en stadia van hun wrakingsprocedures. De termijnen kunnen zich richten tot de verzoeker of tot het wrakingsgerecht. Bij een vergelijkende analyse van de wrakingsprocedures in Frankrijk, Zwitserland en landen uit de *quick scan* zien wij dat termijnen zijn gesteld op de volgende onderdelen.

- De persoon die een wrakingsverzoek overweegt, moet dat verzoek binnen een bepaalde termijn indienen op straffe van niet-ontvankelijkheid (Frankrijk en Zwitserland, waarbij de termijn is gekoppeld aan het bekend worden van de wrakingsgrond voor verzoeker; zie verder ook België, Spanje en Italië).
- Verzoeker moet binnen een bepaalde, korte termijn de vernietigbaarheid inroepen van proceshandelingen en uitspraken

waaraan de gewraakte rechter heeft meegewerkt (Zwitserland).

- Het wrakingsgerecht moet de wrakingsprocedure binnen een bepaalde termijn behandelen. Dat kan worden gerealiseerd door:
  - wettelijk voor te schrijven binnen welke termijn de gehele wrakingsprocedure moet zijn afgerond;
  - een bepaalde summiere, snelle (wel of niet schriftelijke) procedure voor te schrijven (Zwitserland); of
  - de verschillende proceshandelingen en -stadia aan termijnen te binden (Frankrijk).
- Het vervangen van de gewraakte rechter in het desbetreffende college (Frankrijk en Italië).

Sommige termijnen zijn in dagen gesteld en hebben een fataal karakter. Zo leidt in Zwitserland overschrijding van de termijn van vijf dagen in strafzaken en tien dagen in civiele zaken voor het inroepen van de vernietigbaarheid van proceshandelingen en uitspraken tot niet-inroepbaarheid van dit rechtsgevolg. Andere termijnen behelzen een beperkte beoordelingsmarge, zoals het vereiste om onmiddellijk na kennisneming van de wrakingsgrond het wrakingsverzoek in te dienen (Frankrijk, Zwitserland, België en Italië). En voor weer andere termijnen wordt met een beroep op artikel 6 EVRM betoogd dat die moeten kunnen worden gerelativeerd (Frankrijk).

Voor alle termijnen geldt dat zij een vlotte behandeling en afhandeling van het wrakingsverzoek beogen. Dat ligt ook voor de hand; een wrakingsverzoek betekent dat de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid ter discussie worden gesteld en dat mag niet te lang boven de desbetreffende procedure hangen. Bovendien zijn strakke termijnen van belang ingeval een wrakingsverzoek of -procedure een schorsende werking heeft. Onnodige vertraging van de procedure door het wrakingsverzoek moet zoveel mogelijk worden voorkomen.

Gelet op deze overwegingen vinden wij het niet meer dan vanzelfsprekend dat ook in Nederland termijnen worden gesteld. Daarbij kan zowel bovenstaande indeling van onderdelen waaraan termijnen zijn gebonden als mede aanduiding van soorten termijn tot inspiratie dienen. Op een aantal punten kent de Nederlandse wrakingsregeling overigens al termijnen, zoals het vereiste dat verzoeker zijn wrakingsverzoek doet zodra de feiten en omstandigheden hem bekend zijn geworden (zie artt. 513 lid 1 Sv, 37 lid 1 Rv en 8:16 lid 1 Awb). Ook kan in de uitvoering een voortvarende behandeling worden gerealiseerd. Overall moeten teams 'stand-by' staan om een wrakingsverzoek te kunnen afwikkelen, in beginsel de eerste of tweede werkdag na indiening van het wrakingsverzoek, met een behandeling van de zaak op die dag, en een uitspraak de dag of twee dagen daarna. Dat is een kwestie van efficiënt handelen en handelen dat vertrouwenwekkend zal zijn voor de maatschappij als geheel.

### 5.3.4 Formele en/of open wrakingsgronden?

Naast puur procedurele voorzieningen, zoals termijnen, kan ook een stroomlijning van de wrakingsregeling worden gerealiseerd door deze inhoudelijk net iets anders vorm te geven. In navolging van de wrakingsregelingen van Frankrijk en Zwitserland, maar ook België, Spanje en Italië, kan worden gewerkt met een (wel of niet limitatieve) opsomming van een aantal wrakingsgronden. Een dergelijke opsomming van wrakingsgronden leidt snel(ler) tot duidelijkheid en dat is niet alleen bevorderend voor de efficiëntie, maar is ook van belang voor de justitiabele en de maatschappelijke acceptatie van de wrakingsprocedure, omdat zodoende snel duidelijkheid wordt verkregen. Tegelijkertijd bergt dit wel het gevaar in zich dat er geen recht kan worden gedaan aan een individueel, toevallig net niet geregeld geval. Voor die situaties kan, in navolging van bijvoorbeeld de Zwitserse wrakingsregeling, een vangnet worden gecreëerd door een open, algemeen geformuleerde wrakingsgrond, zoals nu al in de Nederlandse wrakingsregeling het geval is met de algemene wrakingsgrond van wraking '(...) op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden' van de artikelen 36 Rv, 512 Sv en 8:15 Awb.

Aan een opsomming van wrakingsgronden kunnen twee soorten gevolgen worden verbonden. Allereerst kunnen de wrakingsgronden dan ook de gronden zijn waarop de rechter zich moet verschonen (zoals in Zwitser-

land, maar ook in Spanje, waar de optie van verschoning stevig benadrukt wordt<sup>326</sup>), en waarop deze eventueel bij gebrek van een verschoning kan worden gewraakt. Ten tweede heeft men in Zwitserland en de VS gedifferentieerd in de procedure die volgt op de gestelde aanwezigheid van een bepaalde wrakingsgrond. Er is een wrakingsprocedure voor een 'open' grond zoals 'vooringenomenheid' of 'de onpartijdigheid kan redelijkerwijs worden betwist'. Een dergelijke wrakingsprocedure kan schriftelijk plaatsvinden, maar kan ook mondeling en op tegenspraak worden gevoerd. Voor de zogenoemde 'formele' gronden, bijvoorbeeld dat er een familieband tot in een bepaalde graad bestaat, is er dan geen procedure. Dergelijke 'formele' gronden zijn evident en vergen geen uitvoerige behandeling in een wrakingsprocedure. Met een dergelijke naar de soort wrakingsgrond gedifferentieerde wijze van afdoening van een wrakingsverzoek wordt de nodige flexibiliteit bereikt, hoewel deze vorm van differentiatie de regeling ook complexer maakt.<sup>327</sup> Door te opteren voor een stelsel met formele wrakingsgronden waarvan de mogelijke toepasselijkheid zonder procedure kan worden vastgesteld, naast een open wrakingsgrond met een eigen wrakingsprocedure, kan al een relevant deel van de wrakingsverzoeken zeer vlot worden afgedaan. Dat maakt een dergelijk stelsel als geheel efficiënt.

### 5.3.5 Schorsende werking van het verzoek?

Waar het over de verdere behandeling van het wrakingsverzoek gaat, is wezenlijk dat naar Nederlands recht vooralsnog de behandeling van de onderliggende zaak wordt geschorst gedurende de wraking. Dat kan ook anders, zo leren wij van elders. Men kan er bijvoorbeeld voor kiezen – in Frankrijk doet men dat in civiele zaken waarin een wrakingsverzoek, ook de niet-ontvankelijke, leidt tot een volledige schorsing van de procedure – om als er spoed bij is, ambtshalve door de rechtbank een nieuwe rechter te laten aanstellen die de nodige (onderzoeks)maatregelen beveelt. In Denemarken, Duitsland en Oostenrijk kent men dit systeem ook. Aldus kunnen de effecten van de schorsende werking van het indienen van een wrakingsverzoek worden gemitigeerd, en kan worden voorkomen dat een verzoeker de wraking als vertragend instrument gaat inzetten. De rechter heeft zo een instrument in handen om daarop te (kunnen) reageren. Dat is vanuit efficiëntieoverwegingen zonder meer bepleitbaar. Er moet uiteraard ook maatschappelijk draagvlak voor te vinden zijn, maar daar verwachten wij geen problemen. Het gaat hier immers om een correctiemechanisme op de schorsende werking van een wrakingsverzoek, waarbij de rechter in de concrete omstandigheden van het geval en in het licht van de context waarin het wrakingsverzoek wordt gedaan, de bevoegdheid heeft te reageren op gevallen van oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling en/of rekening kan houden

326 Dat geldt ook voor België, Duitsland, Engeland en Frankrijk.

327 De formele benadering in de VS waarbij de rechter zich moet terugtrekken als de verzoeker zijn verzoek door een eed ('affidavit') 'bezworen' heeft, leidt wel tot heel duidelijke en zekere uitkomsten maar niet tot flexibiliteit.

met de mogelijke gevolgen van een wrakingsverzoek voor de wederpartij in de civiele procedure.

Nog een stap verder gaat het om de behandeling van de zaak 'gewoon' voort te zetten na een wrakingsverzoek, om dus geen schorsende werking te accepteren. Frankrijk en Zwitserland kennen deze mogelijkheid. In Frankrijk leidt het indienen van een wrakingsverzoek in strafzaken niet tot een schorsing van het strafproces, al mag de strafrechter wel daartoe overgaan. In Zwitserland (en Spanje) heeft een wrakingsverzoek in strafzaken in elk geval geen opschortende werking en in Zwitserland wordt voor civiele en bestuursrechtelijke zaken aangenomen dat dit doorgaans eveneens het geval is. In Duitsland geldt dat laatste ook voor civiele zaken. En in Oostenrijk heeft het wrakingsverzoek geen schorsende werking in geval van vermeend oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling (bijvoorbeeld als de wraking als verdragings-tactiek dient).<sup>328</sup>

### 5.3.6 Motiveringseisen?

Indien eenmaal een beslissing op een wrakingsverzoek is genomen, rijst nog de vraag of deze beslissing moet worden gemotiveerd. Met een motivering van een rechterlijke beslissing kunnen, zoals bekend, drie functies worden gediend.

- 1 Allereerst de inscherpingsfunctie, waarbij het vooruitzicht van het verantwoording afleggen van zijn beslissing de rechter inscherpt dat hij zijn oordeel moet vormen na een zorgvuldige vaststelling van de feiten, met inachtneming van het recht en na zorgvuldige afweging van alle relevante belangen. De inscherpingsfunctie zorgt voor controle op de eigen oordeelsvorming en draagt dus bij aan de kwaliteit van het rechterlijk oordeel.
- 2 Ten tweede de explicatiefunctie, waarbij de rechter via zijn motivering aan partijen en aan de samenleving uitlegt hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. De rechter legt verantwoording af en dat bevordert de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Hier kan de rechter zelf bijdragen aan het vertrouwen in de rechtspraak. Ook bevordert dit de rechtsvorming doordat inzicht in de gronden en overwegingen waarop de beslissing stoelt, voor anderen (rechters, rechtspractici en rechtswetenschappers) aanknopingspunten bevat voor de verdere ontwikkeling van het recht.
- 3 Ten derde de controlefunctie, waarbij de motivering een hogere rechter in staat stelt te toetsen of het rechterlijk oordeel in overeenstemming met het recht is. Verder stelt het partijen in staat te beoordelen of het zinvol is een eventueel openstaand rechtsmiddel aan te wenden tegen de beslissing.<sup>329</sup>

<sup>328</sup> Een belangrijke variant is dat de tijdens de wrakingsperiode verrichte proceshandelingen later worden overgedaan als blijkt dat de wraking terecht was (Frankrijk en Oostenrijk). Het systeem is er dan dus een van vernietigbaarheid van proceshandelingen, gekoppeld aan een termijn.

<sup>329</sup> Zie onder andere: G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafproces*, Deventer: Kluwer 2011, p. 662 en 663; C.M. Pelser, aant. 3.6 op art. 358 en 359 (suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Uit de vergelijkende analyse van Frankrijk en Zwitserland komt naar voren dat Zwitserland een bijzondere regeling kent voor de motivering van de beslissing op het wrakingsverzoek. In strafzaken moet deze beslissing gemotiveerd zijn, terwijl de beslissing in civiele en bestuurszaken in beginsel niet hoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van de partijen binnen 10 dagen om een motivering verzoekt dan wel wanneer het, in civiele zaken, gaat om een wrakingsbeslissing die bij het Bundesgericht kan worden aangevochten. In deze gevarieerde regeling ziet men een afweging tussen de functies van motiveren en efficiëntie. In strafzaken wordt kennelijk aan de explicatiefunctie richting samenleving meer gewicht toegekend dan in civiele en bestuursrechtelijke zaken; de explicatiefunctie richting partijen is in civiele en bestuursrechtelijke zaken gediend met een motivering op verzoek. Verder wordt in civiele zaken de controlefunctie verlangd als er een rechtsmiddel openstaat, want dan wordt ook een motivering verlangd. In Frankrijk kent de wrakingsregeling niet een dergelijke differentiatie in het motiveringsvereiste; daar wordt in algemene zin verlangd dat de wrakingsbeslissing is gemotiveerd, zij het dat die motivering beperkt van aard is. Ook in Nederland wordt een motivering van de wrakingsbeslissing verlangd. Vanuit het oogpunt van efficiëntie valt wel wat voor de Zwitserse regeling te zeggen als deze wordt gecombineerd met een stelsel van 'formele' en 'open' wrakingsgronden (zie hiervoor). In geval van toepasselijkheid van een 'formele'

wrakingsgrond waarbij geen of een beperkte wrakingsprocedure wordt gevolgd voor de vaststelling daarvan, kan worden volstaan met de wrakingsbeslissing zelf. Een motivering daarvan voegt vanuit de idee van explicatie weinig toe; een 'formele' grond is in zichzelf evident en berust op de wet. Mochten partijen nog een beperkte motivering wensen, dan zou daarin op hun verzoek kunnen worden voorzien, vergelijkbaar met de Zwitserse wrakingsregeling; zodoende wordt de legitimiteit van de procedure gediend. Een dergelijke combinatie van 'formele' wrakingsgronden met een differentiatie in het motiveringsvereiste maakt een vlotte(re) afhandeling van een wrakingsverzoek mogelijk zonder al te veel afbreuk te doen aan de motiveringsfuncties. Voor een differentiatie in het motiveringsvereiste naar gelang het rechtsgebied (in strafzaken wel motiveren en bij civiele en bestuurszaken in beginsel niet) voelen wij echter niet, omdat in civiele en bestuurszaken net zo goed de functies van motiveren in het geding zijn.

### 5.3.7 Rechtsmiddelen?

Is eenmaal een beslissing op een wrakingsverzoek genomen, dan rijst ook nog de vraag of tegen deze beslissing een afzonderlijk rechtsmiddel moet openstaan. In Frankrijk en Spanje is die vraag negatief beantwoord, hoewel cassatieberoep (in Nederlandse termen is dat óók een rechtsmiddel) soms (in civiele zaken in Frankrijk) wel nog openstaat. In Zwitserland kent men daarentegen wel een

afzonderlijk rechtsmiddel tegen de wrakingsbeslissing.<sup>330</sup> Datzelfde geldt in een of andere vorm voor de andere rechtsstelsels. Qua draagvlak voor de wrakingsregeling zou een dergelijke mogelijkheid van controle binnen de rechterlijke kolommen ook wenselijk kunnen zijn. Daar staat tegenover dat het weinig efficiënt is om na een uitspraak in de wrakingszaak nog een rechtsmiddel te moeten afwachten; het zorgt voor verdere vertraging van de behandeling van de hoofdzaak. Voor zover er behoefte zou bestaan aan een apart rechtsmiddel tegen een afwijzing van het wrakingsverzoek, zal die behoefte minder zijn ingeval de behandeling van het wrakingsverzoek door een hogere rechter plaatsvindt, zoals wij hier hebben verdedigd (zie paragraaf 3.2 in dit hoofdstuk). In enkele van de onderzochte landen heeft men voor efficiëntie gekozen door geen of slechts in beperkte mate (alleen cassatie)rechtsmiddelen ter beschikking te stellen. Daar komt nog bij dat er een alternatief beschikbaar is ingeval de beslissing op het wrakingsverzoek in het reguliere hoger beroep in de hoofdzaak 'mee' kan worden 'genomen', zoals dat in Nederland mogelijk is. Langs die weg is er in wezen dus ook nu al een (verkapt) rechtsmiddel beschikbaar, zodat een aparte regeling in zekere zin niet nodig lijkt. Wanneer er echter gekozen zou worden voor de introductie van een boete of een proceskostenveroordeling (zie paragraaf 3.1 in dit hoofdstuk) bij een wrakingsverzoek dat als oneigenlijk wordt gezien, lijkt een expliciete

toekenning van een rechtsmiddel, direct te richten tegen die (afwijzende) beslissing bij een hogere instantie,<sup>331</sup> vanuit de gedachte van rechtsbescherming voor de justitiabele voor de hand te liggen. Efficiëntie moet dan even pas op de plaats maken. Introductie van een rechtsmiddel voor de gewraakte rechter zelf, die wellicht een wraking zou willen aanvechten, lijkt ons echter niet nodig; deze rechter zal zich uit hoofde van zijn functie moeten 'plooiën' naar wat zijn collega's als standaard bepalen. Dat samen genomen, betekent dat kan worden volstaan met het introduceren van een rechtsmiddel tegen afwijzende beslissingen op wrakingsverzoeken; meer is niet nodig vanuit het perspectief van de burger.

### 5.3.8 Wraking van een geheel rechterlijk college?

Ten slotte leverde de vergelijkende analyse met Frankrijk nog het inzicht op dat een aparte procedure waarmee een verzoeker een geheel rechtscollege kan wraken en daarmee verwijzing van zijn zaak naar een ander arrondissement of ressort kan bewerkstelligen, voor een zeer beperkt aantal situaties nuttig en handig kan zijn. In Frankrijk wordt deze regeling *renvoi* genoemd. Ook in Zwitserland behoort een wraking van een geheel rechtscollege tot de mogelijkheden, maar dan via de reguliere wrakingsprocedure. In het verleden is in Nederland ook wel geprobeerd een hele rechtbank te wraken, maar zonder

330 Daarmee vervalt de mogelijkheid van een hoger beroep op dat (wrakings)punt samen met de reguliere hoofdzaak, zoals dat in Nederland wel mogelijk is.

331 Bij wraking van een raadsheer van de Hoge Raad is dat geen optie; dan zou een anders ingerichte wrakingskamer kunnen functioneren als tweede instantie. Uit een en ander volgt al dat de mogelijkheid van een cassatieberoep in derde instantie geen optie is; dat is ook niet nodig vanuit rechtsbeschermingsperspectief.

succes.<sup>332</sup> Gezien de aanleiding tot het onderhavige onderzoek, welke mede is gelegen in het waarborgen van het vertrouwen van burgers in de rechtspraak, ligt het niet voor de hand om bij herijking van de Nederlandse wrakingsregeling prioriteit te geven aan een op de Franse *renvoi* gelijkende procedure. Het is ook niet ondenkbaar dat een regeling als deze veel eerder de wat meer 'ongerichte' wrakingsverzoeken zal aantrekken dan een daadwerkelijke bijdrage zal leveren aan de mate waarin de burger vertrouwen behoudt of verkrijgt in de rechterlijke macht. Het aanbieden van een specifieke regeling om daarmee een geheel rechterlijk college te kunnen wraken, zou immers zomaar een behoefte kunnen creëren waar die 'vraag' voorheen wellicht niet bestond. Bovendien zou de regeling kunnen worden toegepast in die gevallen waarin een individueel wrakingsverzoek niet succesvol is gebleken en aldus fungeren als een verkapt rechtsmiddel. Om zowel een dergelijke aanzuigende werking als oneigenlijk gebruik van de regeling tegen te gaan, zou de procedure moeten worden aangekleed met allerlei waarborgen. Daarnaast moet worden opgemerkt dat in Frankrijk de verzoeken voor *renvoi* op de grond van 'wettige verdenking' niet snel worden gehonoreerd en *renvoi* op de grond van 'openbare veiligheid' (voorlopig) niet wordt benut, zodat de noodzaak van een regeling als deze op dit moment (op zijn zachtst gezegd) niet evident is.

## 5.4 De contouren van een nieuwe wrakingsregeling

In de vergelijkende analyse van Frankrijk, Zwitserland en Nederland op bovenstaande hoofdpunten is al aangeduid welke inzichten bruikbaar kunnen zijn en welke keuzes kunnen worden gemaakt, gegeven de interne en externe perspectieven die aan de basis van dit onderzoek liggen en waaraan argumenten voor of tegen een bepaalde benadering kunnen worden ontleend. Een enkele keer is in de vorige paragraaf al een beargumenteerde keuzerichting aangegeven. Bekijken wij de resultaten van de vergelijkende analyse beter, dan rijst de vraag wat een verdere denkrichting zou kunnen zijn voor een herijkte wrakingsregeling naar Nederlands recht. Welke concrete maatregelen ter verbetering van de wrakingsregeling zijn denkbaar, gegeven het onderzoek dat is verricht en de doelstelling van dat onderzoek? Dat is de kernvraag die in deze paragraaf aan de orde is en die wij in de vorm van een schets van de contouren van een nieuwe wrakingsregeling zullen beantwoorden. Bij die beantwoording moeten overigens steeds de argumenten en de afwegingen zoals die hierboven in paragraaf 3 naar voren zijn gebracht, worden betrokken.

Vooraf moet ook worden vermeld dat bij de ontwikkeling van de contouren van een nieuwe wrakingsregeling ook gelet is op de inpasbaarheid van de verkozen route in het Nederlandse systeem, voor zover dat niet

332 HR 30 juni 2000, NJ 2001, 316, m.nt. J.B.M. Vranken (Sanders/TNO).

hiervoor ook al is gebeurd. Omdat ons rechts-systeem weliswaar nu al een gelijklopende regeling kent, maar wel in diverse subsystemen uiteenvalt (strafrecht, civiel recht en bestuursrecht), zal daarbij dan ook nog gelet kunnen en moeten worden op de specifieke inpasbaarheid binnen zowel civiele, strafrechtelijke als bestuursrechtelijke procedures, zoals hiervoor overigens ook al is gebeurd. En met de algemene aantekening dat wij – net zoals de wetgever in België, Nederland en Zwitserland – in het algemeen voorstander zijn van zoveel mogelijk harmonisatie binnen de procesrechtsstelsels, is ook die nog openstaande onderzoeksvraag aangesproken.

a Als eerste stap voor een herijkte wrakingsregeling zien wij ruimte voor een sterkere nadruk op de plicht van elke rechter om problemen te voorkomen door zich tijdig voor aanvang van een procedure, direct na toewijzing van een zaak, te verschonen daar waar er 'iets' aan de hand is of zou kunnen zijn.<sup>333</sup> Dat zou, vanuit maatschappelijk perspectief, de legitimiteit van de huidige mogelijkheden om de onafhanke-

lijkheid van de rechter te kunnen laten toetsen, versterken. Die extra nadruk op wat wij een 'plicht' tot verschoning zouden willen noemen, geldend voor alle soorten procedures, is ook elders bekend (o.a. Spanje, Italië en Engeland) en is voor de hand liggend in het licht van onze tweede stap. Het betreft hier overigens naar de aard (slechts) een morele plicht voor de rechter, omdat de plicht om zich te verschonen uiteindelijk lastig te sanctioneren is (want: steeds een eigen afweging door de rechter vergt).<sup>334</sup>

b De tweede stap betreft de (her)introductie van enkele formele, vastomlijnde wrakingsgronden, omdat die gronden snel en eenvoudig te toetsen zijn. Denk aan verwantschap, financiële of functionele betrokkenheid.<sup>335</sup> Het draagvlak voor dergelijke formele gronden kan worden gezocht door deze in de wet vast te leggen; de gronden zijn dan bij wege van een beslissing van de wetgever democratisch gelegitimeerd. Een 'piepsysteem' gekoppeld aan de toedeling van zaken<sup>336</sup> kan er in

333 Daarbij kan worden aangesloten bij de gronden zoals opgenomen in de Leidraad Onpartijdigheid van de rechter (zie: paragraaf 2.4 in hoofdstuk 2).

334 Wij zouden niet zover willen gaan te zeggen dat een niet-verschonen een ontslaggrond voor een rechter (wegens handelen in strijd met een wettelijke plicht) zou moeten opleveren; uiteraard zou het stelselmatig negeren van deze deontologische plicht wel consequenties kunnen hebben.

335 Voor meer inspiratie zie: de Regeling nevenfuncties rechterlijke macht, de landen met een opsomming van formele gronden, zoals Frankrijk en Zwitserland, en de regeling van de negen wrakingsgronden in het Wetboek van Strafvordering van 1838, weergegeven in Veldt, aant. 2 op art. 512 (suppl. 95, juli 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Op deze wijze kan meteen tegemoetgekomen worden aan de huidige kritiek dat ons stelsel 'te open' gronden zou hanteren (zie: paragraaf 9.3 in hoofdstuk 2).

336 Wellicht vergt dit nog wel een verder doordenken van de wijze van (tijdige) zaakstoedeling in Nederland, maar daartoe lijkt toch al langer aanleiding te bestaan, zie: P.M. Langbroek, 'Toedeling van zaken en rechterlijke integriteit in de Nederlandse gerechten', in: J.B.J.M. ten Berge & A.M. Hol (red.), *De onafhankelijke rechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 95-123.

andere dan bulkzaken of zeer spoedeisende procedures<sup>337</sup> in principe voor zorgen dat de rechter meteen na ontvangst van de zaak toetst of hij of zij deze zaak wel kan doen of niet. Wellicht zou het denkbaar zijn om voor een wrakingsverzoek op een van die gronden een zelfstandig voortraject binnen de eigen organisatie (op het niveau van een rechtbank of hof) op te tuigen, maar dat compliceert het systeem zoals wij dat verder voor ogen hebben (zie verderop). Aansluitend bij de aard van deze formele wrakingsgronden kan er echter wel worden gekozen voor een korte, schriftelijke procedure waarin de aanwezigheid (of bij hoge uitzondering de afwezigheid) van een formele wrakingsgrond wordt vastgesteld door de wrakingskamer en in beginsel geen nadere motivering van de wrakingsbeslissing wordt verlangd. Het gebruik van formele wrakingsgronden met een vlotte en efficiënte vaststelling verschaft snel duidelijkheid, voorkomt vertraging en geeft zekerheid, zowel aan de betrokken rechter als aan de justitiabele.

- c Naast die formele gronden blijft het Nederlandse systeem gewoon werken met een 'open' grond, zoals nu al in de wet is verankerd. Dus naast de limitatieve, formele gronden staat nog een algemene open norm.

- d Als de rechter zich niet verschoont, en/of na een wrakingsverzoek niet daarmee kan instemmen, dan volgt wat ons betreft geen automatische schorsing van de zaak meer, maar wordt het geding 'gewoon' voortgezet. Zoals in dit hoofdstuk al is beschreven in paragraaf 3.5, is de efficiëntie daarmee gediend, want het ontnemt de prikkel om te wraken om de procedure te vertragen. Wij realiseren ons dat dit, ten opzichte van de huidige Nederlandse situatie, een voorstel is dat verregaande consequenties heeft, hoewel elders ook al soortgelijke inzichten zijn doorgevoerd. Daarom stellen wij voor (subsidiair, voor het geval dat vanuit het externe perspectief van maatschappelijke aanvaardbaarheid een schorsende werking van een wrakingsverzoek toch opportuun mocht worden bevonden) dat er dan op z'n minst een voorziening in het leven wordt geroepen om die schorsende werking te mitigeren en aldus ook oog te hebben voor de efficiëntie. Indien spoed in de behandeling of een beslissing in de hoofdzaak is vereist, mede gelet op de belangen van de wederpartij en/of de samenleving, of (nadere) onderzoeksmaatregelen noodzakelijk zijn of als er sprake is van oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling, dan moet de schorsende werking kunnen worden ontzegd.<sup>338</sup>

337 In dergelijke bulkzaken en spoedprocedures weet de rechter immers pas ter zitting of net voor de zitting welke zaak hij te beslissen heeft. Hij krijgt namelijk ofwel de zaak laat aangeleverd ofwel hij start (zeer) kort voor de zitting met de voorbereiding van de zaak. Dat laat onverlet dat in andere zaken eerder getoetst kan worden of de hier bedoelde formele wrakingsgronden van toepassing zijn.

338 De variant waarin spoedeisende maatregelen genomen kunnen worden, maar de hoofdzaak verder geschorst wordt, laat onzes inziens te veel de prikkel in stand om te vertragen via een wrakingsverzoek. Dat geldt ook voor de variant waarin verzocht kan worden de schorsende werking op te heffen.

- e Als het wrakingsverzoek vervolgens daadwerkelijk slaagt, wordt als logische consequentie daarvan (een deel van) het geding overgedaan. Als een deel van de procedure opnieuw moet, dan vindt dat op kosten van de staat plaats. Dit zet weliswaar druk op de rechter om zich bij twijfel te verschonen en het geschil niet te beslechten, maar op een terrein waarop elke schijn vermeden moet worden, is dat helemaal niet zo erg. Sterker nog, het is juist een pluspunt dat tot meer draagvlak kan leiden. Ten aanzien van de stappen (d) en (e) benadrukken we dat voor vooral civiele zaken, maar wellicht ook wel bestuurszaken, de noodzaak van 'niet schorsen' misschien minder gewichtig is, omdat 'de' zitting daar minder belangrijk is binnen het geheel van de procedure. Immers, omdat een groot deel van de procedure schriftelijk, *in civilibus* zelfs via de rol, verloopt, zal er bij een redelijk snelle wrakingsbeslissing (zoals die nu al bestaat) nauwelijks vertraging optreden. Maar omdat in civiele zaken gedurende het pleidooi of ter comparitie uiteraard ook een wraking kan worden verzocht, net zoals dat in bestuursrechtelijke zaken kan gebeuren, is er geen reden om hier een principieel onderscheid te maken.
- f Het wrakingsverzoek wordt beoordeeld door een hogere rechter, en niet langer door een wrakingskamer van dezelfde rechtbank of hof.<sup>339</sup> De legitimiteit van de nieuwe regeling is daarmee beter gewaarborgd. Bovendien wordt zo tegemoetgekomen aan een deel van de kritiek op de huidige regeling.<sup>340</sup> Dat betekent dat het hof wordt ingeschakeld voor wrakingsverzoeken op het niveau van de rechtbank en dat de Hoge Raad wordt ingezet voor de hoven en voor alle hoogste rechters.<sup>341</sup>
- g Verschillende onderdelen in de wrakingsregeling moeten aan termijnen worden gebonden. Voor het indienen van een wrakingsverzoek kan worden vastgehouden aan het vereiste dat zodra de feiten of omstandigheden voor wraking bij verzoeker bekend zijn geworden, het wrakingsverzoek moet worden gedaan. Dit dan op straffe van niet-ontvankelijkheid. De behandeling van het wrakingsverzoek moet vervolgens binnen korte termijn worden afgerond. Omdat er overal vaste wrakingskamers bestaan, die ook permanent 'stand-by' zijn, is een oordeel op korte termijn van twee tot vier dagen zeker mogelijk. Dat past ook bij de efficiency die in het huidige tijdsgewricht (procederen

339 Deze keuze sluit aan bij de in een Algemeen Overleg bij motie (nr. 136) geuite wens van de Tweede Kamer (zie: <<http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/verslagen/verslag.jsp?vj=2011-2012&nr=54>>) en *Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 136. Zie ook: M. Hertogh, 'Een betere klachtenprocedure vergroot het vertrouwen in de rechtspraak', *NJB* 2012, p. 742.

340 Hierover meer in: paragraaf 9.4 in hoofdstuk 2.

341 Binnen de Hoge Raad kan een andere kamer van dat college de wrakingsbeslissing nemen, zodat bijvoorbeeld de strafkamer van de Hoge Raad over de wrakingsverzoeken in civiele zaken bij de Hoge Raad oordeelt, enzovoort. Een dergelijke regeling is niet ongewoon (zie: bijvoorbeeld Italië, waarover het landenrapport onder 3 in bijlage 1).

via e-mail, internetomgevingen, digitale dossiers, etc.) hoort te worden bereikt.

- h Als tegenwicht tegen de toegenomen druk op rechters en om hen te prikkelen om geen oneigenlijke/vertragende verzoeken in te dienen, moet er uit oogpunt van efficiëntie bij wet een boete voor de wrakende partij, dan wel een proceskostenveroordeling, worden geïntroduceerd bij een oneigenlijk wrakingsverzoek.<sup>342</sup> De maatstaf van 'misbruik' of van 'kennelijk onredelijk' legt de lat te hoog om nog als werkelijke prikkel te kunnen dienen, vandaar dat wat ons betreft 'oneigenlijk gebruik' de norm moet vormen. Die minder zware norm, zoals in paragraaf 3.1 in dit hoofdstuk uitgebreid is toegelicht, vertaalt zich dan ook in minder hoge boetes.<sup>343</sup> De wrakingsrechter komt een discretionaire bevoegdheid toe tot het opleggen van een dergelijke financiële sanctie (boete en/of proceskostenveroordeling) om in de concrete omstandigheden van het geval, gegeven ook de hoedanigheid van de wrakende partij en de vraag of deze rechtsbijstand genoot, een passende sanctie te kunnen opleggen.<sup>344</sup> De boetebedragen moeten van zodanige aard zijn dat zij oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling afremmen, maar niet leed toevoegen door hun hoogte dan wel door de combinatie met een proceskostenveroordeling. Daarnaast kan in het kader van het

tegengaan van oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling bij wet in formele zin worden voorzien in een regeling van onmiddellijke niet-ontvankelijkheid bij oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling. Dat is een duidelijke, vooraf kenbare en vaststaande sanctie op dergelijke wrakingsverzoeken.

- i Een afzonderlijk rechtsmiddel tegen de wrakingsbeslissing is niet altijd nodig, bijvoorbeeld niet omdat bezwaren tegen de wrakingsbeslissing naar Nederlands recht kunnen worden meegenomen in een eventueel principaal (cassatie)beroep. Ook zal de behoefte aan een afzonderlijk rechtsmiddel geringer zijn bij aanvaarding van stap (f), de beoordeling van het wrakingsverzoek door een ander hof. Het verzoek wordt dan immers al aan een hogere rechter voorgelegd. Dat biedt al rechtsbescherming aan de verzoeker. Behoud van de bestaande regeling in dezen dient op zichzelf de efficiëntie, maar is niet langer verdedigbaar als er, zoals wij bepleiten, een mogelijkheid komt om na een oneigenlijk wrakingsverzoek een boete of proceskostenveroordeling op te leggen. In dergelijke gevallen van een afwijzing van het verzoek met oplegging van een financiële sanctie is een rechtsmiddel wel degelijk nodig, zoals hierboven al is bepleit in paragraaf 3.7.

342 Hiermee wordt tevens tegemoetgekomen aan een deel van de kritiek op de huidige regeling (zie meer hierover: paragraaf 9.2 in hoofdstuk 2).

343 Het is uiteraard mogelijk hogere boetes op te leggen als er wel van bewezen misbruik sprake zou zijn.

344 Het Franse systeem waarbij bij een afwijzing van een verzoek een boete moet volgen, hanteren wij om deze reden niet. Dit systeem kan echter wel een alternatieve oplossing bieden voor zover het gevoelen zou zijn – ten onrechte onzes inziens – dat de norm van oneigenlijk gebruik toch te veel onzekerheid zou laten.

- j Ook menen wij dat enige differentiatie in de wrakingsprocedure op haar plaats is. Wij raden aan om met een procedure te werken die twee stappen bevat. Allereerst een op snelheid en efficiëntie gerichte procedurevorm voor een wrakingsverzoek dat kennelijk ongegrond is na een toets door de daartoe aangewezen wrakingskamer (zoals beschreven onder (f) bij het gerecht onmiddellijk hoger in rang) van de voorwaarden voor een wrakingsverzoek (zoals de tijdige indiening van het verzoek), in combinatie met een toets aan de lijst van formele wrakingsgronden. Dat leidt tot een niet-ontvankelijkheid van het verzoek, respectievelijk de vaststelling dat een formele wrakingsgrond van toepassing is. In dat laatste geval volgt in beginsel geen motivering van de wrakingsbeslissing.
- k Blijkt dat het wrakingsverzoek ontvankelijk is omdat het aan de daaraan gestelde voorwaarden voldoet, en dat (ook) een beroep wordt gedaan op een open wrakingsgrond, dan volgt als tweede variant een volledige behandeling van het wrakingsverzoek door de wrakingskamer, min of meer op de wijze zoals die procedure nu ook al gestalte krijgt.<sup>345</sup> Deze procedure is uitvoeriger, met de mogelijk-

heid van wisseling van standpunten door partijen, en mondt uit in een – vanuit de idee van legitimiteit en maatschappelijke aanvaardbaarheid wenselijk geachte – gemotiveerde beslissing op het wrakingsverzoek.

### 5.5 Slotoverweging

Met het voorgaande resteert alleen nog de vraag tot welke concrete resultaten deze voorgestelde, herijkte wrakingsregeling naar verwachting zal leiden. Het is natuurlijk lastig om in de toekomst te kijken. Daardoor zijn bepaalde feitelijke gevolgen van onze keuzes voorlopig uiteraard nog onzeker, en verdient deze regeling een evaluatie en empirische toets over enige tijd. Maar wel menen wij nu al vast te mogen stellen dat de hier geschetste contouren van een nieuwe wrakingsregeling, aan de ene kant de prikkel om de wrakingsregeling oneigenlijk te gebruiken, stevig zullen temperen (kernwoorden: boetes en proceskostenveroordelingen; geen schorsende werking), terwijl tegelijkertijd de legitimiteit van het instrument en daarmee het maatschappelijk draagvlak wordt vergroot (kernwoorden: eerder verschonen; oordeel van hogere rechter), met daaraan gekoppeld een vergroting van de efficiëntie (kernwoorden: formele en open wrakingsgronden met

<sup>345</sup> In dit verband zouden nog vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de mogelijke aanwezigheid van de gewraakte rechter bij de behandeling van de zaak door de wrakingskamer. Wellicht dat dit afbreuk doet aan de (gepercipieerde) legitimiteit van de procedure ('rechters zullen hun collega's in elkaars bijzijn niet afvallen'). Daar staat tegenover dat hoor en wederhoor, voor alle betrokkenen, een groot goed is dat (ook) de procedure legitimeert, en dat de beslissing van de wrakingskamer van hogere kwaliteit kan zijn als alle standpunten boven tafel kunnen komen. Daarom zijn wij niet tegen aanwezigheid van de gewraakte rechter. Bovendien stellen wij voor dat een hogere rechter het wrakingsverzoek beoordeelt, zodat de idee dat de 'slager zijn eigen vlees keurt' minder snel kan postvatten.

differentiatie in de procedure; strakke termijnen; niet steeds een afzonderlijk rechtsmiddel). Dat is precies de balans waarnaar wij in dit onderzoek op zoek zijn gegaan.

## Bijlage I

### Introductie

In deze bijlage vindt u in alfabetische volgorde de landenrapporten die in de eerste fase van het onderzoek in een *quick scan* zijn beschreven, met uitzondering van de in dit eindrapport verder uitgewerkte rapporten over Frankrijk en Zwitserland. Alle landenrapporten zijn eerder – in concept – in de vorm van een tussenrapportage besproken met de begeleidingscommissie. In de landenrapporten wordt verslag wordt gedaan van de (procedurele) wrakingsregels in de desbetreffende landen voor het burgerlijk procesrecht, het strafprocesrecht en het bestuursprocesrecht. Per land worden steeds dezelfde twaalf vragen besproken. De gedachte achter de *quick scan* in de eerste fase van het rechtsvergelijkende deel van het onderzoek was om daarmee een beredeneerde keuze te kunnen maken voor twee landen die nader uitgewerkt zouden moeten worden en vooral grondiger en meer specifiek vergeleken zouden moeten worden met Nederland. Dit vond plaats in de tweede fase van het onderzoek, en de resultaten daarvan treft u aan in de hoofdstukken 2, 3 en 4 van het onderhavige rapport.

De beschrijving van de genoemde landen is op hoofdlijnen compleet, voor zover er over het betreffende stelsel informatie te vinden was. Aan het eind (bij vraag 12) van elk landenrapport staan, indien aanwezig, de elementen opgesomd uit het betreffende land die leerzaam voor de Nederlandse situatie en ter inspiratie zouden kunnen zijn en kunnen dienen voor de evaluatie en desgewenst aanpassing van de Nederlandse wrakingsregelingen. Voor het leesgemak zijn aan het eind van de bijlage al die elementen nog eens bij elkaar gezet en bovendien in een tabel bijeengebracht.

## A De wrakingsregeling in België

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

Naar Belgisch recht kan het gebrek aan de vereiste onpartijdigheid en objectiviteit om van een zaak kennis te nemen, hetzij aangevoerd worden op eigen initiatief door de rechter (als grond van verschoning) die zich in de onmogelijkheid geplaatst ziet om van de zaak kennis te nemen, hetzij aangevoerd worden door (een van de) partijen in het geding via het verzoek tot wraking aan de rechtbank, dat wil zeggen: het verzoek om een rechter in een bepaalde zaak te vervangen omdat hij partijdig zou zijn. Daarmee is duidelijk dat er naar de kern genomen drie mogelijkheden zijn waarop de rechter in een concrete zaak van de zaak kan worden 'afgehouden'.

#### 1 Een partij dient een wrakingsverzoek in

Een eerste mogelijkheid betreft de situatie dat een van de partijen in het geding een wrakingsverzoek indient. Artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.) somt de redenen op op grond waarvan elke partij een wrakingsverzoek kan indienen. Het gaat om twaalf limitatief opgesomde gevallen waarin de rechter zich moet terugtrekken bij de beoordeling van een zaak.<sup>346</sup> Dat

346 Dat is het geval in de volgende omstandigheden:

- 1 wegens wettige verdenking;
- 2 indien de rechter of zijn echtgenoot persoonlijk belang bij het geschil heeft;
- 3 indien de rechter of zijn echtgenoot bloed- of aanverwant van de partijen of van een hunner in de rechte lijn is, (...), of in de zijlijn tot in de vierde graad, of indien de rechter bloed- of aanverwant in de voormelde graad is van de echtgenoot van een der partijen;
- 4 indien de rechter, zijn echtgenoot, hun bloed- of aanverwanten in de opgaande en de neerdalende lijn, een geschil hebben over een gelijksoortige aangelegenheid als waarover de partijen in geschil zijn;
- 5 indien in hun naam een geding aanhangig is voor een rechtbank waarin een van de partijen rechter is; indien zij schuldeiser of schuldenaar van een der partijen zijn;
- 6 indien een crimineel geding is gevoerd tussen hen en een van de partijen, of hun echtgenoten, bloed- of aanverwanten in de rechte lijn;
- 7 indien er een burgerlijk geding hangende is tussen de rechter, zijn echtgenoot, hun bloedverwanten in de opgaande en de neerdalende lijn of hun aanverwanten in dezelfde lijn, en een van de partijen, en dat geding, indien het door de partij is ingesteld, begonnen is vóór het geding waarin de wraking wordt voorgedragen; indien dat geding, ingeval het afgehandeld is, binnen zes maanden vóór de wraking afgedaan is;
- 8 indien de rechter voogd, toezien voogd of curator, voorlopig bewindvoerder of gerechtelijk raadsman, begiftigde of vermoedelijk erfgenaam, meester of vennoot van een van de partijen is; indien hij beheerder of commissaris is van enigerlei instelling, vennootschap of vereniging die partij is in het geding; indien een van de partijen zijn begiftigde of vermoedelijke erfgenaam is;
- 9 indien de rechter raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil; indien hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, behalve indien hij in dezelfde aanleg: ➔

is onder meer het geval wanneer er sprake is van 'wettige verdenking' of van familiebanden tussen de rechter en een van de partijen in het geding: *'indien de rechter of zijn echtgenoot bloed- of aanverwant van de partijen of van een hunner in de rechte lijn is, (...), of in de zijlijn tot in de vierde graad, of indien de rechter bloed- of aanverwant in de voormelde graad is van de echtgenoot van een der partijen'*.

## 2 De rechter verschoont zich op eigen initiatief

Overeenkomstig artikel 831 Ger. W. moet iedere rechter die weet dat er een reden van wraking tegen hem bestaat zich van de zaak onthouden. In principe zal elke rechter, wanneer hij valt onder een van de limitatief opgesomde gevallen die een grond tot wraking opleveren, dus zelf moeten verschonen. De rechter is overigens niet gebonden aan deze twaalf gronden; hij mag zich altijd verschonen wanneer hij (om welke reden dan ook) oordeelt dat hij niet in staat is om op een objectieve en onpartijdige wijze van de zaak kennis te nemen. Het is aan de voorzitter van de rechtbank om eventueel misbruik van het verschoningsrecht (rechtsweigerig) tuchtrechtelijk te sanctioneren.

## 3 De rechter verschoont zich na daarover een verzoek te hebben ontvangen van een partij

De rechter kan zich ook terugtrekken na een wrakingsverzoek te hebben ontvangen van (een van de) partijen in de zaak. In dit geval is het verzoek gesteund op een van de twaalf opgesomde wrakingsgronden.

## 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

De wraking van een rechter wordt geregeld door de artikelen 828 t/m 847 Ger. W (zie hierna voor meer details). Deze bepalingen zijn van toepassing voor zowel de burgerlijke rechtbanken als de strafrechtbanken, met inbegrip van de regels betreffende de rechtspleging, zoals vroeger de

1. heeft meegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen;
2. na uitspraak te hebben gedaan bij verstek, van de zaak kennisneemt op verzet;
3. na uitspraak te hebben gedaan op een voorziening, later van dezelfde zaak kennisneemt in verenigde kamers;
- 10 indien de rechter heeft deelgenomen aan een vonnis in eerste aanleg en hij van het geschil kennisneemt in hoger beroep;
- 11 indien hij als getuige is opgetreden; indien hij, sinds de aanvang van het geding, door een partij op haar kosten ontvangen is of geschenken van haar heeft aangenomen;
- 12 indien er tussen hem en een van de partijen een hoge graad van vijandschap bestaat; indien er zijnerzijds aanrandingen, mondelinge of schriftelijke beledigingen of bedreigingen hebben plaatsgehad sinds de aanleg van het geding of binnen zes maanden vóór de voordracht van de wraking.

bepalingen van het Wetboek van burgerlijke rechtspleging van toepassing waren op alle rechtscolleges, uitgezonderd een daarmee strijdige wetsbepaling.

Er bestaan geen (algemeen bekende of extern uitgevaardigde) protocollen of rechtersregelingen of codes voor de regeling van de wrakingsprocedure in België.

### **3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?**

Vóór de Wet van 12 maart 1998<sup>347</sup> werd over de wraking uitspraak gedaan door de rechtbank of het hof waartoe de gewraakte rechter behoorde, en wel door een andere kamer dan die waartoe die rechter behoorde.<sup>348</sup> Voor de wraking van een magistraat van de zetel van het hof van assisen behoorde de uitspraak bij het hof van assisen en niet bij het hof van beroep.<sup>349</sup> Sinds de vervanging van artikel 838 lid 2 Ger. W. door artikel 7 Wet 12 maart 1998, behoort de beslissing bij het gerecht, onmiddellijk hoger in rang dan dat waartoe de gewraakte rechter behoort. Als gevolg van artikel 835 Ger. W moet de akte met het verzoek tot wraking zijn ondertekend door een advocaat die meer dan tien jaar bij de balie is ingeschreven.<sup>350</sup> De akte moet de middelen bevatten, wat wil zeggen dat de akte gemotiveerd moet zijn door een van de door de wet op limitatieve wijze opgesomde wrakingsgronden.

### **4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?**

Artikel 833 Ger. W. bepaalt dat wraking moet worden voorgedragen vóór de aanvang van de pleidooien, tenzij de redenen van wraking pas later zijn ontstaan en, indien de zaak bij verzoekschrift is ingeleid, voordat op het verzoekschrift een beschikking is gegeven. Aanvang van de pleidooien wil zeggen: het tijdstip waarop met pleiten wordt begonnen en niet alleen met het pleidooi van de wrakende partij. Het voorschrift van artikel 833 Ger. W. is substantieel en raakt

<sup>347</sup> B.S. 2 april 1998.

<sup>348</sup> Art. 838 Ger. W. (oud).

<sup>349</sup> Cass. 3 januari 1990, AR 7892-7921, Arr. Cass., 1989-90, nr. 266 en de conclusie van advocaat-generaal B. Janssens.

<sup>350</sup> Dit is sinds de aanpassing van art. 835 door de Programmawet van 22 december 2003, B.S., 31 december 2003. Voordien bepaalde art. 835 Ger. W. dat de vordering tot wraking ingeleid wordt bij een bij de griffie neergelegde akte, *ondertekend door de wrakende partij of door haar bijzondere gemachtigde, wiens volmacht bij de akte wordt gevoegd*. De akte tot wraking was in het verleden niet-ontvankelijk als ze niet door de eiser ondertekend was en de vereiste bijzondere volmacht niet bijgevoegd was (zie: Cass., 21 december 2000, AR C.00.659 F, Arr. Cass., 2000, nr. 719), of als uit de akte niet kon worden opgemaakt of ze door een van beide verzoekers werd ondertekend en door wie van beiden of door een derde, terwijl geen volmacht bijgevoegd was (zie: Cass., 22 maart 2002, AR C.02.116 F, Arr. Cass., 2002, nr. 197).

de openbare orde.<sup>351</sup> Het verzoekschrift is niet-ontvankelijk als het wordt neergelegd na het pleidooi van de burgerlijke partij, maar steunt op een grond die de wrakende partij vóór de aanvang van dat pleidooi kende.<sup>352</sup> Als de redenen voor wraking na de aanvang van het geding zijn ontstaan, moet de wraking worden voorgedragen op de eerstvolgende terechtzitting na die waarop of waarna de wrakingsgrond is ontstaan.<sup>353</sup> Voor redenen die ontstaan zijn na de aanvang van de pleidooien moet de wraking onverwijld gebeuren zodra de grond voor wraking bekend is.<sup>354</sup>

## 5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?

De wrakingsakte moet door de partij die wil overgaan tot wraking bij de griffie neergelegd worden. Het betreft de griffie van het gerecht waar de zaak zelf aanhangig is.<sup>355</sup> Hieruit volgt dat wanneer het de wraking betreft van een lid van een hof van beroep, de akte moet worden neergelegd bij de griffie van dat hof.<sup>356</sup> Niet-ontvankelijk is aldus het verzoekschrift dat neergelegd wordt tijdens de terechtzitting zelf,<sup>357</sup> ofwel bij de griffie van het gerecht dat van het verzoek om wraking moet kennisnemen,<sup>358</sup> ofwel wanneer het de wraking betreft van een lid van een rechtbank, bij de griffie van het Hof van Cassatie.<sup>359</sup> De vormvoorschriften van artikel 835 Ger. W. zijn van openbare orde en substantieel.<sup>360</sup> Dit betekent dat de rechter ambtshalve moet nagaan (openbare orde) of de door de wet voorgeschreven vormvereisten (substantieel) geëerbiedigd zijn.<sup>361</sup> Niet-ontvankelijk is een akte van wraking waarin de verzoeker op verwarde en onverstaanbare wijze onsamenhangende aantijgingen naar voren brengt.<sup>362</sup>

Binnen 24 uur wordt de wrakingsakte door de griffier overhandigd aan de gewraakte rechter; binnen twee dagen moet de rechter op de akte een verklaring stellen waarmee hij of in de

351 Cass., 18 november 1997, AR P.96.1364 N, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 485 en *R.W.*, 1998-99, 82, telkens met de conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers; Cass., 10 mei 2000, AR P.00.730 F, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 284, *R.D.P.*, 2001, 123; Cass., 21 januari 2005, AR C.05.14 N, *Arr. Cass.*, 2005, nr. 46.

352 Cass., 10 mei 2000, vermeld in noot 351.

353 Cass., 18 november 1997, vermeld in noot 351.

354 Cass., 31 januari 2003, AR C.03.19 N, *Arr. Cass.*, 2003, nr. 74.

355 Cass., 20 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 482; Cass., 18 oktober 1978 en 6 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79.

356 Cass., 11 juni 1998, AR C.98.235 N, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 305.

357 Cass., 4 september 2002, AR P.02.924 F, *Arr. Cass.*, 2002, nr. 416.

358 Cass., 6 juni 2001, AR P.01.821 F, *Arr. Cass.*, 2001, nr. 339.

359 Cass., 3 mei 1977, tweede arrest, *Arr. Cass.*, 1977, 905; Cass., 6 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 24.

360 Cass., 18 november 1997, AR P.96.1364 N, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 485 en *R.W.*, 1998-99, 82, telkens met de conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers; Cass., 28 februari 2005, AR C.05.81 F, *Arr. Cass.*, 2005, nr. 123 en de conclusie van eerste advocaat-generaal J.F. Leclercq; zie ook: *Mil. Ger.*, 26 juli 1947, *Pas.*, 1948, II, 10.

361 Dit is van belang in het kader van de rechtsmiddelen. Bij wraking staat alleen het rechtsmiddel van de cassatie open; de cassatierechter zal dit dus moeten nagaan. Zijn de door de wet voorgeschreven vormen niet geëerbiedigd, dan moet de wrakingsbeslissing verbroken worden.

362 Cass., 27 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1025 en noot E.L.

wraking berust of weigert zich van de zaak te onthouden, met zijn antwoord op de middelen van wraking.<sup>363</sup> Dit is echter niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. De verklaring van de rechter hoeft niet aan de wrakende partij te worden betekend of meegedeeld.<sup>364</sup> Aanvaardt de rechter zich te onthouden van de behandeling van de zaak, dan heeft het verzoek geen voorwerp meer en wordt het niet naar het hof verwezen.<sup>365</sup>

Binnen drie dagen na het antwoord van de gewraakte rechter of, bij gebrek aan antwoord, binnen die termijn zendt de griffie de akte van wraking en, als die er is, de verklaring van de rechter aan het Openbaar Ministerie bij het gerecht dat over de wraking moet oordelen.<sup>366</sup>

Vanaf de mededeling van de wrakingsakte aan de rechter worden alle vonnissen en verrichtingen in de zaak geschorst,<sup>367</sup> ook al is het verzoek om wraking niet-ontvankelijk of ongegrond. Maar een eventueel verzoek dat uitgaat van iemand die geen partij in de zaak is, is geen vraag om wraking en heeft daarom geen schorsende kracht.<sup>368</sup> Mocht een partij menen dat een verrichting spoedeisend is, dan kan zij de eerste voorzitter van de rechtbank of het hof verzoeken de behandeling van het tussengeschied op de zitting te brengen. Wordt dit verzoek ingewilligd, dan behandelt een andere rechter dit tussengeschied.<sup>369</sup>

De rechter die zich onthoudt van een reactie, wordt geacht te weten dat er een wrakingsgrond tegen hem bestaat; hij mag later van de zaak geen kennis meer nemen. De verplichting voor de rechter zich te onthouden ontstaat pas als hij kennis krijgt van de wrakingsgrond; het enkele feit dat hij zich onthield na verslag te hebben uitgebracht en de zaak te hebben onderzocht, wijst niet op een schending van artikel 6 lid 1 EVRM (onpartijdige rechter) of van het recht van verdediging. Als de rechter zich vrijwillig onthoudt en de zaak daarom naar de rol verwijst, is dat slechts een ordemaatregel en als dusdanig niet voor hoger beroep vatbaar.

## **6 Verloopt de ‘wrakingsprocedure’ op tegenspraak?**

De wrakingsprocedure verloopt op tegenspraak. In de oorspronkelijke tekst van artikel 838 lid 2 Ger. W. werd duidelijk gezegd dat over de wraking uitspraak werd gedaan ‘zonder dat partijen behoeven te worden opgeroepen’. Die bepaling is nu vervangen door artikel 7 Wet 12 maart 1998, waarin wordt gezegd ‘nadat de partijen behoorlijk zijn opgeroepen om hun opmerkingen

363 Art. 836 Ger. W.

364 Brussel, 16 maart 1994, *Pas.*, 1993, II, 76.

365 Cass., 19 mei 2004, AR P.04.792 F, *Arr. Cass.*, 2006, nr. 272; Cass., 16 december 2004, AR C.04.566 F, *Arr. Cass.*, 2004, nr. 620.

366 Art. 838 lid 1 Ger. W., vervangen door art. 7 Wet 12 maart 1998.

367 Art. 837 lid 1 Ger. W.; Cass., 12 december 1997, AR C.96.284 en C.97.4 en 5 F, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 552 en 553; Cass., 11 januari 2002, AR C.01.86 F, *Arr. Cass.*, 2002, nr. 20.

368 Cass., 16 oktober 2003, AR P.03.1324 F, *Arr. Cass.*, 2003, nr. 503.

369 Zie art. 837 lid 2 en 3 Ger. W.

te horen'. De wet zegt niet op welke wijze de partijen moeten worden opgeroepen; de gewone dagvaardingstermijnen van het Gerechtelijk Wetboek zijn niet van toepassing.<sup>370</sup>

**7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is niet voorzien in een bijzondere motiveringsplicht voor de wrakingsrechter. De gewone motiveringsplicht is van toepassing (artikel 149 van de Belgische Grondwet). Bij toezicht op basis van artikel 149 Grondwet gaat het Hof van Cassatie alleen na of de rechter zijn beslissing 'regelmatig met redenen heeft omkleed'. Dit toezicht is slechts formeel. De motiveringsplicht houdt, volgens de vaste cassatierechtspraak, niet in dat de feitenrechter op alle argumenten hoeft te antwoorden. Alleen onderscheiden 'middelen' vereisen een antwoord.<sup>371</sup>

**8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

Er bestaat geen mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen tegen de wrakingsbeslissing. Wel staat voor de partijen in de zaak de mogelijkheid open om cassatieberoep aan te tekenen tegen de beslissing.

De gewraakte rechter is overigens geen partij, behoudens vrijwillige of gedwongen tussenkomst. Hij kan dus geen hoger beroep instellen tegen het vonnis betreffende de wraking. Een eventueel cassatieberoep hoeft niet aan hem te worden betekend. Er wordt uitspraak gedaan op de conclusie van het Openbaar Ministerie, maar deze conclusie mag mondeling zijn.

**9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

In de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd melding gemaakt van verschillende zaken waarin (een van de) procespartijen de procedure zouden rekken, door oneigenlijk gebruik te maken van de wrakingsprocedure (zie vraag 11).

370 Cass., 6 oktober 1998, AR P.98.1228 F, Arr. Cass., 1998, nr. 435.

371 Zie bijvoorbeeld: Cass., 25 februari 2000, Arr. Cass. 2000, nr. 142.

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

Sinds de wetswijziging door de Wet van 12 maart 1998 doet niet langer het rechtscollege waar-toe de gewraakte rechter behoort, uitspraak. De beoordeling van de wrakingsgronden behoort tegenwoordig aan de onmiddellijk hogere rechtsinstantie.

Het misbruik van de wrakingsprocedure gaf aanleiding tot een wetswijziging via artikel 375 van de Programmawet van 22 december 2003: om de drempel tot de wrakingsprocedure wat te verhogen, moet het wrakingsverzoek nu ondertekend zijn door een advocaat die meer dan tien jaar bij de balie is ingeschreven. De gedachte daarachter is blijkbaar dat een advocaat met zoveel ervaring een zekere rem zal kunnen zijn op het 'ondoordacht' of te snel indienen van een wrakingsverzoek.

De Wet van 10 juni 2001 heeft al eerder bepaald dat in geval van een kennelijk niet-ontvankelijk verzoek tot wraking van de rechter een geldboete kan worden opgelegd aan de verzoekende partij. De geldboete bedraagt tussen € 125 en € 2500.<sup>372</sup>

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

In de Kamer van Volksvertegenwoordigers in België werden de afgelopen jaren enkele gevallen besproken die aanleiding gaven tot voorstellen tot wijziging van de wrakingsregeling in België. Met name de vraag of de wraking niet oneigenlijk gebruikt wordt, was voorwerp van debat. Nadat een rechter in de zogenoemde zaak-Beaulieu (een zaak van grootschalige fiscale fraude), gewraakt werd omdat hij bij de aanvang van de zitting zou hebben verklaard geen zin te hebben in de behandeling van een dergelijke omvangrijke zaak,<sup>373</sup> werd in 2008 in de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers aan de toenmalige minister van Justitie de vraag gesteld: 'Wat kan de minister doen om dergelijk laakbaar gedrag te beteugelen?'<sup>374</sup> Deze zaak toont enige gelijke-

<sup>372</sup> Art. 838 leden 3 en 4 Ger. W.

<sup>373</sup> Het Hof van Beroep in Brussel heeft, bij arrest van 23 juni 2008, de rechter die de Nederlandstalige raadkamer in de zogenoemde zaak-Beaulieu voorzit, gewraakt. De wraking is gestoeld op de vaststelling dat de rechter bij de aanvang van de zitting van 4 februari 2008 heeft verklaard dat hij als magistraat binnen de vijf jaar opstapt en dat, als hij de zaak langer zou kunnen laten duren dan die vijf jaar, hij het zeker zou doen, om op die manier er vanaf te zijn, maar dat hij het niet mogelijk acht om de zaak alsnog zo lang te kunnen laten duren, zodat hij in de gegeven omstandigheden voor zichzelf maar één oplossing zag, met name zo snel mogelijk van deze zaak af zijn (Parl. St. Kamer 2007-2008, CRABV 52 COM 295, p. 4 en 5).

<sup>374</sup> De toenmalige minister van Justitie Vandeuren antwoordde dat de beroepsinstantie die zich over het wrakingsverzoek moest uitspreken, de betrokken rechter gewraakt had omdat hij blijk had gegeven van vooringenomenheid en het verder aan het parket toekomt om desgevallend een tuchtprocedure op te starten tegen de betrokken rechter (Parl. St. Kamer 2007-2008, CRABV 52 COM 295, p. 4 en 5).

nis met de zaak-Wilders waarbij ook het functioneren en de deontologie van de rechter (hoewel in een andere context) ter discussie stond.

Een meer recent voorbeeld uit de Belgische rechtspraak is dat van een verdachte in een grote fraudezaak die het proces gefrustreerd heeft door net voor de start ervan een nieuwe advocaat in de arm te nemen die (toevallig?) familie is van de aan de zaak toegewezen rechter.<sup>375</sup> Deze zaak geeft het dilemma weer tussen aan de ene kant het tegengaan van procedures die opzettelijk de rechtspraak frustreren en aan de andere kant het bewaken van de onpartijdigheid van de rechter door middel van de mogelijkheid deze ter verantwoording te roepen.

Ondertussen werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend om een bijzondere grond aan de limitatief opgesomde wrakingsgronden toe te voegen wegens vermeend misbruik. Een advocaat zou niet langer mogen optreden in een zaak waarin de rechter die van de zaak kennisneemt, een familielid is.

## **12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- Ondertekening van wrakingsverzoek door een advocaat met minstens tien jaar ervaring als lid van de balie.
- Bevoegdheid tot sanctionering van oneigenlijke wrakingsverzoeken door een geldboete.
- Behandeling van de zaak door de hoger geplaatste rechter.
- Korte en vaste termijn waarbinnen het wrakingsverzoek wordt behandeld.
- Verplichting tot verschoning voor de rechter.
- Limitatieve opsomming van een aantal wrakingsgronden die ook dienen als grond waarop de rechter zich (anticiperend) moet verschonen.

375 Vergelijk: het bericht in *De Standaard* 28 april 2011; zie ook: *De Standaard* 4 maart 2011 en 19 oktober 2011.

## B De wrakingsregeling in Denemarken\*

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

Volgens Deens recht moet de rechter er in beginsel zelf voor zorgen dat hij niet optreedt in een zaak waarin voor hem een grond tot verschoning en wraking (in het Deense recht wordt gesproken van 'inhabilitet', ongeschiktheid) geldt. In artikel 62 Wet op de Rechtspleging (*Lov om rettens pleje*<sup>376</sup>) wordt uitdrukkelijk bepaald dat hij daarop moet toezien en de artikelen waarin de gronden voor 'inhabilitet' staan opgesomd (artt. 60 en 61) beginnen alle met 'Ingen ma handle som dommer i en sag, nar han (...)' (niemand mag als rechter optreden in een zaak, als hij (...)). De rechter die deel uitmaakt van een meervoudige kamer, heeft verder de plicht de overige rechters te informeren over omstandigheden die zijn 'inhabilitet', of die van een van de andere rechters, zouden kunnen meebrengen.

Als gevolg van artikel 62 hebben de partijen in een geding eveneens de bevoegdheid een rechter te wraken (de 'habilitet', geschiktheid, van een rechter ter discussie te stellen).

Aangezien in Denemarken in verschillende hoedanigheden leken worden ingezet in de rechtspraak, behelzen de bepalingen over verschoning en wraking ook voorschriften die hen betreffen. Ook worden in Denemarken op grote schaal (nog) niet voor het leven benoemde rechters ingezet, waarvan een gedeelte ook in andere hoedanigheden werkzaam is.<sup>377</sup> Daarom worden in artikel 66 Wet op de Rechtspleging de voorschriften over terugtreden van de rechter van overeenkomstige toepassing verklaard op juryleden, lekenrechters, deskundige lekenrechters, (nog) niet voor het leven benoemde rechters en 'rechtsgetuigen' (burgers die toezicht houden op de rechtspraak). In artikel 66 lid 2 Wet op de Rechtspleging is bepaald dat de voorzitter van de rechtbank de lekenrechters voor de behandeling vraagt of er enige omstandigheid bestaat die hun 'geschiktheid' om als rechter op te treden in de desbetreffende zaak in de weg staat.

\* Het rapport over Deens recht is mede tot stand gekomen dankzij de zeer gewaardeerde inbreng van mr. F. de Jong, dr. C. Jeppesen de Boer en mr. M. Jonker, allen (voorheen) verbonden aan de Universiteit Utrecht.

376 Wet van 2006, in werking getreden in 2011, *Bekendtgørelse af lov om rettens pleje*, LBK nr. 1063 van 17.11.2011.

377 'Dommersfuldmaegtige' of 'fuldmaegtige ved domstolene'. Hun aantal is ongeveer gelijk aan het aantal voor het leven benoemde rechters. De 'fuldmaegtige' doen ongeveer 40% van de rechtszaken af, zie: P.J.P. Tak & J.P.S. Fiselier, *Denemarken – Nederland. De rechtspleging vergeleken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 105 e.v.

## 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

In de artikelen 60-67 Wet op de Rechtspleging worden de gronden op basis waarvan de rechter moet terugtreden of door partijen kan worden gewraakt, en de procedure opgesomd. Deze wetgeving is van toepassing op burgerlijke zaken en strafzaken, maar in de bepalingen zelf wordt steeds aangegeven of en in hoeverre een bepaalde grond alleen van toepassing is in strafzaken of burgerlijke zaken. Denemarken kent geen aparte bestuursrechtspraak. Als een burger beroep wenst in te stellen tegen een besluit dat in administratief beroep is genomen, komt hij bij de gewone rechtbank terecht, die de zaak als civielrechtelijk geschil behandelt.<sup>378</sup>

De wetgeving bestaat uit:

- twee bepalingen waarin de gronden voor verschoning en wraking worden opgesomd (artt. 60 en 61);
- een bepaling waarin de verplichting van de rechter tot verschoning en de bevoegdheid van de partijen tot wraking wordt verwoord (art. 62);
- een specifieke bepaling over de indiening van wrakingsverzoeken in burgerlijke gedingen (art. 63);
- een bepaling over beroep tegen de beslissing op de wraking (art. 64);
- een bepaling over een gevolg van wraking (art. 65);
- twee bepalingen die regelen in hoeverre de voorschriften voor verschoning en wraking ook voor andere soorten rechters en procesbetrokkenen geldt.

Er zijn geen (algemeen bekende of extern uitgevaardigde) protocollen of rechtersregelingen of codes voor de regeling van de wrakingsprocedure in Denemarken bekend.

## 3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?

Wanneer een na de partijen een verzoek indient tot terugtreden van de rechter, beslist het gerecht of dit verzoek wordt gehonoreerd (art. 62 lid 2). Zit de rechter als alleensprekende rechter, dan constitueert hij 'het gerecht' en beslist hij dus zelf over het verzoek. Met uitzondering van Kopenhagen zijn de meeste rechtbanken zeer klein; vele bestaan slechts uit één rechter.<sup>379</sup> In eerste aanleg treedt in de meeste gevallen een alleensprekende rechter op.<sup>380</sup> Wanneer de rechter deel

<sup>378</sup> Tak & Fiselier 2004, p. 31.

<sup>379</sup> Tak & Fiselier 2004, p. 27.

<sup>380</sup> Heeft de verdachte geen bekentenis afgelegd en heeft het Openbaar Ministerie het voornemen een vrijheidsstraf te vorderen, dan wordt de zaak behandeld door de meervoudige kamer van de rechtbank, bestaande uit een beroepsrechter en twee lekenrechters. Jurystrafzaken (te eisen gevangenisstraf van vier jaar of meer) worden in eerste aanleg door het gerechtshof ('landsretten') met drie professionele rechters en twaalf gezworenen behandeld (Tak & Fiselier 2004, p. 41).

uitmaakt van een meervoudige kamer, dan beslist deze kamer. De betreffende rechter is dan echter (als gevolg van art. 62 lid 2, tweede volzin) niet uitgesloten van de besluitvorming over het wrakingsverzoek.<sup>381</sup>

In artikel 62 lid 1, waarin wordt bepaald dat de rechter zelf moet toezien op zijn 'geschiktheid' op basis van de gronden voor 'inhabiliteit' uit artikel 60 en 61, wordt vervolgens aangegeven dat partijen ook de 'geschiktheid' van de rechter kunnen aanvechten. Daaruit blijkt dat een wrakingsverzoek moet worden gebaseerd op een van de wettelijke gronden opgenomen in artikel 60 en 61. Denemarken kent een halfopen systeem van wrakingsgronden. In artikel 61 is een algemene, open, grond opgenomen op basis waarvan de rechter zich moet terugtrekken of partijen kunnen verzoeken dat de rechter zich terugtrekt: 'Niemand mag als rechter optreden in een zaak, als op basis van de omstandigheden van het geval twijfel kan bestaan aan de volledige onpartijdigheid van de rechter.'

In artikel 60 staan de gesloten, formele gronden opgesomd. Deze uitvoerige bepaling bestaat uit zeven leden, en lid 1 kent nog eens zes onderdelen. De zes onderdelen van het eerste lid betreffen gronden als: de rechter is partij, heeft belang bij de uitkomst van het geding, is familie van een van de partijen, de verdachte, de benadeelde partij of van een advocaat of vertegenwoordiger of officier van justitie of politieambtenaar betrokken bij een strafzaak. Dit eerste lid is sinds de eerste wrakingsregeling in de Wet op de Rechtspleging van 1916 vrijwel ongewijzigd gebleven.<sup>382</sup>

Opvallend genoeg kent artikel 60 een groot aantal functionele onverenigbaarheden die eerst en vooral gelden voor rechters in strafzaken. Het gaat hier om de gevallen waarin de betreffende rechter in eerdere instantie is opgetreden in de strafzaak, of is opgetreden in een strafzaak die is teruggewezen (art. 60 lid 1 onder 5 en 6). Ook gaat het om zaken waarin de strafrechter eerder de voorlopige hechtenis van de verdachte of maatregelen met betrekking tot correspondentie van de verdachte heeft bevolen op basis van bepalingen waarin als criterium voor de toepassing van deze dwangmiddelen geldt dat er 'saerlig bestyrket mistanke' moeten zijn dat de verdachte het feit heeft gepleegd.

De uitspraak van het EHRM in de zaak *Hauschildt v. Denemarken* is aanleiding geweest het tweede lid toe te voegen. In deze uitspraak oordeelde het EHRM dat de zittingsrechter die eerder bevelen tot voorlopige hechtenis had genomen gegrond op voornoemd criterium – vertaald als 'particularly confirmed suspicion' –, niet (objectief) onpartijdig mocht heten.<sup>383</sup> In lid 2 wordt vervolgens bepaald dat deze onverenigbaarheden niet gelden als deze beslissingen niet zijn gegrond op een oordeel over de schuld van de verdachte, of als de verkorte procedure voor bekende verdachten wordt gevolgd.

381 Dat geldt wel voor lekenrechters; zij mogen niet deelnemen aan het beraad over de wraking, Michael Ellehaug, *Inhabetet i dansk Retspleje*, Kopenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001, p. 370.

382 Ellehaug 2001, p. 111 en 112.

383 EHRM 24 mei 1989, *appl. nr.* 10486/83, par. 52.

In de (later ingevoegde) leden 4 en 5 van artikel 60 wordt bepaald dat de rechter die de beslissing heeft genomen bepaald materiaal niet aan de verdediging ter inzage te geven, niet als zittingsrechter mag optreden. Deze rechter heeft immers meer kennis van het bewijs tegen de verdachte dan de verdachte zelf. Ook de regeling van deze onverenigbaarheid heeft veel te maken met het feit dat veel Deense rechtbanken door weinig rechters bemand worden en er geen afzonderlijke onderzoeksrechter bestaat, zodat de rechterlijke taken in het kader van de opsporing en rechterlijke beslissingen voorafgaand aan de terechtzitting worden uitgeoefend en genomen door de gewone (zittings)rechter.<sup>384</sup> In de leden 3 en 6 van artikel 60 staat aangegeven dat als dergelijke beslissingen tijdens de terechtzitting moeten worden genomen, zij worden genomen door een rechter (of een kamer) die niet deelneemt aan de terechtzitting. In artikel 60 lid 7 staat de algemene regel verwoord dat het feit dat een rechter eerder met de zaak van doen heeft gehad, hem niet ongeschikt maakt om de zaak als zittingsrechter te behandelen als de omstandigheden van het geval geen aanleiding geven te veronderstellen dat hij enig belang bij de uitkomst van de zaak heeft. Deze bepaling was al opgenomen in de oorspronkelijke wet van 1916. Sinds de invoering van de bijzondere onverenigbaarheden van de leden 2, 4 en 5 fungeert dit lid als restbepaling.<sup>385</sup>

## 4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

De wet kent slechts één bepaling waarin hierover iets wordt bepaald. In artikel 63 wordt aangegeven dat een wrakingsverzoek zoveel mogelijk moet worden ingediend vóór de mondelinge behandeling begint. In dat geval hoeven, krachtens de tweede volzin van artikel 63, de andere partijen niet op het verzoek te worden gehoord.

Een en ander betekent uiteraard niet, gelet op de bewoordingen 'zoveel mogelijk' en de algemene bepaling van artikel 62 lid 1, waarin in de tweede volzin staat aangegeven dat partijen de 'habilitet' van de rechter kunnen aanvechten, dat wrakingsverzoeken niet tijdens de mondelinge behandeling kunnen worden ingediend.

## 5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?

De wet vermeldt over de procedure slechts dat het gerecht de beslissing over de wraking neemt. Artikel 65 maakt echter duidelijk dat de hoofdprocedure wordt aangehouden totdat over de wraking is beslist; in deze bepaling wordt namelijk uitgemaakt dat de betreffende rechter gedurende het wrakingsverzoek alleen die handelingen in de zaak verricht die geen uitstel dulden.

384 Bo Langsted et al., *Criminal Law in Denmark*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International Law 2011, p. 19.

385 De strekking van deze bepaling komt overeen met de algemene regel die het EHRM in de zaak *Hauschildt v.*

*Denemarken* heeft geformuleerd, namelijk dat het feit dat een zittingsrechter tijdens het vooronderzoek beslissingen heeft genomen in de zaak, op zichzelf niet de vrees van partijdigheid kan rechtvaardigen, EHRM 24 mei 1989, appl. nr. 10486/83, par. 50.

## **6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?**

Uit artikel 63, waarvan de tweede volzin expliciet bepaalt dat in het in de eerste volzin omschreven geval kan worden beslist op het wrakingsverzoek zonder de partijen de gelegenheid te geven zich hierover uit te spreken, moet worden afgeleid dat het horen van de (andere) partijen wel plaatsvindt als het wrakingsverzoek tijdens de terechtzitting wordt gedaan. De wet vermeldt daarover echter niets.

## **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Volgens artikel 218 jo. artikel 62 lid 2 worden beslissingen op een wrakingsverzoek ('kendelser') van gronden voorzien.<sup>386</sup>

## **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

De beroepsmogelijkheden zijn geregeld in artikel 64. Niet vatbaar voor beroep zijn:

- een beslissing van een alleensprekende rechter om zich terug te trekken;
- een beslissing van een meervoudige kamer dat een van de leden van de rechtbank zich moet terugtrekken;
- een beslissing tot honorering van het wrakingsverzoek.

Wordt een wrakingsverzoek afgewezen, dan staat daartegen afzonderlijk beroep ('kaere') open.<sup>387</sup> Dit beroep wordt volgens artikel 968 behandeld door het gerechtshof ('landsretten') in een in beginsel schriftelijke procedure. In bijzondere gevallen of als partijen daarom verzoeken, kan het gerechtshof een hoorzitting houden (art. 972 lid 2). Alle partijen kunnen schriftelijk hun visie kenbaar maken en stukken indienen bij het gerechtshof (art. 971 lid 2).

## **9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

Hierover is geen informatie gevonden, met uitzondering van de discussies rondom de Hauschildt-uitspraak van het EHRM in hoeverre de functiecumulaties tot wetswijzigingen moesten leiden,<sup>388</sup>

<sup>386</sup> Volgens Tak & Fiselier 2004, p. 49, worden de Deense uitspraken meestal uiterst summier gemotiveerd.

<sup>387</sup> 'Kaere' is het beroep dat openstaat tegen gerechtelijke beslissingen die geen einduitspraak behelzen ('kendelser') en is een minder opgetuigde beroepsmodaliteit dan 'anke', het gewone hoger beroep. Zie: Langsted et al. 2011, p. 212.

<sup>388</sup> Zie daarover uitvoerig: Ellehauge 2001, p. 188 e.v.

welke discussies en uitspraak hebben geleid tot de bovenbesproken wetswijzigingen en de incorporatie van het EVRM in het Deense recht.

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

De wettelijke regeling van de verschoning en wraking is in de periode van 1989 tot 2000 aangepast naar aanleiding van het arrest van het EHRM in de zaak *Hauschildt v. Denemarken*,<sup>389</sup> maar ook op basis van uitspraken van de Deense Hoge Raad over de onverenigbaarheid van functies bekleed door de niet voor het leven benoemde rechters.<sup>390</sup> In 2011 is de nieuwe Wet op de Rechtspleging van 2006 (de oude dateerde van 1916) in werking getreden, met inbegrip van deze eerdere aanpassingen van de wrakingsregeling.

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Daar zijn geen aanwijzingen voor gevonden.

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- De betreffende rechter is gedurende het wrakingsverzoek bevoegd handelingen te verrichten die geen uitstel dulden.
- De wet duidt gedetailleerd functionele onverenigbaarheden in het strafrecht aan als gronden voor verschoning en wraking. Daarnaast kent de wet een open, algemene grond als vangnetbepaling.
- Tegen een afwijzende beslissing op het wrakingsverzoek staat een afzonderlijk rechtsmiddel open.

389 EHRM 24 mei 1989, *appl. nr.* 10486/83.

390 L. Prakke & C.J.A.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van 15 landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 92.

## C De wrakingsregeling in Duitsland

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

De Duitse wetgever werkt de grondgedachte van onpartijdigheid en objectiviteit van de rechter op twee manieren uit. Enerzijds zijn er de wettelijke uitsluitingsgronden en anderzijds is er de regeling voor de wraking van een rechter.

Paragraaf 22 Strafprozessordnung (hierna: StPO) sluit bijvoorbeeld van berechting uit een rechter die:

- slachtoffer van het delict is;
- op bepaalde wijze in familierechtelijke betrekking staat tot de verdachte of het slachtoffer;
- in dezelfde zaak al een rol heeft gespeeld in een geheel andere hoedanigheid, bijvoorbeeld als functionaris van het OM of de politie, als advocaat van een van de betrokkenen of als getuige.

Paragraaf 23 StPO Abs. 1 sluit van berechting in hogere instantie uit de rechter die aan de beroepen beslissing heeft meegewerkt. In de Zivilprozessordnung (hierna: ZPO) zijn sterk vergelijkbare uitsluitingsgronden opgenomen. Men kan een rechter echter ook wraken op grond van deze wettelijke uitsluitingsgronden.

Naast die wettelijke uitsluitingsgronden (*Ausgeschlossenheit*) vindt wraking plaats 'wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen' (*Befangenheit*).

Het onderscheid tussen wettelijke uitsluitingsgronden en wraking door partijen is van belang omdat als er sprake is van schending van de wettelijke uitsluitingsregels, dit van rechtswege gevolgen heeft. Daarnaast zijn aan het onderscheid nog andere belangrijke consequenties verbonden, namelijk voor het antwoord op de vraag wanneer een verzoek moet worden gedaan (zie vraag 4) en voor de rechtsmiddelen die ingesteld kunnen worden (zie vraag 8).

Er zijn uiteindelijk twee mogelijkheden waarop de rechter in een concrete zaak van de zaak 'afgehouden' kan worden.

#### 1 Verschoning en overige ambtshalve uitsluiting

Alleen wanneer er geen sprake is van twijfel over het bestaan van een wettelijke uitsluitingsgrond, trekt de rechter zich zonder meer terug. Anders volgt een procedure gelijk aan die van wraking over het bestaan van de wettelijke uitsluitingsgrond.

Aanwijzingen dat er sprake is van zo'n grond kunnen van de rechter zelf komen (verschoning), maar kunnen ook op een andere manier naar voren zijn gekomen. Een rechter die weet dat er een wettelijke uitsluitingsgrond tegen hem bestaat, moet zich van de zaak onthouden. De rechter moet zich ook verschonen wanneer de eerdergenoemde algemene grond van *Befangenheit* aan de orde is.

## 2 Een partij dient een wrakingsverzoek in

Er zijn de wettelijke uitsluitingsgronden en een partij kan de eerdergenoemde algemene grond van *Befangenheit* aanvoeren.

## 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

De wettelijke basisregeling is vast in paragrafen 41 e.v. ZPO respectievelijk de paragrafen 22 e.v. StPO. In de overige procesregelingen voor de gespecialiseerde rechters is deze regeling vrijwel hetzelfde overgenomen. Dit betreft het Arbeitsgericht van het Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG),<sup>391</sup> de algemene bestuursrechter van de Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO),<sup>392</sup> gerechten van de Finanzgerichtsbarkeit van de Finanzgerichtsordnung (FGO)<sup>393</sup> en de gerechten van de Sozialgerichtsbarkeit van het Sozialgerichtsgesetz (SGG).<sup>394</sup>

In drie van deze procesregelingen voor gespecialiseerde rechters (de VwGO, de FGO en de SGG) is een extra wettelijke uitsluitingsgrond opgenomen. Uitgesloten is namelijk ook een rechter die in de procedure bij het bestuur activiteiten heeft verricht met betrekking tot de aan hem voorgelegde zaak. Verder wordt als gevolg van deze procesregelingen steeds voldaan aan de wrakingsgrond van paragraaf 42 Abs. 2 ZPO wanneer de rechter een publiekrechtelijk lichaam vertegenwoordigt wiens belang door de procedure direct geraakt wordt.

391 De organisatorische en procedurebepalingen met betrekking tot de Arbeidsrechten zijn opgenomen in de *Arbeitsgerichtsgesetz*. Zie voor de wrakingsregeling: paragrafen 46 en 49 ArbGG.

392 De organisatorische en procedurebepalingen met betrekking tot de algemene Duitse bestuursrechter zijn opgenomen in de *Verwaltungsgerichtsordnung*. Zie voor de wrakingsregeling: paragraaf 54 Abs. 1 VwGO.

393 De organisatorische en procedurebepalingen met betrekking tot de gerechten van de *Finanzgerichtsbarkeit* zijn opgenomen in de *Finanzgerichtsordnung*. Het gaat hierbij met name om belastinggeschillen. Zie voor de wrakingsregeling: paragraaf 51 Abs. 1 FGO.

394 De organisatorische en procedurebepalingen met betrekking tot de gerechten van de *Sozialgerichtsbarkeit* zijn opgenomen in de *Sozialgerichtsgesetz*. Het komt erop neer dat zij bevoegd zijn in geschillen met betrekking tot de sociale verzekering en de werkloosheidsverzekeringen. Zie voor de wrakingsregeling: paragraaf 60 Abs. 1 SGG.

### **3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?**

In civiele zaken, bestuursrechtzaken en belastingzaken wordt over het wrakingsverzoek uitspraak gedaan door het college waartoe de gewraakte rechter behoort, maar zonder zijn medewerking. Bij het Amtsgericht beslist een andere rechter van het Amtsgericht (paragraaf 45 ZPO).

In strafzaken moet onderscheid worden gemaakt tussen de vraag naar de ontvankelijkheid van het verzoek en de gegrondheid. In het eerste geval beslist de gewraakte rechter mee (paragraaf 26a StPO Abs. 2). Is het beroep ontvankelijk, dan wordt over de gegrondheid uitspraak gedaan door het college waartoe de gewraakte rechter behoort, maar dan zonder zijn medewerking (paragraaf 27 StPO).

Bij zaken over sociale verzekeringen en werkloosheidsverzekeringen behoort de beslissing bij het gerecht onmiddellijk hoger in rang dan dat waartoe de gewraakte rechter behoort. Over de ontvankelijkheid kan wel worden meebeslist door de gewraakte rechter als die het Landessozialgericht (LSG; appelrechter binnen de Sozialgerichtsbarkeit) en het Bundessozialgericht (BSG; cassatierechter binnen de Sozialgerichtsbarkeit) betreft. Een rechter van het Sozialgericht (SG; rechter in eerste aanleg binnen de Sozialgerichtsbarkeit) heeft die mogelijkheid niet.<sup>395</sup>

Het verzoek moet schriftelijk worden ingediend bij het gerecht, maar het kan ook mondeling via de griffie worden plaatsvinden als verplichte procesvertegenwoordiging niet noodzakelijk is. Het verzoek is niet-ontvankelijk indien:

- het niet tijdig is gedaan (zie vraag 4);
- geen grond voor wraking wordt genoemd of geen bewijs om de grond te onderbouwen (of het bewijs aannemelijk is, is een vraag die ziet op de gegrondheid van het verzoek);
- het wrakingsverzoek wordt misbruikt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer onnodig tijd wordt gerektd. In strafzaken moet de beslissing dat misbruik wordt gemaakt van het wrakingsverzoek unaniem worden genomen en met een opgave van de gronden waarom daar sprake van is (paragraaf 26a Abs. 2 StPO). Een reden om misbruik aan te nemen is wanneer een volgend verzoek wordt gedaan zonder nieuwe feiten te noemen.

De rechter om wiens wraking is verzocht moet zich over het verzoek uitlaten.

<sup>395</sup> J. Meyer-Ladewig, *Sozialgerichtsgesetz. Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, par. 60, Rdn. 10d.

#### 4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

De wetgever beschouwde de wettelijke uitsluitingsgronden als belangrijkste middel om de onpartijdigheid van de rechter te waarborgen, belangrijker dan de afwijzingsgrond in de zin van paragraaf 42 Abs. 2 ZPO en paragraaf 24 Abs. 2 StPO. Dat is namelijk de ‘open’ wrakingsgrond ‘Wegen Besorgnis der Befangenheit findet Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen’. Uit de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht volgt echter dat juist deze grond veel belangrijker is geworden en nog steeds wordt.<sup>396</sup> Dat de wetgever dat anders zag, verklaart ook het verschil in procesrechtelijke behandeling van de gronden (zie ook vraag 8).

Als het gaat om de eerdergenoemde open wrakingsgrond van paragraaf 42 Abs. 2 ZPO en van paragraaf 24 Abs. 2 StPO, dan geldt ten eerste dat wanneer men niet tijdig (grof gezegd: voor de inhoudelijke behandeling) dat bezwaar heeft opgeworpen men het recht om te klagen verliest (paragraaf 25 StPO en paragraaf 43 ZPO). Ook geldt dat zowel in het StPO (paragraaf 25 Abs 1 StPO) als impliciet in het ZPO (paragraaf 43 jo. paragraaf 295 ZPO) in het geval van deze grond alle feiten of omstandigheden tegelijk moeten worden voorgedragen. Een volgend verzoek om wraking van dezelfde rechter op deze grond wordt niet in behandeling genomen, tenzij feiten of omstandigheden worden voorgedragen die pas na het eerdere verzoek aan de verzoeker bekend zijn geworden. Men moet aannemelijk maken dat deze feiten of omstandigheden pas later aan de verzoeker bekend zijn geworden (paragraaf 44 Abs 3 ZPO) (zie voor een vergelijkbare regeling paragraaf 25 Abs 2 StPO). Voor de wettelijke uitsluitingsgronden (zie vraag 1) gelden dergelijke eisen niet.

#### 5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot ‘wraking’?

Als het verzoek ontvankelijk is, moet de rechter tegen wie wraking is verzocht, zich over het verzoek uitlaten. Vanaf het verzoek mag de gewraakte rechter geen verrichtingen meer uitvoeren tenzij in een spoedgeval. Dit wordt de *Wartepflicht* genoemd. Voor de gewraakte rechter komt een vervanger in de plaats.

Om misbruik van een verzoek te voorkomen, is voor civiele zaken in paragraaf 47 Abs 2 ZPO opgenomen dat wanneer de rechter tijdens de behandeling van de zaak (de ‘Hauptverhandlung’) wordt gewraakt en dit verzoek een verdaging van de behandeling noodzakelijk maakt, de behandeling toch met medewerking van de gewraakte rechter kan worden voortgezet. Wordt het wrakingsverzoek gegrond verklaard, dan wordt het deel van de behandeling dat heeft plaatsgevonden na het wrakingsverzoek overgedaan. Dit geldt echter niet voor de handelingen die

<sup>396</sup> G. Volkommer, *Der Ablehnbare Richter; Die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots richtlicher Unparteilichkeit im Prozess*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 87.

geen uitstel kunnen dulden. Beslissingen die geen uitstel dulden en ook buiten de 'Haupt-verhandlung' kunnen worden genomen, kunnen met medewerking van de rechter tegen wie een wrakingsverzoek worden genomen. Voor strafzaken kent paragraaf 29 Abs. 2 StPO eenzelfde regeling.

## **6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?**

De rechter tegen wie wraking is verzocht, moet zich over het verzoek uitlaten, maar deze plicht lijkt meer te zien op het geven van informatie die noodzakelijk is om te beoordelen of voldaan wordt aan een wrakingsgrond dan op een wrakingsprocedure op tegenspraak.

Opvallend is wel dat niet alleen de verzoeker van de wraking in de gelegenheid moet worden gesteld om te worden gehoord, maar ook andere partijen. Dit is ook het geval als de rechter zich verschoont. Verschoning wordt niet beschouwd als *innerdienstliche Angelegenheit*; dus moet een partij in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. Dit hangt samen met het feit dat het zittingsrooster een meer formele status heeft dan bij ons en men vindt dat partijen daaraan rechten kunnen ontleenen.<sup>397</sup>

## **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is niet voorzien in een bijzondere motiveringsplicht voor de wrakingsrechter, met uitzondering van het geval bedoeld in paragraaf 26a Abs 2 StPO. Die bepaling verlangt in strafzaken het aanduiden van de gronden voor afwijzing van het wrakingsverzoek voor gevallen waarin een verzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat er sprake is van oneigenlijk gebruik. Daarbij is dat oneigenlijk gebruik omschreven als dat het wrakingsverzoek 'offensichtlich das Verfahren nur verschleppt oder nur verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden sollen'.

## **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

Als het wrakingsverzoek wordt toegewezen, dan staat geen rechtsmiddel open.

Wordt het wrakingsverzoek afgewezen, dan staat in het strafrecht (StPO) en in het civiele recht (ZPO) tegen beslissingen genomen in eerste instantie *sofortige Beschwerde* open. In het civiele recht staat tegen *Beschlüsse* van het Oberlandesgericht *sofortige Rechtsbeschwerde* open (paragraaf 574 ZPO jo. En paragraaf 575 ZPO). De gewraakte rechter heeft deze mogelijkheid niet.

<sup>397</sup> Zie: BVerfG 1 BvR 878/90, NJW 1993, 2229.

Men kan *sofortige Beschwerde* omschrijven als een vereenvoudigd hoger beroep met een korte beroepstermijn,<sup>398</sup> en *sofortige Rechtsbeschwerde* omschrijven als een vorm van cassatie op korte termijn. Het instellen van dit *sofortige Beschwerde* rechtsmiddel heeft in beginsel geen schorsende werking (paragraaf 572 ZPO, respectievelijk paragraaf 307 StPO). Dit rechtsmiddel moet volgens het ZPO binnen twee weken nadat de uitspraak is bekendgemaakt en volgens het StPO binnen een week worden ingesteld. Zeer opvallend is echter dat dit rechtsmiddel niet openstaat in de procesregelingen voor de gespecialiseerde rechters, te weten het ArbGG, de VwGO, de FGO en het SGG.

Na bovengenoemd rechtsmiddel kan men cassatie instellen wanneer de verzoeker wel gelijk heeft gekregen, hoewel dit niet tot een wijziging in de samenstelling heeft geleid. Dit laatste is een absolute cassatiegrond. Men kan van een absolute cassatiegrond geen afstand doen. Dit houdt in dat men ook in het geval dat men afstand heeft gedaan of heeft nagelaten tijdig te klagen over de aanwezigheid van ofwel deze cassatiegrond ofwel de aanwezigheid van een wettelijke uitsluitingsgrond, nog steeds een beroep daarop grond kan doen (paragraaf 547 onder 3 ZPO). In het civiele recht is een vordering tot nietigverklaring op deze grond ook mogelijk. In het strafrecht niet.

In hoger beroep vindt een volledig nieuwe beoordeling van de zaak plaats. Een onrechtmatige bezetting van het gerecht in eerste aanleg wegens schending van de wettelijke regels leidt dan wel tot vernietiging van de uitspraak van de eerste aanleg, maar terugverwijzing naar de rechter in eerste aanleg vindt lang niet altijd plaats. De nieuwe behandeling en het oordeel van de appelrechter treden dan in de plaats van het vernietigde oordeel, waardoor ook cassatie op grond van bezwaren tegen de eerste aanleg geblokkeerd is. In het geval de uitspraak van de eerste aanleg in appel in stand blijft – het hoger beroep wordt verworpen – kan tegen schending van het recht over de samenstelling van het gerecht in eerste aanleg nog wel in cassatie geklaagd. Dit laatste is ook het geval als de appelrechter de wettelijke uitsluitingsgronden schendt. Een vordering tot nietigverklaring staat in het ZPO in deze gevallen ook open (paragraaf 579 onder 2 ZPO).

In het strafrecht moet wat betreft de wettelijke uitsluitingsgronden een verschil worden gemaakt tussen de diverse gerechten in eerste aanleg.<sup>399</sup> Voor het Landgericht en het Oberlandesgericht geldt namelijk niet precies dezelfde regeling als voor het Amtsgericht, wat gerelateerd kan worden aan het ontbreken van een hoger beroep in de gevallen waarin het Landgericht en het Oberlandesgericht als rechter in eerste aanleg fungeert. In die gevallen is er dus maar één feitelijke instantie. Bij berechting voor het Landgericht en het Oberlandesgericht krijgen de partijen in

398 De manier waarop de *Beschwerde* wordt afgedaan, verschilt. In het ZPO bezieet de eerste rechter (die dus zelf de aangevallen beslissing heeft gegeven) of het bezwaar gegrond moet worden geacht. Als hij het bezwaar niet gegrond acht, legt hij de *Beschwerde* voor aan het hof (par. 572 ZPO).

399 Zie: E.F. Stamhuis, De onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting, in: *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

beginsel voor de aanvang van de behandeling als gevolg van paragraaf 222a StPO een kennisgeving over de samenstelling van het gerecht. Daarop kan een bezwaar tegen de bezetting ingediend worden tot uiterlijk het moment van de ondervraging van de verdachte (resp. de eerste verdachte in geval van pluraliteit); aldus paragraaf 222b StPO. Is dat niet gebeurd, dan kan vervolgens het bezwaar niet voor het eerst worden aangevoerd als grond voor vernietiging na aanwending van een rechtsmiddel.

De vernietiging wegens onjuiste samenstelling wordt door paragraaf 338 Nr. 1 StPO beperkt tot de gevallen waarin:

- de voorschriften voor de kennisgeving van bezetting zijn geschonden;
- het opgeworpen bezwaar genegeerd of verworpen is;
- de procedure voor de behandeling van een dergelijk bezwaar niet is gevolgd;
- de samenstelling na gegrondbevinding van het bezwaar niet is gewijzigd.

Voor de gevallen die geen verplichte kennisgeving kennen – de berechting in eerste aanleg vindt plaats voor het Amtsgericht – voorziet de wet niet in een dergelijke regeling, maar uit paragraaf 338 Abs. 2 StPO vloeit wel voort dat een schending van de wettelijke bezettingsregels in hoger beroep in deze gevallen een grond voor ingrijpen van de cassatierechter is. In hoger beroep vindt echter een volledig nieuwe beoordeling van de zaak plaats. Een onrechtmatige bezetting van het gerecht in eerste aanleg, wegens schending van de wettelijke regels of wegens partijdigheid anderszins, leidt dan wel tot vernietiging van het vonnis in eerste aanleg, maar terugverwijzing naar de rechter in eerste aanleg is niet toegelaten. De nieuwe behandeling en het oordeel van de appelrechter treden dan in de plaats van het vernietigde oordeel, waardoor ook cassatie op grond van bezwaren tegen de eerste aanleg geblokkeerd is. In het geval het vonnis van de eerste aanleg in appel in stand blijft – het hoger beroep wordt verworpen –, kan tegen schending van het recht over de samenstelling van het gerecht in eerste aanleg nog wel in cassatie worden geklaagd.

**9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

In de literatuur wordt er onder meer op gewezen dat indien men in het geval van *Befangenheit* pas na de eerste uitspraak achter gronden komt waarom de eerste rechter gewraakt zou moeten worden, men daarover in hoger beroep zou moeten kunnen klagen.<sup>400</sup> Dat kan nu niet. Echter, vaak leidt dat niet tot problemen omdat in hoger beroep een volledig nieuwe beoordeling van de zaak plaatsvindt.

<sup>400</sup> Volkommer 2001, p. 350 en 351.

Men heeft ook kritiek op de omvang van de bescherming in het civiele recht van het gezag van gewijsde nu in het geval van *Befangenheit* alleen van de *Nichtigheitsklage* gebruik kan worden gemaakt wanneer de verzoeker wel gelijk heeft gekregen, maar dit niet tot een wijziging in de samenstelling heeft geleid.<sup>401</sup>

Kritiek is er ook op het feit dat bij de gespecialiseerde rechters geen hoger beroep openstaat als het wrakingsverzoek wordt afgewezen.<sup>402</sup>

## **10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

Met het in werking treden van de Justizmodernisierungsgesetz van 28 augustus 2004 (BGBl I 298) in 2004 geldt voor civiele zaken en strafzaken de voorziening van paragraaf 47 Abs 2 ZPO respectievelijk paragraaf 29 Abs 2 StPO om misbruik van de wrakingsregeling tegen te gaan. Beide bepalingen voorzien in de mogelijkheid dat na het wrakingsverzoek de behandeling toch met medewerking van de gewraakte rechter kan worden voortgezet. Wordt het wrakingsverzoek gegrond verklaard, dan wordt dit deel van de behandeling na het wrakingsverzoek overgedaan. Het belangrijkste verschil tussen beide bepalingen is gelegen in de toepassingsgrond.<sup>403</sup> Waar paragraaf 29 Abs 2 StPO spreekt over onderbreking van de behandeling en daarbij verwijst naar het misbruik als omschreven in paragraaf 26a StPO (zie vraag 7) beperkt paragraaf 47 Abs 2 ZPO zich tot het geval dat het wrakingsverzoek leidt tot een vertraging van de behandeling. Momenteel onderzoekt een werkgroep de aanbevelingen die zijn gedaan door de conferentie van voorzitters van het Berlijnse Hof van Beroep, lokale hoven van beroep en het Federale gerechtshof, of in strafzaken de wrakingsverzoeken niet beter zouden kunnen worden afgehandeld via een speciaal daartoe samengestelde kamer. Momenteel zijn dergelijke kamers niet voorzien in paragraaf 27 StPO.

## **11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Zie vraag 10.

401 Volkommer 2001, p. 352.

402 Zie voor het arbeidsrecht: E. Schneider, 'Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 21.4.1998', *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1998, p. 984.

403 Daarnaast bevat paragraaf 29 Abs 2 StPO nog enkele procedurele voorschriften voor het moment van beslissen.

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- Verrichtingen kunnen alsnog worden uitgevoerd in een spoedgeval (door een vervanger).
- Behandeling voortzetten in geval van misbruik; bij gegrondverklaring wordt de zaak opnieuw behandeld.
- Niet-ontvankelijkverklaring van een wrakingsverzoek wanneer sprake is van misbruik.

## D De wrakingsregeling in Engeland

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

Het verzoek wordt gericht tot de betreffende rechter zelf. De rechtzoekende verzoekt hem zich te verschonen. Dit verzoek kan zowel op formele als op informele wijze worden gedaan. Een formeel verzoek vereist een *application notice* en ondersteunend bewijs, bijvoorbeeld een getuigenverklaring.

De rechter moet zich verschonen in alle gevallen waarin (een schijn van) partijdigheid zou kunnen ontstaan. Ook bestaat de gedragsregel voor rechters dat ze zich moeten onthouden van elke activiteit in de publieke of private sfeer die hun rechterlijke onafhankelijkheid of onpartijdigheid in het gedrang zou kunnen brengen. Wanneer de schijn van partijdigheid dreigt te ontstaan, moeten de rechters zich schikken naar de regels die volgen uit gevestigde feitenrechtspraak.

### 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

Er is geen speciale wrakingsregeling en evenmin een verschoningsregeling.

### 3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?

Het komt wel voor dat een andere rechter over het wrakingsverzoek beslist, maar meestal is het de gewraakte rechter zelf.<sup>404</sup>

### 4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?

De verschoning van de rechter is a *self policing matter*. De gedragsregels voor rechters zijn vastgelegd in de *Guide to judicial conduct* en de *terms and conditions* voor rechters uitgevaardigd door de Lord Chancellor.

Een wrakingsverzoek moet zo snel mogelijk worden gedaan. Zie in dit verband de zaak *Locabail v. Bayfield Properties*, waarin het Court of Appeal overweegt dat 'the greater the passage of time

<sup>404</sup> Zie: R.G. Hammond, *Judicial recusal. Principles, Process and Problems*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 42 en 43 en p. 71-76.

between the event relied on as showing a danger of bias and the case in which the objection is raised, the weaker (other things being equal) the objection will be'.<sup>405</sup> Zie ook de zaak *Baker v. Quantum* waarin wordt overwogen dat 'it is not open to a party which thinks it has grounds for asking for recusal to take a leisurely approach to raising the objection. Applications for recusal go to the heart of the administration of justice and must be raised as soon as is practicable'.<sup>406</sup> Vermelding verdient nog dat wraking ook al mogelijk is als het vermoeden bestaat dat de zaak aan een bepaalde rechter zal worden toegewezen.

## **5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?**

Ook hier geldt dat er geen vaste procedure of werkwijze is.

## **6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?**

Nee.

## **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is geen motiveringsplicht.

## **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

Tegen de afwijzing van een wrakingsverzoek kan beroep worden ingesteld bij het Court of Appeal. Bij zijn oordeel let het Court of Appeal onder meer op de eventuele verklaring van de gewraakte rechter over zijn kennis of waardering van de relevante omstandigheden.<sup>407</sup> Het is niet de rol van het Court of Appeal om te beslissen over de aanvaardbaarheid van de verklaring. Het hof moet slechts de vraag beantwoorden of er een 'real danger of bias' is in weerwil van de verklaring casu quo de uitleg van de gewraakte rechter. De test is of, gezien alle omstandigheden, deze: 'would lead a fair minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased'.<sup>408</sup>

405 *Locabail (UK) Ltd. v. Bayfield Properties* [2000] QB 451, par. 25.

406 *Baker v. Quantum* [2009] EWCA Civ 566.

407 Zie: *Hovell v. Lees Millias* [2007] EWCA Civ 720.

408 Zie: *Hovell v. Lees Millias* [2007] EWCA Civ 720 en *Porter v. McGill* [2001] UKHL 67).

**9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

Ja. De kritiek betreft met name het ontbreken van een deugdelijke regeling die voldoet aan de eisen zoals die ook voortvloeien uit artikel 6 EVRM.

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

Voor zover vastgesteld kon worden, is dat niet het geval.

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Er zijn uitspraken waaruit kan worden afgeleid dat oneigenlijk gebruik van de wrakingsmogelijkheid voorkomt. Men moet hierbij twee dingen in gedachten houden.

Gegeven het toepasselijke criterium wordt een wrakingsverzoek allereerst niet snel toegewezen. De gerechten zijn zich ook zeer bewust van de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik. Zie in dit verband de zaak *Mireskandari v. Law Society* [2009] EWHC 2224, waarin het High Court het wrakingsverzoek beoordeelde in het licht van de kans van slagen van de hoofdzaak. In deze zaak oordeelde het High Court dat de hoofdzaak ‘was misconceived and baseless’ en concludeerde het dat het wrakingsverzoek om oneigenlijke redenen was gedaan. Het gedrag van de eiser bracht hof ertoe om hem de te veroordelen in de kosten van de wederpartij.

Ten tweede loopt de wrakende partij het risico dat zij de rechter ergert en dat kan haar zaak schaden, omdat de gewraakte rechter ‘op de zaak’ blijft. Dit risico doet zich vooral voor als de betreffende rechter ten onrechte is ‘beschuldigd’. Dit risico zal zonder twijfel ongegronde wrakingsverzoeken voorkomen.

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

Ja, voor zover in één bekend geval de partij die een oneigenlijk wrakingsverzoek had ingediend door de hogere rechter is veroordeeld in de proceskosten. Voor het overige wijkt het Engelse systeem te sterk af en is te weinig gereguleerd om als inspiratie te kunnen dienen.

## E De wrakingsregeling in Italië<sup>409</sup>

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

De onpartijdigheid van een rechter kan volgens Italiaans recht in civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken, zowel door de (proces)partijen, als door de rechter zelf aangevoerd worden.

Wat de vraag tot verschoning van de rechter zelf betreft, wordt een onderscheid gemaakt tussen vrijwillige verschoning en verplichte verschoning ('la astensione facoltativa' en 'la astensione obbligatoria'). De Codice di Procedura Civile (hierna: CPC) respectievelijk de Codice di Procedura Penale (hierna: CPP) sommen de gevallen op waarin de rechter zich moet verschonen in burgerlijke zaken, respectievelijk in strafzaken (respectievelijk art. 51 CPC en art. 36 en 37 CPP). Artikel 17 en 18 van de Nuovo Codice del Processo Amministrativo bepalen dat de regelingen van vrijwillige en verplichte verschoning en wraking in bestuurszaken op dezelfde wijze geregeld zijn als in civiele zaken.

Het gaat daarbij zowel om gesloten gronden zoals 'in een andere hoedanigheid van de zaak al kennis hebben genomen' als om open gronden zoals een 'blijk van vooringenomenheid'.

Naast deze gevallen waarin de rechter zich verplicht moet verschonen ('astenersi'; de verschoning wordt omschreven als de procedure van 'astensione'), kan de rechter te allen tijde, zowel in civielrechtelijke als strafrechtelijke procedures, aan de voorzitter van zijn rechtbank vragen om zich te mogen verschonen.

Wanneer de voorzitter van de rechtbank zich wil verschonen, moet hij het verzoek hiertoe richten aan de voorzitter van de onmiddellijk hoger geplaatste rechtsprekende instantie. Hoewel de rechter dus te allen tijde mag vragen of hij zich mag verschonen, is dit geen discretionaire bevoegdheid: uiteindelijk zal de voorzitter van de rechtbank oordelen of de verschoning in een concreet geval toelaatbaar is.

In de gevallen waarin de rechter verplicht was zich te verschonen, kan ook elke partij om de wraking van de betrokken rechter verzoeken. De rechter kan zich ook verschonen nadat hij een wrakingsverzoek heeft ontvangen van een van de procespartijen.

409 De bronnen die voor dit rapport gebruikt zijn, zijn: A. Giarda, *Codice di procedura penale e legislazione complementare*, Milaan: Ipsoa 1995, p. 85 e.v.; J. Van Compernelle & G. Tarzia, *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Brussel: Bruylant 2006, p. 139-156; L. Dittrich, *La procédure de récusation en droit italien. L'impartialité du juge et de l'arbitre: Étude de droit comparé*, Brussel: Bruylant 2006, p. 139-156; G. Scarselli e.a., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, Collana Quaderni de «Il giusto processo civile», Napels: Edizioni Scientifiche Italiane 2010; A. Panzarola, *La ricsuzione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari: Cacucci 2008; D. Lotario, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice civile*, Padova: Cedam 1991.

## 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

Er bestaat een verschil in de wrakingsprocedure van civielrechtelijke geschillen en die van strafrechtelijke geschillen. De regels van de wrakingsprocedure inclusief de wrakingsgronden in civielrechtelijke geschillen zijn terug te vinden in artikel 51 e.v. CPC. De regels van de wrakingsprocedure inclusief de wrakingsgronden in strafrechtelijke geschillen worden geregeld door de artikelen 34 e.v. CPP.

De CPP voorziet voor de strafrechter verschillende onverenigbaarheden qua functies, die de strafrechter dus niet mag cumuleren met zijn rechtsprekende functie. Miskening van deze onverenigbaarheden leidt tot een absolute nietigheid van de strafrechtelijke uitspraak en, ingeval de zaak nog niet in beraad is genomen, tot een absolute nietigheid van de verrichte proceshandelingen.

Wanneer de rechter zich in een civiele procedure niet heeft verschoond in de gevallen waarin hij dat wel had moeten doen (gevallen van verplichte verschoning, bijvoorbeeld in de gevallen wanneer de rechter al in een andere hoedanigheid van de zaak heeft kennisgenomen), komt het aan de procespartijen toe om zich tijdig te beroepen op een grond tot wraking. Laten zij na dat tijdig te doen, dan worden ze geacht van hun recht om de wraking in te roepen afstand te hebben gedaan.

Er bestaan geen (algemeen bekende of extern uitgevaardigde) protocollen of rechtersregelingen of codes voor de regeling van de wrakingsprocedure in Italië.

## 3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?

In beginsel doet het gerecht dat onmiddellijk hoger in rang is geplaatst dan het gerecht waartoe de gewraakte rechter behoort, uitspraak over de wraking. Er bestaan daartoe enkele vaste regels in strafzaken (art. 40 CPP):

- over een wrakingsverzoek gericht tegen een vrederechter oordeelt een rechter in eerste aanleg;
- over een wrakingsverzoek gericht tegen een rechter in eerste aanleg, een rechter van het hof van assisen, of van het appelgerecht in assisen beslist het hof van beroep;<sup>410</sup>

410 Het ook in België en Frankrijk bekende hof van assisen is de strafrechtbank die speciaal (per zaak) wordt samengesteld om over de zwaarste misdaden (moordzaken, etc.) uitspraak te doen. Het hof van assisen wordt voor elke zaak opnieuw samengesteld uit drie rechters en twaalf juryleden. Het oordeel over schuld/onschuld wordt aan de lekenjury overgelaten. In samenspraak tussen jury en voorzitter van het hof (magistraat) wordt dan daarna in voorkomend geval de strafmaat bepaald. Deze hoven staan dus buiten de normale gerechtshoven en rechtbanken.

- over een wrakingsverzoek gericht tegen een magistraat van het hof van beroep oordeelt een andere kamer van het hof van beroep, waarvan de gewraakte magistraat geen deel uitmaakt;
- over een wrakingsverzoek gericht tegen een magistraat van het Hof van Cassatie oordeelt een andere kamer van het Hof van Cassatie, waarvan de gewraakte magistraat geen deel uitmaakt.

In civiele zaken gelden de volgende regels van artikel 53 CPC:

- over een wrakingsverzoek gericht tegen een vrederechter oordeelt een rechter in eerste aanleg;
- over een wrakingsverzoek gericht tegen een magistraat van de rechtbank van eerste aanleg of van het hof van beroep oordeelt een andere kamer van het hof van beroep of van de rechtbank, waarvan de gewraakte magistraat geen deel uitmaakt;
- over een wrakingsverzoek gericht tegen een magistraat van het Hof van Cassatie oordeelt een andere kamer van het Hof van Cassatie, waarvan de gewraakte magistraat geen deel uitmaakt.

Het verzoek tot wraking van rechters die zich moeten uitspreken over het wrakingsverzoek, is niet-ontvankelijk.

#### **4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?**

Wanneer de naam van de rechter die van de zaak kennis zal nemen bekend is bij de verzoekende partij, moet zij haar verzoekschrift tot wraking van de rechter, met aanduiding van de naam van de rechter tegen wie wraking wordt verzocht, de gronden tot wraking en eventueel van de bewijsstukken, schriftelijk bij de griffie indienen en wel uiterlijk drie dagen voor aanvang van de zitting. Als de naam van de rechter die van de zaak kennis zal nemen, nog niet bekend is, moet de verzoeker zijn vraag tot wraking indienen zo snel mogelijk na aanvang van de zitting en voordat de eigenlijke behandeling van de zaak en de debatten plaatsvinden. Deze regel geldt zowel in civiele zaken als in strafzaken. Wanneer de grond voor wraking pas bekend wordt tijdens de behandeling van de zaak, moet het wrakingsverzoek in ieder geval voor de sluiting van de debatten ingediend worden.

## 5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?

De procespartij die een rechter wil wraken, moet daartoe een verzoekschrift opstellen, waarin zij beschrijft welke rechter precies gewraakt moet worden en moet op straffe van nietigheid nauwkeurig alle wrakingsgronden vermelden die het wrakingsverzoek ondersteunen, in voorkomend geval vergezeld van de nodige bewijsstukken.

Het wrakingsverzoek kan ingediend worden door de procespartij zelf of door haar advocaat of anderszins gemachtigde via het indienen van een verzoekschrift bij de griffie van de rechter tegen wie wraking wordt verzocht.

Zodra een verzoek tot wraking is ingediend, wordt de verdere behandeling van de zaak opgeschort totdat over het verzoek tot wraking uitspraak is gedaan, maar uitsluitend wanneer het wrakingsverzoek ontvankelijk wordt verklaard.

Het wrakingsverzoek wordt afgewezen als niet-ontvankelijk als niet aan de termijnen en inhoudelijke vormvereisten (identificatie van de rechter en wrakingsgronden) voorgeschreven door de CPC, respectievelijk de CPP is voldaan (die op dit punt niet van elkaar verschillen). Wanneer het wrakingsverzoek wordt afgewezen als niet-ontvankelijk, kan de verzoekende partij in een voorkomend geval veroordeeld worden tot een geldboete.

Wanneer het wrakingsverzoek ontvankelijk wordt verklaard en wordt ingewilligd, wijst de rechterlijke instantie die over het verzoek uitspraak heeft gedaan, meteen ook een rechter aan die de gewraakte rechter moet vervangen.

Wanneer het wrakingsverzoek ontvankelijk wordt verklaard, maar wordt afgewezen, kan de rechterlijke instantie die het wrakingsverzoek heeft afgewezen, de verzoekende partij veroordelen tot een civiele geldboete van maximaal € 250.<sup>411</sup> Proceshandelingen door de rechter verricht voordat hij kennisnam van het wrakingsverzoek, blijven gelden. De griffier geeft kennis van de beslissing aan de rechter en aan de partijen. De partijen moeten vervolgens binnen zes maanden de zaak hernemen voor de rechter, op straffe van verval.

## 6 Verloopt de 'wrakingsprocedure' op tegenspraak?

De wrakingsprocedure verloopt op tegenspraak, zij het dat de rechter net zoals in de meeste andere rechtsstelsels niet beschouwd wordt als een procespartij. Belangrijk is dat het Italiaanse Hof van Cassatie in een arrest van 2002 uitdrukkelijk geoordeeld heeft dat het recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 EVRM zich ook uitstrekt tot de wrakingsprocedure (anders dan de Franse cassatierechtspraak op dit punt).<sup>412</sup>

<sup>411</sup> Deze bepaling is ingevoerd door de Wet van 18 juni 2009, n. 69.

<sup>412</sup> Cass. 26 maart 2002, *foro it.* 2002, I, 1612.

**7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is niet voorzien in een bijzondere motiveringsplicht door de wrakingsrechter. De gewone motiveringsplicht is van toepassing.

**8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

De gewone rechtsmiddelen staan niet open tegen een beslissing tot wraking; wel staat cassatieberoep open voor de procespartijen.

**9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

In de juridische literatuur wordt in het algemeen weinig aandacht besteed aan de wrakingsprocedure. Los van de bijzondere 'schandalen' waarbij het gaat om grote fraude- en of corruptie-dossiers waarin de figuur van de wraking vaak wordt ingezet om de procedures te rekken met het oog op de verjaring,<sup>413</sup> is de wraking als rechtsfiguur relatief verborgen gebleven in de Italiaanse procespraktijk.<sup>414</sup>

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

In 1998 heeft de wetgever een nieuwe wettelijke regeling uitgevaardigd waarbij een verzoek tot wraking, waarover normaal uitspraak zou worden gedaan door het appelgerecht van hetzelfde ressort (door een kamer met uitzondering van de betrokken magistraat), verplicht zou worden overgeheveld naar een hof van beroep van een ander rechtsgebied (art. 9 L. nr. 420 van 9 december 1998). Deze wet is door het Grondwettelijk Hof echter ongrondwettelijk verklaard in 2004<sup>415</sup> zodat de oude regeling nog altijd van toepassing is (die door de wetgever als mogelijk partijdig werd aangemerkt).

413 Zie bijvoorbeeld: het onderzoek naar fraude waarin oud-premier Silvio Berlusconi betrokken was en waarin een Engelse advocaat (Mills) veroordeeld werd wegens het afleggen van valse getuigenissen voor Berlusconi. Berlusconi heeft geprobeerd de betrokken rechter (Nicoletta Gandus) te wraken wegens vooringenomenheid: <http://www3.lastampa.it/politica/sezioni/articolo/1stp/444004/>.

414 Van Compernelle & Tarzia 2006, p. 143.

415 Grondwettelijk Hof (It) 20 mei 2004, nr. 147.

In 2009 heeft de wetgever het mogelijk gemaakt om een civiele geldboete van maximaal € 250 op te kunnen leggen wanneer een wrakingsverzoek is afgewezen. Deze mogelijkheid strekt tot het tegengaan van oneigenlijk gebruik van de wrakingsregeling.

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Zie de antwoorden onder vraag 9 en 10.

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- De wrakingsgrond wordt beoordeeld door een onmiddellijk hoger in rang geplaatste rechter, tenzij het wraking van een appelrechter of cassatierechter betreft. In het laatste geval beslist een andere kamer van hetzelfde gerecht over het wrakingsverzoek.
- Het wrakingsverzoek wordt in een eerste fase op ontvankelijkheid beoordeeld.
- Wanneer het wrakingsverzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard, wordt de rechtsgang niet geschorst.
- Als een verzoek niet-ontvankelijk is of wordt afgewezen, kan de verzoeker tot een geldboete worden veroordeeld.
- Tegen de beslissing op het verzoek staat cassatieberoep open.

## F De wrakingsregeling in Oostenrijk

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

De Oostenrijkse wetgever werkt de grondgedachte van onpartijdigheid en objectiviteit in het civiele recht op twee manieren uit. Enerzijds zijn er de wettelijke uitsluitingsgronden en anderzijds is er de regeling voor de wraking van een rechter (paragraaf 19 Juridiktionsnorm, hierna JN). Paragraaf 20 JN sluit bijvoorbeeld de berechting van een rechter uit als hij:

- zelf partij is;
- op bepaalde wijze in familierechtelijke betrekking staat;
- gevolmachtigde van een van de partijen was of is.

Verder sluit paragraaf 20 JN van berechting in hogere instantie uit de rechter die:

- aan de beroepen uitspraak heeft meegewerkt.

Men kan een rechter ook wraken op grond van deze wettelijke uitsluitingsgronden. Naast deze wettelijke uitsluitingsgronden (*Ausgeschlossenheit*) vindt wraking van een rechter plaats 'als ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen' (*Befangenheit*).

Het verschil tussen beide is dat wanneer er sprake is van schending van de wettelijke uitsluitingsregels, dit van rechtswege gevolgen heeft. Het onderscheid heeft nog andere belangrijke consequenties, namelijk voor het antwoord op de vraag wanneer een verzoek moet worden gedaan (zie vraag 4) en voor de rechtsmiddelen die ingesteld kunnen worden (zie vraag 8).

Er zijn twee manieren waarop de rechter in een concrete zaak van de zaak 'afgehouden' kan worden.

#### 1 *Verschoning en overige ambtshalve uitsluiting*

Onder beide grondslagen (er ligt een wettelijke uitsluitingsgrond voor of *ein zureichender Grund*) is het mogelijk om tot een ambtshalve uitsluiting te komen. Vaak komen de aanwijzingen dat er sprake is van zo'n grond van de rechter zelf (verschoning). In dat geval licht hij de voorzitter of president in, die dan een passende beslissing moet nemen.

#### 2 *Een partij dient een wrakingsverzoek in*

Er zijn wettelijke uitsluitingsgronden en een partij kan aanvoeren dat 'ein zureichender Grund' voorligt, om de onpartijdigheid van de rechter in twijfel te trekken.

In het strafrecht en in het bestuursrecht kent men alleen wettelijke uitsluitingsgronden. In beide regelingen is een algemene uitsluitingsgrond opgenomen. In de Strafprozessordnung (hierna: StPO) is in paragraaf 43 Abs 3 als wettelijke uitsluitingsgrond opgenomen: 'wenn andere Gründe vorliegen, die geeignet sind, seine volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen.' In het Verwaltungsgerichtshofgesetz (hierna: VwGG) is in paragraaf 31 Abs 1 onder 5 als wettelijke uitsluitingsgrond opgenomen: 'wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, in ihre volle Unbefangenheit Zweifel zu setzen'.

*Ad 1*

Verschoning wordt in het bestuursrecht (de VwGG) en in het strafrecht (de StPO) gezien als een vorm van ambtshalve uitsluiting. De rechter moet, met mededeling aan de voorzitter of de president, zich onthouden van de uitoefening van zijn ambt wanneer een uitsluitingsgrond bestaat. Daarna volgt een procedure gelijk aan die van wraking over het bestaan van de wettelijke uitsluitingsgrond.

*Ad 2*

Een partij kan de wettelijke uitsluitingsgronden aanvoeren.

**2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?**

De wettelijke basisregeling voor het civiele recht is vastgelegd in de paragrafen 19 t/m 26 JN. De wettelijke regeling voor het strafrecht in de paragrafen 43 t/m 45 StPO en de wettelijke regeling voor het bestuursrecht in paragraaf 31 VwGG (zie vraag 1).

**3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?**

Over de wraking in civiele zaken wordt als het een rechter van het kantongerecht (*Bezirkgericht*) betreft, uitspraak gedaan door de voorzitter van het kantongerecht. Wordt de voorzitter gewraakt, dan beslist een senaat van het gerecht, onmiddellijk hoger in rang dan dat waartoe de gewraakte voorzitter behoort.

Over de wraking van een rechter van de rechtbank of het hof wordt uitspraak gedaan door de rechtbank of het hof waartoe de gewraakte rechter behoort, door een andere kamer dan die

waartoe die rechter behoorde. In het geval deze senaat door wraking niet meer in staat is te beslissen, dan beslist een senaat van het gerecht, onmiddellijk hoger in rang. Het verzoek moet schriftelijk worden ingediend bij het gerecht, maar het kan ook mondeling via de griffie worden gedaan. De wrakingsgronden moeten afzonderlijk worden genoemd. Daarbij moeten de omstandigheden worden aangegeven waarop de wraking is gebaseerd. De rechter tegen wie wraking is verzocht, wordt uitgenodigd om zich over het verzoek uit te laten (zie paragraaf 22 Abs 2 JN). Wordt de wraking gebaseerd op *Befangenheit* (geen van de wettelijke uitsluitingsgronden doet zich voor) en heeft de rechter deze gronden bestreden, dan moet de om wraking verzoekende partij deze gronden aannemelijk maken. Door partijen aangevoerde wettelijke uitsluitingsgronden moeten steeds ambtshalve worden onderzocht (zie paragraaf 22 JN). Over de wraking wordt zonder mondelinge behandeling door middel van een *Beschluss* besloten. Is er sprake van misbruik bij een wrakingsverzoek, bijvoorbeeld onnodig tijd rekken, dan kan een beslissing uitblijven. Het uitblijven wordt in een akte opgenomen. In het *Beschluss* wordt ook opgenomen of en in hoeverre proceshandelingen vernietigd moeten worden. In strafzaken beslist de voorzitter of de president van het college waartoe de gewraakte rechter behoort over de aanwezigheid van een uitsluitingsgrond. Over de voorzitter van een kanton-gerecht beslist de president van het gerecht, onmiddellijk hoger in rang. Over de uitsluiting van een president of een vicepresident of een raadsheer van het hof oordeelt een kamer van het hof bestaande uit drie leden (paragraaf 45, Abs 1 StPO) tijdens een hoofdzaak of de procedure die volgt wanneer een rechtsmiddel is ingesteld door het gerecht. Hetzelfde geldt wanneer het verzoek direct voor de behandeling van de zaak wordt ingediend en een beslissing van de voorzitter of de president niet zonder onredelijke vertraging van de behandeling mogelijk is. Een beslissing kan in dat geval worden opgeschort tot maximaal het moment van het begin van het slotpleidooi. In het bestuursrecht wordt over het wrakingsverzoek beslist door de voor die zaak bevoegde senaat in afwezigheid van de gewraakte rechter door middel van een *Beschluss*. Bij een gelijk aantal stemmen geeft de stem van de voorzitter de doorslag.

#### **4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?**

Voor het civiele recht beschouwde de wetgever de wettelijke uitsluitingsgronden als belangrijkste middel om de onpartijdigheid van de rechter te waarborgen, belangrijker dan de algemene wrakingsgrond. Dat verklaart ook het verschil in procesrechtelijke behandeling van de gronden (zie ook vraag 8).

Indien het gaat om de wrakingsgrond die ziet op *Befangenheit*, dan geldt ten eerste dat wanneer men niet tijdig (grof gezegd: voor de inhoudelijke behandeling) dat bezwaar heeft opgeworpen, men het recht om te klagen verliest (paragraaf 22 JN).

Een volgend verzoek om wraking van dezelfde rechter op deze grond wordt niet in behandeling genomen, tenzij feiten of omstandigheden worden voorgedragen die pas na het eerdere verzoek aan de verzoeker bekend werden. Men moet aannemelijk maken dat deze feiten of omstandigheden pas later aan de verzoeker bekend zijn geworden. Voor de wettelijke uitsluitingsgronden gelden dergelijke eisen niet.

In het bestuursrecht moet een wrakingsverzoek op zijn laatst voor de behandeling worden ingediend. Voor het strafrecht wordt niet aangegeven wanneer in de procedure een verzoek moet worden ingediend. Het moment van het indienen van het wrakingsverzoek heeft wel consequenties voor wie over het wrakingsverzoek beslist (zie vraag 3).

## **5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot ‘wraking’?**

In civiele zaken mag een gewraakte rechter tot het in kracht van gewijsde gaan van de afhandeling van het wrakingsverzoek alleen verrichtingen uitvoeren die geen uitstel dulden (paragraaf 25 JN). Om misbruik van een verzoek te voorkomen, is in paragraaf 25 JN opgenomen dat wanneer de wraking duidelijk ongegrond is en het vermoeden bestaat dat het wrakingsverzoek is ingediend om het proces onnodig te rekken de behandeling toch met medewerking van de gewraakte rechter kan worden voortgezet. De rechter kan echter geen eindbeslissing nemen voordat het afgewezen wrakingsverzoek rechtskracht heeft gekregen. Wordt het wrakingsverzoek later gegrond verklaard, dan zijn de proceshandelingen van de rechter nietig en moeten zij ongedaan worden gemaakt (paragraaf 25 JN).

Voor strafzaken bepaalt paragraaf 41 Abs 1 StPO dat als er een uitsluitingsgrond moet worden behandeld, een gewraakte rechter zich moet onthouden van verdere verrichtingen, tenzij het gaat om verrichtingen die geen uitstel dulden.

Voor bestuursrechtelijke zaken bepaalt de VwGG dat wanneer de bevoegde senaat beslist dat de wraking gegrond is, de president bepaalt welk vervangend lid toetreedt (paragraaf 31 VwGG Abs 2).

## **6 Verloopt de ‘wrakingsprocedure’ op tegenspraak?**

De rechter tegen wie wraking is verzocht, moet zich over het verzoek uitlaten, maar deze plicht lijkt meer te zien op het geven van informatie die noodzakelijk is om te beoordelen of voldaan wordt aan een wrakingsgrond dan op een wrakingsprocedure op tegenspraak.

Opvallend is wel dat niet alleen de verzoeker van de wraking in de gelegenheid moet worden gesteld om te worden gehoord, maar ook andere partijen. Dit is ook het geval als de rechter zich verschoont. Dit wordt niet beschouwd als een *innerdienstliche Angelegenheit*; een partij moet in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. Dit hangt samen met het feit dat het zittingsrooster een meer formele status heeft dan bij ons en men vindt dat partijen daaraan rechten kunnen ontlelen.<sup>416</sup>

## **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is niet voorzien in een bijzondere motiveringsplicht door de wrakingsrechter.

## **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

In civiele zaken staat geen rechtsmiddel open als het wrakingsverzoek wordt toegewezen. Wordt het wrakingsverzoek afgewezen, dan staat in het civiele recht beroep open bij het gerecht, onmiddellijk hoger in rang.

Komt men in het geval van *Befangenheit* pas na de eerste uitspraak achter mogelijke gronden waarop de eerste rechter gewraakt zou moeten worden, dan kan men daarover niet in hoger beroep klagen. Heeft de eerste uitspraak echter nog geen formele rechtskracht gekregen, dan kan men bij het eerste gerecht een wrakingsverzoek indienen. De procedure in hoger beroep wordt dan opgeschort tot de beslissing op het wrakingsverzoek rechtskracht heeft gekregen. In het geval het wrakingsverzoek wordt toegewezen, zijns de procedure en de uitspraak van de eerste rechter nietig en wordt het hoger beroep wegens het ontbreken van belang afgehandeld. Heeft de eerste uitspraak formele rechtskracht gekregen, dan kan in het geval de wraking wordt gebaseerd op *Befangenheit*, ook geen *Nichtigkeitsklage* worden ingesteld. Deze 'Klage' is alleen mogelijk wanneer de verzoeker wel gelijk heeft gekregen, maar dit niet tot een wijziging in de samenstelling heeft geleid.

In het ZPO is voor de wettelijke uitsluitingsgronden geregeld dat men bij een eventueel nalaten om tijdig te klagen, het recht heeft om zich op deze gronden te beroepen (paragraaf 22 Abs 4 en paragraaf 477 Abs 1 ZPO). Een vordering tot nietigverklaring staat in het ZPO in deze gevallen ook open als de uitspraak formele rechtskracht heeft gekregen (paragraaf 529 Abs 1 en paragraaf 529 Abs 3 ZPO).

<sup>416</sup> Zie: OGH 18. 1. 2011, 4 Ob 143/10y.

In strafzaken staat volgens de regels van de StPO geen zelfstandig rechtsmiddel open. In het bestuursrecht worden wrakingsverzoeken krachtens de VwGG slechts in één instantie beslist en er staat dus ook geen appel open.

**9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

In de literatuur wordt gewezen op het aantal wrakingsverzoeken dat wordt ingediend met als enige doel de procedure te rekken.<sup>417</sup>

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

Nee, in ieder geval in de ZPO al gedurende meer dan 75 jaar niet (zie vraag 9).

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

Ja (zie vraag 9).

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- De gewraakte rechter mag verrichtingen uitvoeren die geen uitstel dulden.
- In geval van misbruik kan in civiele zaken een beslissing op het wrakingsverzoek uitblijven. Bovendien is het mogelijk dat de behandeling toch met medewerking van de gewraakte rechter kan worden voortgezet.
- Er wordt een onderscheid gemaakt tussen wettelijke uitsluitingsgronden en de open wrakingsgrond en hieraan zijn procedurele gevolgen verbonden.

<sup>417</sup> W. Kossak, 'Richterablehnung als Rechtsmissbrauch', *Juridische Blätter* 2009, 131, p. 2-21.

## G De wrakingsregeling in Spanje

### 1 Op welke wijze kan de door een procesdeelnemer veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak door partijen worden aangevochten?

Partijen bij een civielrechtelijk, strafrechtelijk of administratiefrechtelijk geding<sup>418</sup> hebben het recht om de veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak aan te vechten door het indienen van een verzoek tot wraking (*recusación*) van de desbetreffende rechter. Zij kunnen zich daarbij beroepen op een beperkt en limitatief aantal dwingendrechtelijke wettelijke gronden voor wraking/verschoning van de rechter.<sup>419</sup>

Daarnaast bestaat er, mede in samenhang met het limitatief en dwingend karakter van deze wrakingsgronden, een plicht tot verschoning voor Spaanse rechters. Een rechter is verplicht om een verzoek tot verschoning in te dienen wanneer één (of meer) van de genoemde wettelijke gronden zich voordoet/van toepassing is in een geding dat aan hem voorligt. De rechter mag bij het zich voordoende/van toepassing zijn van een dergelijke grond voor wraking/verschoning niet wachten totdat hij gewraakt wordt, maar moet zelf actie ondernemen, op straffe van eventuele tuchtrechtelijke maatregelen.<sup>420</sup> Wanneer de rechter niet voldoet aan zijn verschoningsplicht of wanneer zijn verzoek tot verschoning ten onrechte wordt afgewezen, geeft dat de burger het recht om de rechter te wraken.<sup>421</sup>

### 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

Op basis van artikel 122 lid 1 jo. en artikel 81 lid 1 van de Spaanse Grondwet worden verdere regels met betrekking tot de rechterlijke macht vastgelegd in de *Ley Orgánica del Poder*

418 Spanje kent daarnaast ook een arbeidsrechtelijke procedure, gelijk te stellen aan een civiele procedure.

419 Deze gronden zijn te vinden in art. 219 van de *Ley Orgánica*, 6/1985, 1 juli, *del Poder Judicial* (hierna: LOPJ), als geamendeerd door de *Ley Orgánica*, 19/2003, 23 december, *de modificación de la Ley Orgánica*, 6/1985, 1 juli, *del Poder Judicial*.

420 Art. 417 lid 8 LOPJ bepaalt dat niet-nakoming door een rechter van de plicht tot verschoning, ondanks de wetenschap dat een van de genoemde wettelijke gronden van toepassing is in een aan hem voorliggend geding, als een zeer zware fout/zuur (*falta muy grave*) wordt beschouwd, die/dat bestraft kan worden met een vermaning, een geldboete, een gedwongen overplaatsing, schorsing of ontslag (art. 420 LOPJ). Zie ook: M. Loredó Colunga, 'Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil – La imparcialidad en el proceso civil: el derecho a recusar', *InDret* 3/2009, beschikbaar op <[http://www.indret.com/pdf/652\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/652_es.pdf)>, p. 25.

421 Vergelijk: art. 217 LOPJ, waarin staat dat rechters zich moeten verschonen wanneer zich een wettelijke grond daartoe voordoet en dat zij, wanneer zij dat niet doen, gewraakt kunnen worden. Zie ook: J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons 2010, p. 707-709.

*Judicial*, evenals de nodige specifieke bepalingen die kunnen worden vastgesteld voor elk rechtsgebied op zich.<sup>422</sup> De hoofdregeling van de wraking/verschoning is opgenomen in de artikelen 217-228 van de *Ley Orgánica 6/1985*, 1 juli, *del Poder Judicial* (hierna: LOPJ), als geamendeerd door de *Ley Orgánica 19/2003*, 23 december, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985*, 1 juli, *del Poder Judicial*. Artikelen 389-397 van de LOPJ bevatten enkele regelingen voor de incompatibiliteiten van het rechterlijk ambt met verschillende andere functies/bezigheden/hoedanigheden, zowel binnen als buiten de rechterlijke macht.

### **3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?**

De te wraken rechter toetst eerst zelf het ingediende wrakingsverzoek op formaliteiten, voordat hij alvorens het geeft aan een instructierechter die beslist over de ontvankelijkheid van het verzoek tot wraking en die de ontvankelijk bevonden verzoeken tot wraking vervolgens ter beoordeling voorlegt aan het orgaan dat competentie heeft om een eindoordeel te vellen in het wrakingsincident (zie hierover meer bij vraag 5).

Welk orgaan belast is met de instructie van het wrakingsincident, wordt bepaald aan de hand van de positie/functie van de gewraakte rechter. Wanneer het gaat om een rechter bij de hogere of hoogste gerechtshoven, dan zal meestal een rechter van de sectie/kamer waar de wel of niet te wraken rechter deel van uitmaakt optreden als instructierechter, te bepalen op grond van een schema van functionele senioriteit. Wanneer het gaat om een rechter bij de lagere instanties, dan zal meestal een rechter die deel uitmaakt van het juridisch orgaan dat competent zou zijn om kennis te nemen van hoger beroep tegen uitspraken van de wel of niet te wraken rechter optreden als instructierechter.<sup>423</sup>

Het gerechtelijk orgaan dat belast is met het eindoordeel in het wrakingsincident zal een ander zijn dan dat wat belast is met de instructie van het wrakingsincident; dit om mogelijke vooringenomenheid ten aanzien van het verzoek tot wraking te voorkomen. Vaak zal het een rechterlijk college zijn dat qua positie/functie verwijderd is van de rechter tegen wie het verzoek tot wraking is ingediend. Ook al zegt de wettelijke regeling dit niet met zoveel woorden, het is duidelijk dat de rechter ten aanzien van wie het verzoek tot wraking heeft ingediend, in geen geval deel mag uitmaken van het college dat over dat verzoek beslist.<sup>424</sup>

Wanneer het gaat om een rechter bij de hogere of hoogste gerechtshoven, dan zal gewoonlijk een college van rechters die deel uitmaken van dezelfde sectie/kamer waar de wel of niet te wraken rechter deel van uitmaakt optreden als onafhankelijke beslisser in het wrakingsincident.

422 Zie ook: Loredó Colunga 3/2009, 'Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil – La imparcialidad en el proceso civil: el deber de abstención', *InDret* 2/2009, p. 7.

423 Een meer gedetailleerde bespreking van de wettelijke regeling hieromtrent valt buiten het bereik van deze *quick scan*. Zie: art. 224 LOPJ; art. 108 LEC; art. 63 LECr; art. 15 lid 2 LPD. Zie ook: Loredó Colunga 3/2009, p. 20.

424 Zie: Loredó Colunga 3/2009, p. 23.

Wanneer het gaat om een rechter bij de lagere instanties, dan zal meestal een college van rechters die deel uitmaken van het juridisch orgaan dat competent zou zijn om kennis te nemen van een hoger beroep tegen uitspraken van de wel of niet te wraken rechter optreden als onafhankelijke beslisser in het wrakingsincident.<sup>425</sup>

Het verzoek tot wraking moet schriftelijk plaatsvinden en concreet en zowel duidelijk weergeven wat de wettelijke grondslag en de redenen zijn voor het verzoek als een begin van bewijs daarvan. Het verzoekschrift moet ondertekend worden door de advocaat en de procureur in zaken waarin zij optreden als procesvertegenwoordigers en anders door de verzoeker zelf of op zijn verzoek door een ander als hij zelf niet kan tekenen. De procureur moet een bijzondere bevoegdheid bezitten tot het indienen van wrakingsverzoeken. In zaken waarin geen procureur of advocaat optreedt of van een dergelijke bijzondere bevoegdheid geen sprake is, zal de verzoeker zijn verzoek tot wraking moeten ondertekenen in aanwezigheid van de secretaris van het betreffende gerecht.<sup>426</sup>

De gestelde wettelijke vereisten zijn beperkt in aantal, maar vormen dwingend recht en dat betekent dat het niet in acht nemen ervan zal leiden tot:

- verwerping;
- niet-ontvankelijkheid; of
- afwijzing van het verzoek.

Inhoudelijk moet het verzoek zowel een uitdrukkelijk beroep bevatten op een van de wettelijke gronden voor wraking/verschoning als een verwijzing naar de betreffende bepaling in artikel 219 LOPJ; dit vereiste wordt in de praktijk echter niet strikt geïnterpreteerd. Daarnaast is wel vereist dat het verzoek tot wraking een overzicht geeft van de relevante feiten of omstandigheden op grond waarvan de betreffende rechter naar het oordeel van de verzoekers van verdere beoordeling van het geding uitgesloten zou moeten worden. Het verzoekschrift moet ook vergezeld gaan van een begin van bewijs ten aanzien van de gestelde feiten en omstandigheden. Tot slot moet een verzoek tot wraking ontvankelijk te zijn, plaatsvinden zodra de partij die het verzoek indient kennisneemt van de grond waarop het verzoek gedaan wordt (zie ook vraag 4).<sup>427</sup>

Wie competent is om te oordelen over een verzoek tot verschoning, wordt bepaald aan de hand van de positie/functie van de rechter die het verzoek doet. In beginsel richt de betreffende rechter zijn verzoek aan de sectie/kamer waar hij deel van uitmaakt (waar het een rechter bij een beroepsorgaan, bijvoorbeeld hof of hooggerechtshof, betreft), of aan het juridisch orgaan dat

425 Een meer gedetailleerde bespreking van de wettelijke regeling hieromtrent valt buiten het bereik van deze *quick scan*. Zie: art. 227 LOPJ; art. 110 LEC; art. 68 LECr; art. 15 lid 3 LPD. Zie ook: Loredo Colunga 3/2009, p. 23.

426 Art. 223 lid 2 LOPJ; art. 107 lid 2 LEC. Zie ook, met verwijzing naar relevante rechtspraak: Loredo Colunga 3/2009, p. 15 en 16.

427 Zie, met verwijzing naar relevante rechtspraak: Loredo Colunga 3/2009, p. 15-17.

competent is om kennis te nemen van beroep tegen zijn uitspraken (waar het een lagere rechter betreft).<sup>428</sup>

Het verzoek tot verschoning moet schriftelijk en met redenen omkleed ingediend worden.<sup>429</sup> De rechter moet in zijn verzoekschrift de feiten uiteenzetten en de wettelijke grond voor wraking/verschoning aangeven die zich naar zijn mening voordoet/naar zijn mening van toepassing is. Er bestaan geen specifieke vormvereisten voor dit verzoek, maar het moet wel gemotiveerd zijn en het indienen ervan noodzaakt tot een voorlopige schorsing van de procedure in de hoofdzaak totdat een definitief besluit wordt genomen of de betreffende rechter wel of niet verwijderd wordt van de zaak (zie ook vraag 5).<sup>430</sup>

#### **4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?**

Een verzoek tot wraking is mogelijk op elk moment in de procedure totdat een einduitspraak is gedaan, maar moet om ontvankelijk te zijn wel ingediend worden zodra de partij die het verzoek indient kennisneemt van de grond waarop het verzoek gedaan wordt (zie ook vraag 3). Concreet betekent dit dat een verzoek tot wraking niet-ontvankelijk verklaard wordt:

- 1 als het niet wordt ingediend binnen tien dagen na bekendmaking van het eerste besluit waaruit de identiteit van de te wraken rechter is af te leiden, wanneer de bekendheid met de betreffende grond voor wraking al daarvóór bestaat;
- 2 als het wordt ingediend gedurende de procedure en betrekking heeft op een grond voor wraking waarmee al bekendheid bestond voorafgaand aan het moment dat het verzoek tot wraking wordt ingediend.<sup>431</sup>

Een verzoek tot verschoning moet ingediend worden zodra de betreffende rechter kennisneemt van het zich voordoen/van toepassing zijn in een geding dat aan hem voorligt van een van de wettelijke gronden voor wraking/verschoning.<sup>432</sup> Het gaat hier om een persoonlijke verplichting om een vrijwillige verwijdering van de zaak te bevorderen; er bestaat geen specifieke termijn waarbinnen dat moet gebeuren, maar wel een zorgvuldigheidsplicht waarvan schending kan leiden tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid voor opzettelijke vertraging/opzettelijk uitstel.<sup>433</sup>

428 Art. 221 lid 1 LOPJ; art. 102 lid 1 LEC. Zie ook: Loredó Colunga 2/2009, p. 26.

429 Art. 221 lid 1 LOPJ; art. 102 lid 1 LEC.

430 Zie: Loredó Colunga 2/2009, p. 26.

431 Art. 223 lid 1 LOPJ; art. 107 lid 1 LEC; art. 56 LECr. Zie ook, met verwijzing naar relevante rechtspraak: Loredó Colunga 3/2009, p. 17 en 18.

432 Artt. 217 en 221 lid 1 LOPJ; artt. 100 en 102 lid 1 LEC.

433 Zie: Loredó Colunga 2/2009, p. 26.

## 5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot 'wraking'?

Een verzoek tot wraking kan in civielrechtelijke, arbeidsrechtelijke en contentieus-administratief-rechtelijke procedures in beginsel alleen ingediend worden door de partijen bij het geding (of door het Openbaar Ministerie voor zover deze op grond van de inhoud van het geding een rol daarin speelt). In strafrechtelijke procedures kan een verzoek tot wraking ingediend worden door:

- het Openbaar Ministerie;
- de openbare, bijzondere of particuliere aanklager;
- betrokken civiele actoren;
- de beklaagde of beschuldigde;
- de klager of aangever;
- de civiele derdeverantwoordelijke.<sup>434</sup>

Hoewel de wet dit niet met zoveel woorden zegt, moet het verzoek tot wraking ingediend worden bij de te wraken rechter zelf. Deze toetst het verzoek op de noodzakelijke formaliteiten en spreekt bij wijze van voorziening uit dat hij het betreffende verzoek ontvangen heeft; hiermee is de procedure van het wrakingsincident gestart. De gewraakte rechter zorgt ervoor dat het verzoek tot wraking gecommuniceerd wordt naar de andere partijen, zodat zij er eventueel, binnen een termijn van drie dagen, op kunnen reageren (zie ook vraag 6). Vervolgens moet hij op de dag na afloop van die termijn aangeven of hij zich neerlegt bij het verzoek tot wraking, of zich ertegen verzet (zie ook vraag 6).

In het eerste geval eindigt het incident zonder verdere procedure.<sup>435</sup> In het laatste geval geeft hij het wrakingsverzoek, gerelateerde documentatie en zijn eigen reactie op het wrakingsverzoek door aan het orgaan dat moet zien op de instructie ervan (zie vraag 3). Daarmee wordt de behandeling van de hoofdzaak in beginsel geschorst totdat een beslissing is genomen in het wrakingsincident. Dit is echter niet het geval in strafrechtelijke procedures, waar de instructierechter de behandeling van de hoofdzaak voortzet als plaatsvervanger voor de rechter tegen wie het verzoek tot wraking is ingediend.<sup>436</sup>

Hoewel de wet ook op dit punt vrij summier is, bestaat de taak van de instructierechter in beginsel uit het wel of niet ontvankelijk verklaren van het verzoek tot wraking en uit het verrichten van het rechterlijk onderzoek met betrekking tot de gestelde feiten en omstandigheden op dat gebied (zie ook vraag 6). Hij moet dit doen binnen een termijn van tien dagen. Vervolgens verwijst hij de procedure door naar het gerechtelijk orgaan dat belast is met het eindoordeel in het wrakingsincident (zie ook vraag 3). Deze laatste moet vervolgens binnen vijf dagen komen tot een eindoordeel met betrekking tot het verzoek tot wraking.<sup>437</sup>

<sup>434</sup> Art. 218 LOPJ; art. 101 LEC; art. 53 LECr.

<sup>435</sup> Art. 225 lid 3 LOPJ; art. 109 lid 3 LEC.

<sup>436</sup> Artt. 223 en 225 lid 1 en lid 4 LOPJ; artt. 107 en 109 lid 1 en lid 4 LEC. Zie ook: Loreda Colunga 3/2009, p. 18-20.

<sup>437</sup> Art. 225 LOPJ; art. 109 LEC. Zie ook: Loreda Colunga 3/2009, p. 20-25.

Wordt het verzoek tot wraking afgewezen, dan wordt de behandeling van het geschil in de hoofdzaak in beginsel weer toegewezen aan de rechter tegen wie het verzoek tot wraking was ingediend, in de staat waarin het zich bevindt. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kan er reden zijn om de zaak niet terug te verwijzen naar de rechter tegen wie het verzoek tot wraking was ingediend. Wordt het wrakingsverzoek toegewezen, dan wordt de gewraakte rechter definitief ontheven van de behandeling van het geschil in de hoofdzaak. De uitspraak in het wrakingsincident zal in dat geval ook vermelden door wie de gewraakte rechter vervangen zal worden gedurende de verdere behandeling van het geschil in de hoofdzaak.<sup>438</sup>

Een verzoek tot verschoning kan ingediend worden door de rechter ten aanzien van wie één of meerdere van de wettelijke gronden voor wraking/verschoning zich voordoen/van toepassing zijn.<sup>439</sup> Het gerechtelijk orgaan dat belast is met de beslissing op het verzoek tot verschoning (zie vraag 3) doet binnen een termijn van tien dagen uitspraak over de toewijzing of afwijzing van het verzoek; de procedure in de hoofdzaak wordt geschorst gedurende deze periode.

In het geval dat de verschoning niet gerechtvaardigd wordt bevonden, zal de betreffende rechter opnieuw kennisnemen van het geding in de hoofdzaak. Aan partijen die het niet eens zijn met de beslissing tot afwijzing van het verzoek tot verschoning, staat de mogelijkheid open om een verzoek tot wraking in te dienen. In het geval dat de verschoning wel gerechtvaardigd wordt bevonden, vaardigt de betreffende rechter een beslissing uit waarin hij zich definitief verschoont van verdere kennisneming van het geding in de hoofdzaak en waarin hij de zaak overdraagt aan de persoon die hem zal vervangen.

De schorsing van het geding in de hoofdzaak eindigt op het moment dat de plaatsvervanger de zaak overneemt of zich invoegt in de sectie/kamer waarvan de verschoonde rechter deel uitmaakt. De verschoning en vervanging van de rechter die het verzoek tot verschoning heeft ingediend, evenals de naam van de plaatsvervanger, zullen worden gecommuniceerd naar de partijen.<sup>440</sup>

## **6 Verloopt de ‘wrakingsprocedure’ op tegenspraak?**

Voor wat betreft de wrakingsprocedure geldt dat het verzoek tot wraking gecommuniceerd wordt aan de andere partijen bij het geding zodat zij kunnen aangeven, binnen een termijn van drie dagen, of zij zich aansluiten bij of verzetten tegen de voorgestelde wrakingsgrond, of dat zij op dat moment kennis hebben van een andere grond tot wraking. Op de dag volgend op het verstrijken van genoemde termijn moet de rechter tegen wie het verzoek tot wraking is ingediend,

438 Art. 228 LOPJ; art. 112 LEC. Zie ook: Loredó Colunga 3/2009, p. 25-27.

439 Art. 217 LOPJ; art. 100 lid 1 LEC.

440 Artt. 221 en 222 LOPJ; art. 107 LEC. Zie ook: Loredó Colunga 2/2009, p. 25-28.

laten weten of hij zich neerlegt bij het verzoek tot wraking, of zich ertegen verzet (d.w.z. of hij de gestelde grond of gronden tot wraking erkent of verwerpt).<sup>441</sup>

De instructierechter kan, voor zover hij dat nodig acht, verder bewijs verzamelen met betrekking tot de gestelde feiten/omstandigheden die de grondslag vormen voor het verzoek tot wraking. Hij mag daarbij de betrokkenen bij het wrakingsincident (d.w.z. de rechter tegen wie het verzoek tot wraking is ingediend of de verzoekende partij(en)) horen, maar dat hoeft niet.<sup>442</sup>

Voor de verschoningsprocedure zijn geen juridische formaliteiten vereist, zoals afzonderlijke processtukken of het instellen van een incident; dat betekent dat de persoon die/het orgaan dat beslist op het verzoek tot verschoning in beginsel moet uitgaan van de informatie verstrekt door de betreffende rechter in zijn verzoekschrift.<sup>443</sup>

## **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

De wet bevat geen duidelijke bepalingen over de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek tot wraking/verschoning.

## **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de beslissende instantie (de 'wrakingsrechter')?**

In de wettelijke wrakingsregeling wordt bepaald dat er geen rechtsmiddel openstaat tegen de beslissing in het wrakingsincident.<sup>444</sup> Aan partijen die het niet eens zijn met de afwijzing van het verzoek tot verschoning staat de mogelijkheid open om een verzoek tot wraking in te dienen.<sup>445</sup>

## **9 Is (voor zover in deze fase te achterhalen) in de juridische literatuur of door beleids-makers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling(en) en op de praktijk, en zo ja, op welke gronden?**

Er is hierover weinig informatie beschikbaar en dat suggereert dat de kritiek op de wettelijke regeling van wraking/verschoning vrij beperkt is. Wel kan gewezen worden op kritiek in de juridische literatuur dat het gedetailleerde wettelijke kader voor wraking/verschoning op sommige plaatsen toch lacunes of tegenstrijdigheden bevat, wat op sommige gebieden leidt tot verschillen in interpretatie en toepassing in de praktijk, en dus tot rechtsonzekerheid. Deze kritiek lijkt het

<sup>441</sup> Art. 223 lid 3 LOPJ; art. 107 lid 3 en lid 4 LEC.

<sup>442</sup> Zie: Loredó Colunga 3/2009, p. 20-23.

<sup>443</sup> Zie: Loredó Colunga 2/2009, p. 27.

<sup>444</sup> Art. 228 lid 3 LOPJ; art. 113 LEC.

<sup>445</sup> Art. 221 lid 3 LOPJ; art. 102 lid 3 LEC.

sterkst te gelden ten aanzien van de wettelijke regeling met betrekking tot de afhandeling van wrakingsincidenten, die op verschillende punten vragen oproept en/of onduidelijkheden laat.<sup>446</sup>

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling(en) of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting?**

De belangrijkste recente ontwikkeling in de rechtspraak lijkt te zijn dat rechters toch op zoek gaan naar een ruimere, meer creatieve interpretatie van de bestaande, in beginsel limitatief en uitputtend opgesomde, wettelijke gronden voor wraking/verschoning. Dit om te ontkomen aan het dwingendrechtelijke wettelijke kader in concrete gevallen waarin geen van de wettelijke gronden voor wraking/verschoning zich voordoen/van toepassing zijn, maar waar wel een gerechtvaardigd vermoeden is dat er sprake is van mogelijke partijdigheid aan de kant van de rechter, toch over te kunnen gaan tot verwijdering van die rechter van de zaak.<sup>447</sup>

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling(en), door partijen of hun procesvertegenwoordigers?**

In de wettelijke wrakingsregeling is bepaald dat een boete kan worden opgelegd van tussen de € 180 en € 6000 wanneer in de (afwijzende) beslissing op het verzoek tot wraking expliciet wordt aangegeven dat er sprake is van kwade trouw aan de kant van de verzoeker.<sup>448</sup> Een dergelijke boete wordt slechts in uitzonderingsgevallen opgelegd; de hoogte ervan fluctueert in de praktijk tussen de € 600 en € 2000.<sup>449</sup> Daarnaast is het mogelijk om de verzoekende partij te veroordelen in de kosten van het wrakingsincident in gevallen dat het verzoek tot wraking wordt afgewezen; een dergelijke kostenveroordeling doet zich voor in ongeveer de helft van deze gevallen.<sup>450</sup>

**12 Bestaan er elementen van de procedure(s) die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

- Er is de mogelijkheid om een boete op te leggen voor misbruik van de wrakingsregeling door partijen en om de verzoekende partij te veroordelen in de kosten van het wrakingsincident bij afwijzing van het verzoek tot wraking.
- Er bestaan vaste, korte, wettelijk bepaalde termijnen voor beslissingen op verzoek tot wraking/verschoning.

<sup>446</sup> Zie: Loredó Colunga 3/2009, p. 18-25.

<sup>447</sup> Zie, met verwijzingen naar relevante rechtspraak: Loredó Colunga 2/2009, p. 19-21; Colunga 3/2009, p. 8-10.

<sup>448</sup> Art. 228 lid 1 LOPJ; art. 112 lid 1 LEC.

<sup>449</sup> Zie, met verwijzingen naar relevante rechtspraak: Loredó Colunga 3/2009, p. 25 en 26.

<sup>450</sup> Zie: Loredó Colunga 3/2009, p. 25.

- De procedurele afhandeling van het wrakingsincident enerzijds en de uiteindelijke materiële eindbeslissing in dat incident anderzijds zijn in verschillende handen.
- De ontvankelijkheid van het verzoek wordt beoordeeld door de instructierechter, die ook zorg draagt voor de procedurele afhandeling daarvan.
- In strafzaken wordt de behandeling van het geding in de hoofdzaak niet opgeschort gedurende het wrakingsincident, maar voortgezet door de instructierechter.
- Er bestaat een uitputtende, dwingendrechtelijke opsomming van specifieke gronden voor wraking/verschoning.
- De nadruk van de regeling ligt op de plicht tot verschoning door de rechter bij het zich voordoen van één of meerdere van de specifieke wettelijke gronden; wraking komt pas in beeld wanneer de rechter zijn plicht verzuimt (met disciplinaire maatregelen in gevallen waarin de rechter zich te kwader trouw niet heeft verschoond).
- Het verzoek tot wraking moet in zaken waar procesvertegenwoordiging vereist is, ondertekend worden door een procureur met bijzondere bevoegdheid.

## H De wrakingsregeling in de Verenigde Staten (alleen federaal recht)

### 1 Op welke wijze kan in de Verenigde Staten door een procespartij de veronderstelde partijdigheid van de rechter in een concrete zaak worden aangevochten?

Volgens federaal Amerikaans recht moet de rechter zelf beoordelen of hij zich zal verschonen ('to disqualify himself'). Tot 'disqualification' kan de rechter op grond van dezelfde bepalingen ook worden aangezet door een wrakingsverzoek ('motion to disqualify') van (een van) de partijen in het geding. De gronden en procedure zijn dezelfde als bij een verschoning (een zogenoemde 'sua sponte disqualification'). In eerste aanleg (bij de 'district court') bestaat ook een specifieke wrakingsmogelijkheid, namelijk in de vorm van het indienen van een 'affidavit' (zie vraag 2). Deze wraking heeft betrekking op daadwerkelijke partijdigheid ('bias' of 'prejudice') en kent eigen normen.

In een juryproces kunnen de individuele juryleden worden gewraakt ('challenge'). Op deze regeling wordt niet verder ingegaan. Voor de professionele rechter die het juryproces voorziet, gelden de hier besproken regelingen.

### 2 Hoe ziet de (wettelijke) regeling van deze 'wrakingsmogelijkheid' eruit en verschilt die per rechtsgebied? Welke protocollen/rechtersregelingen/codes zijn daarbij wellicht vermeldenswaard?

De juridische grondslag voor 'disqualification' wordt gevormd door:

- 1 de wettelijke regeling in titel 28 van de U.S. Code (de verzameling van federale wetgeving);
- 2 de constitutionele *Due Process Clause*;
- 3 de *Code of Conduct for U.S. Judges*.

De regeling van 'disqualification' is als norm voor de rechter vormgegeven. Zij geldt voor alle federale rechters; er zijn geen afzonderlijke bepalingen voor civiel- en strafrechtelijke procedures, ook niet voor de federale rechter die in 'judicial review' oordeelt over administratiefrechtelijke beslissingen.

De U.S. Code kent in titel 28 drie bepalingen die expliciet 'disqualification' regelen: artikelen 47, 144 en 455. Artikel 47 is in de praktijk van weinig belang en wordt hier niet verder besproken.<sup>451</sup> Artikel 144 is uitsluitend van toepassing op 'district court judges', dat wil zeggen: de federale rechters in eerste aanleg. Deze bepaling luidt (eerste volzin): 'Whenever a party to any proceeding makes and files a timely and sufficient affidavit that the judge has a personal bias or prejudice either against him or in favor of the adverse party: such judge shall not proceed further therein, but another judge shall be assigned to hear such proceeding.'

<sup>451</sup> Deze bepaling luidt: 'no judge shall hear or decide an appeal from the decision of a case or issue tried by him'.

Het gaat hier alleen over rechters die recentelijk zijn benoemd in 'circuit courts' (federale appelrechtspraak).

Wraking door partijen is hierbij niet expliciet geregeld, maar de regeling kan natuurlijk wel grondslag vormen voor een 'motion'.

Een 'affidavit' is een schriftelijke verklaring van feiten waarover een eed van waarheid wordt afgelegd; de 'affidant' is zelf verantwoordelijk voor de waarheid van het gestelde en kan voor meened worden vervolgd. Een wrakingsverzoek op deze grondslag moet daarom bijna automatisch worden gehonoreerd, zo is bevestigd in de zaak *Berger v. United States* (1921):<sup>452</sup> de rechter mag alleen beoordelen of het wrakingsverzoek 'facially sufficient' is, maar is niet bevoegd de waarheid van de gestelde feiten te beoordelen.

De belangrijkste bepaling is 28 US Code 455 (in de huidige vorm daterend van 1974):<sup>453</sup> '(a) Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned.' Onder (b) volgt een opsomming van vijf omstandigheden (en onderdeel 5 is weer uitgesplitst in een groot aantal subsecties) waarin de rechter zich moet verschonen. Het betreft onder meer de omstandigheid dat de rechter:

- (om wat voor reden dan ook) persoonlijk partijdig staat ten opzichte van het geding ('personal bias');
- eerder als advocaat of ambtenaar bij het geding betrokken is geweest;
- een financieel belang heeft bij de uitkomst.

Er is dus sprake van een halfopen systeem van gronden: onderdeel a is de generieke, open bepaling, onderdeel b kent specifieke gronden.<sup>454</sup> Deze bepaling vermeldt niet expliciet dat een wrakingsverzoek kan worden ingediend, maar het is onomstreden dat de plicht tot 'disqualification' kan worden geactiveerd door middel van een 'motion to disqualify'.

Van aanvullende aard is de verplichting tot verschoning onder de *Due Process Clause* uit de *Fourteenth Amendment*. Het *Supreme Court* heeft uitgemaakt dat de rechter in sommige gevallen op grond van de *Due Process Clause* gehouden is zich te verschonen. In oudere zaken ging het over ongecompliceerde gevallen zoals een rechter die een financieel belang in de zaak heeft. In de *Caperton*-uitspraak van 2009<sup>455</sup> heeft het *Supreme Court* uitgemaakt dat ook de rechter die een zaak behandelt waarin een van de partijen een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan de verkiezingscampagne van de desbetreffende rechter, zich moet verschonen. In de literatuur is geen eenstemmigheid over de reikwijdte van deze uitspraak, maar duidelijk is dat het voorkomen van de schijn van partijdigheid nu ook op constitutioneel niveau als belangrijke norm is erkend.

452 255 U.S. 22 (1921).

453 Door de strikte interpretatie van de formele vereisten van 28 US Code 144 is de onderhavige bepaling makkelijker in te roepen, en aangezien section 455 altijd naast section 144 van toepassing is, wordt er meestal op beide een beroep gedaan. Zie: Charles Gardner Geyh, *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*, Washington DC: Federal Judicial Centre 2010, p. 84.

454 Over de verhouding tussen de grond onder a) en de gronden onder b) is de literatuur niet eenduidig, Dmitry Bam, 'Making Appearances Matter. Recusal and the Appearance of Bias', *Brigham Young University Law Review* 2011, p. 943.

455 129 S.Ct. 2252 (2009).

## Bestuursrecht

Voor het bestuursrecht gelden de hierboven beschreven regels slechts in de fase van 'judicial review' door een federale (appel)rechter van een beslissing van het bestuursorgaan, welke 'review' overigens niet administratiefrechtelijk is, maar – al naargelang de administratieve beslissing die wordt aangevochten – in een civiel- of strafrechtelijke procedure plaatsvindt.

Voor de behandeling van het 'bezwaar' (zitting en besluit) wordt door het bestuursorgaan iemand aangewezen; dat kan een eigen ambtenaar zijn, maar dikwijls wordt een zogenoemde 'administrative law judge' (hierna ook: alj) aangesteld. Dit is geen echte rechter, maar een jurist van buiten het bestuursorgaan (bijvoorbeeld een advocaat). De alj's worden geselecteerd door middel van een examen en op basis van professionele expertise; hun functioneren is met waarborgen van onafhankelijkheid van het bestuursorgaan omkleed.<sup>456</sup> Aangezien in de fase van bezwaar dus regelmatig een soort rechter optreedt, kan ook deze procedure van belang zijn voor dit onderzoek.

De basis voor de regeling van 'disqualification' in de bezwaarprocedure is te vinden in de *Administrative Procedure Act* (APA; 5 US Code 551-706). Section 556 luidt: '(...) A presiding or participating employee may at any time disqualify himself. On the filing in good faith of a timely and sufficient affidavit of personal bias or other disqualification of a presiding or participating employee, the agency shall determine the matter as a part of the record and decision in the case.'<sup>457</sup> Specifieke procedureregels, ook op het punt van verschoning en wraking, kunnen worden gevonden in wettelijke regelingen die zijn uitgevaardigd door de bestuursorganen zelf (te vinden in de *Code of Federal Regulations* (CFR)). De meeste bestuursorganen kennen een meer opgetuigde procedure dan wordt voorzien in de APA. Wij bespreken de regelingen van twee belangrijke bestuursorganen, de *National Labor Relations Board* (NLRB) en de *Environmental Protection Agency* (EPA).

De regeling van de NLRB is een samenraapsel van elementen uit de hierboven besproken regelingen (29 CFR 102.37). Er is een algemene bevoegdheid tot verschoning ('An administrative law judge may withdraw from a proceeding whenever he deems himself disqualified') en een wrakingsmogelijkheid ('Any party may request the administrative law judge, at any time following his designation and before filing of his decision, to withdraw on ground of personal bias or disqualification'). De regeling voor 'disqualification' van de EPA (opgenomen in 40 CFR 22. 4 onder d) luidt: '(1) (...)Any party may at any time by motion to the Administrator, Regional Administrator, a member of the Environmental Appeals Board, the Regional Judicial Officer or the Administrative

456 Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative law and process in a nutshell*, St. Paul: Thomson/West 2006, p. 271. Volgens de literatuur onderscheidt de alj zich in zijn functioneren nauwelijks van een 'echte' rechter, zie bijvoorbeeld: Cole D. Taratoot & Robert M. Howard, 'The labor of judging. Examining Administrative Law Judge Decisions', *American Politics Research* 2011 39(5), p. 832.

457 Deze bepaling is minder streng dan 28 US Code 144 waarop zij deels is gebaseerd; is er sprake van goede trouw en een 'timely and sufficient affidavit', dan is niet het gevolg dat de bezwaarrechter zich terugtrekt, maar dat het bestuursorgaan over de wraking beslist.

Law Judge request that he or she disqualify himself or herself from the proceeding. (...) The Administrator, the Regional Administrator, a member of the Environmental Appeals Board, the Regional Judicial Officer, or the Administrative Law Judge may at any time withdraw from any proceeding in which he deems himself disqualified or unable to act for any reason.'

#### *Relevante aanvullende regelingen*

De *Code of Conduct for U.S. Judges* behelst ethische normen voor de federale rechters, die disciplinair worden gehandhaafd. De regeling bestaat uit 'canons' waarin algemene normen als eerlijkheid, hoor en wederhoor en onpartijdigheid zijn verwoord, maar waarin ook concretere eisen worden gesteld. *Canon 3* luidt: 'the judge should perform the duties of the office fairly, impartially and diligently', en onder C staat: 'A judge shall disqualify himself or herself in a proceeding in which the judge's impartiality might reasonably be questioned, including but not limited to instances in which: (...)' En dan volgen dezelfde gronden die in 28 US Code 455 onder (b) staan opgesomd.<sup>458</sup>

Deze *Code of Conduct* is, anders dan 28 US Code 455, niet van toepassing op de 'Justices' van het *Supreme Court*. Om nadere uitleg en invulling te geven wat betreft de toepassing van de regeling van 'disqualification' op het *Supreme Court*, heeft dit in 1993 een 'Statement of Recusal Policy' vastgesteld. Dit 'statement' ziet uitsluitend op situaties waarin verwanten van leden van het *Supreme Court* op enigerlei wijze betrokken zijn bij de procedure. Het *Supreme Court* benadrukt daarin dat het in beginsel slechts wrakingsverzoeken gericht tegen de *Justices* honoreert als er sprake is van 'actual bias'. De objectieve standaard die is vastgelegd in 28 US Code 455, wordt dus door het *Supreme Court* vanwege zijn speciale positie niet standaard op zichzelf toegepast.<sup>459</sup>

### **3 Welke (onafhankelijke) beslisser beoordeelt een verzoek tot wraking en aan welke (formele) gronden moet een 'wrakingsverzoek' voldoen?**

De zittingsrechter zelf beslist op basis van een 'motion to disqualify' of een 'affidavit' of hij zich van de zaak zal terugtrekken. Is er sprake van een 'affidavit' onder 28 US Code 144, dan is zijn discretionaire ruimte echter beperkt.

28 US Code 144 vereist een 'timely and sufficient affidavit' en verder: 'Such affidavit shall state the facts and the reasons for the belief that bias or prejudice exists (...)' Wraking op grond van

458 Evenals 28 US Code 455 is deze regeling gebaseerd op de *Model Code of Judicial Conduct* van de *American Bar Association*. Deze *Model Code* (anno 1972) heeft als blauwdruk gefungeerd voor bijna alle *Codes of Conduct* in de afzonderlijke staten, die van toepassing zijn op de statenrechters. Zo is de regeling van 28 US Code 455/*Canon 3 C* vrijwel overal geldend recht. Niettemin heeft een aantal staten een op punten andere wrakingswetgeving geïmplementeerd, zie voor voorbeelden: James Sample, David Pozen & Michael Young, *Fair Courts; Setting Recusal Standards*, Brennan Centre for Justice 2008, te downloaden via: [http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0\\_7tm6brjhd.pdf](http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0_7tm6brjhd.pdf).

459 Debra Bassett, 'Recusal and the Supreme Court', 56 *Hastings Law Journal* 657 (2005), p. 30 e.v.

deze bepaling geschiedt op basis van een onder eed afgelegde verklaring, waarin wordt gesteld dat de gewraakte rechter daadwerkelijk niet onbevangen is in de betreffende zaak (de grondslag van de wraking kan dus niet de schijn van partijdigheid zijn, waarop de regeling van 28 US Code 455 wél ziet). De feiten op basis waarvan wordt gewraakt, moeten in de verklaring worden opgenomen, en de raadsman moet als gevolg van de laatste volzin van deze bepaling verklaren dat de 'affidavit' te goeder trouw is afgelegd. Aangezien de rechter niet de waarheid van het gestelde mag beoordelen, is door de wetgever de volzin toegevoegd dat per zaak slechts één zo'n 'affidavit' mag worden ingediend. Om aan automatische wraking te ontkomen, worden in de rechtspraak de begrippen 'bias' en 'prejudice' overigens restrictief ingevuld: een 'affidavit' is niet voldoende als de gestelde gedragingen geen 'bias' kunnen opleveren.<sup>460</sup>

28 US Code 455 stelt geen eisen aan het wrakingsverzoek. Deze bepaling beoogt de schijn van partijdigheid tegen te gaan, en kent, zoals gezegd, een halfopen systeem van gronden: een open, 'catch all', grond ('impartiality might reasonably be questioned') en een aantal formele gronden. Voor de inhoud van het wrakingsverzoek gelden de algemene regels voor 'motions' die vastgelegd zijn in de *Federal Rules of Criminal Procedure* (rule 47) en de *Federal Rules of Civil Procedure* (rule 7 (b) 1). Een 'motion' moet schriftelijk zijn, tenzij zij wordt gedaan tijdens de terechtzitting, en moet de gronden bevatten waarop zij is gebaseerd – de wettelijke gronden voor 'disqualification' moeten dus worden aangewezen – en de beslissing aanduiden waarom wordt gevraagd. De civielrechtelijke Rule vereist dat de gronden 'with particularity' worden aangeduid.

### *Bestuursrecht*

Ook de persoon die is belast met de hoorzitting en beslissing in bezwaar (ambtenaar of alj), beslist zelf over een verzoek tot wraking. Hoewel in section 556 APA staat dat het bestuursorgaan over een wrakingsverzoek beslist, is dit in de bezwaarpraktijk de persoon die het bestuursorgaan vertegenwoordigt als voorzitter en beslisser. De uitwerking van deze bepaling voor de NLRB en de EPA (resp. in 29CFR102.37 en 40CFR22.4) laat ook zien dat de door deze bestuursorganen aangewezen bezwaarrechters zelf over het wel of niet honoreren van een wrakingsverzoek beslissen.

Wat betreft het opnemen van gronden in een wrakingsverzoek, neemt section 556 APA de twee hierboven genoemde bepalingen samen, door zowel naar 'personal bias' (de wrakingsgrond van 28 US Code 144) als naar 'other disqualification' (de gronden genoemd in 28 US Code 455) te verwijzen. Vereist wordt 'the filing in good faith of a timely and sufficient affidavit'. De term 'sufficient' (zie hierboven over 144) geeft aan dat de feiten en de grond moeten worden aangeduid. De regeling van de NLRB sluit op deze algemene regeling aan door ook een 'affidavit' te eisen en eveneens als gronden te eisen 'personal bias or disqualification'. De eis van 'sufficient' is

460 Bam 2011, p. 943.

nog nader omschreven: '(...) timely affidavit setting forth in detail the matters alleged to constitute grounds for disqualification (...)'.<sup>461</sup> De regeling van de EPA sluit meer aan bij 28 US Code 455; een 'affidavit' wordt niet geëist, maar bepaald wordt dat een 'motion' kan worden ingediend. Daaraan worden geen nadere eisen gesteld, maar verondersteld mag worden, gelet op de regelingen waarop onderhavige is gebaseerd, dat de grond(en) voor wraking in deze 'motion' moeten worden aangeduid.

#### **4 Wanneer in de procedure kan/moet een dergelijk verzoek worden gedaan?**

In 28 US Code 144 worden twee termijneisen gesteld. De 'affidavit' moet 'timely' zijn, en in de tweede volzin wordt geëist dat deze ten minste tien dagen voor de (eerste) zitting ('term') wordt ingediend. Deze laatste eis geldt echter niet langer direct, aangezien in 1963 de 'terms of court' zijn afgeschaft.<sup>462</sup> De eis van 'timeliness' wordt meestal ingevuld met maatstaven als 'zo snel mogelijk' of 'onverwijld nadat de feiten die de grondslag vormen de partij bekend zijn geworden'. Het niet voldoen aan de eis van 'timeliness' is in veel zaken de reden dat wrakingsverzoeken op grond van deze bepaling worden afgewezen.<sup>463</sup>

Een schriftelijke motie op basis van 28 US Code 455 moet vijf dagen voor de datum van de terechtzitting worden ingediend (rule 47 onder c van de *Federal Rules of Criminal Procedure* en rule 7 (b) 1 van de *Federal Rules of Civil Procedure*). De rechter kan, als daar goede reden voor is en dit 'ex parte' (buiten de terechtzitting) wordt aangevraagd, een andere termijn stellen. Als de 'motion to disqualify' tijdens de zitting wordt gedaan, bestaat er geen wettelijke termijneis. In de jurisprudentie wordt echter de eis gesteld dat de 'motion' moet worden ingediend zo snel mogelijk na het bekend worden van de feiten die de grondslag vormen voor de wraking. Indien aan deze eis niet wordt voldaan, wordt het wrakingsverzoek afgewezen. In ernstige, uitzonderlijke, gevallen kan tardief indienen worden opgevat als een 'implicit waiver'; deze afstand van het recht om een 'motion to disqualify' in te dienen, betekent dat ook appel niet meer mogelijk is.<sup>464</sup>

##### *Bestuursrecht*

Section 556 van de APA volgt 28 US Code 144 en kent dus ook de eis van een 'timely affidavit' (zie hierboven). In de wrakingsbepaling van de NLRB is bepaald dat het wrakingsverzoek kan worden ingediend vanaf het moment dat de 'bezwaarrechter' aan de zaak is toegewezen totdat hij zijn beslissing heeft genomen. Bovendien geeft deze bepaling zelf een uitwerking aan het begrip 'timely': 'promptly upon the discovery of the alleged facts'. De wrakingsregeling van de EPA stelt geen termijneisen; een partij kan 'at any time' door middel van een 'motion' de

<sup>461</sup> Anders dan onder de APA wordt in deze regeling aangesloten bij de beoordelingscriteria van 28 US Code 144, dat de 'bezwaarrechter' die de 'affidavit' te goeder trouw en voldoende oordeelt, zich moet verschonen.

<sup>462</sup> Geyh 2010, p. 89.

<sup>463</sup> Geyh 2010, p. 89.

<sup>464</sup> Zie de jurisprudentie aangehaald door: Geyh 2010, p. 76.

bezwaarrechter vragen zich te verschonen. Aangenomen mag worden dat hierbij de jurisprudentie zal worden gevolgd waarin de eis wordt gesteld dat de motion zo snel mogelijk na het bekend worden van de feiten moet worden ingediend.

### **5 Welke procedure/werkwijze wordt gevolgd na een verzoek tot wraking?**

Er is geen regeling van de procedure of werkwijze. De desbetreffende rechter of quasi-rechter (in bezwaar) beslist in beginsel zelf zowel inhoudelijk als procedureel hoe hij op het verzoek reageert.<sup>465</sup>

### **6 Verloopt de wrakingsprocedure op tegenspraak?**

De procedure verloopt niet op tegenspraak. De gewraakte rechter beslist zelf over de wraking; hij is niet verplicht daarover partijen (verder) te horen. Als de beslissing zich niet terug te trekken in appel wordt aangevochten, beslist de appelrechter zonder de eerste rechter of andere partijen te horen.

### **7 Hoe ver strekt de motiveringsplicht van de persoon die beslist over het verzoek (de 'wrakingsrechter')?**

Er is geen motiveringsplicht. Er zijn uitzonderingen op deze 'rule of nonexplanatory recusals',<sup>466</sup> bijvoorbeeld in de wrakingsregeling van de NLRB, waarin wordt bepaald dat de bezwaarrechter bij afwijzing van het wrakingsverzoek zijn beslissing en de gronden daarvoor uitdrukkelijk opneemt in het proces-verbaal. Ook kan het ontbreken van motivering grond zijn voor de appelrechter om de beslissing van de eerste rechter zich niet terug te trekken op een of andere wijze aan te tasten.<sup>467</sup>

### **8 Staat er een rechtsmiddel open tegen die beslissing van de 'wrakingsrechter'?**

De appelgerechten staan afzonderlijk beroep tegen een afwijzing van het wrakingsverzoek onder 28 US Code 455 toe, via het verzoek om een 'writ of mandamus' (een bevel van een hogere rechter aan de lagere rechter om iets te doen of niet te doen). De beoordelingsmaatstaf is 'abuse of discretion', een vrij marginale toetsing.<sup>468</sup> Er bestaat geen wettelijke regeling voor het rechtsgevolg van het oordeel van de appelrechter dat de rechter in eerste aanleg zich had moeten

<sup>465</sup> Bam 2011, p. 994; Basset 2005, p. 23.

<sup>466</sup> Lori Ann Foertsch, 'Scalia's duck hunt leads to ruffled feathers. How the U.S. Supreme Court and other federal judiciaries should change their recusal approach', 43 *Houston Law Review* 457 2006-2007, p. 458 en 459.

<sup>467</sup> Geyh 2010, p. 100 en 101.

<sup>468</sup> Geyh 2010, p. 101.

verschonen.<sup>469</sup> In interlocutoir appel kan de appelrechter op grond van 28 US Code 2106 een andere rechter aan de zaak toewijzen indien hij twijfelt aan de onpartijdigheid van de rechter.<sup>470</sup> De appelrechtspraak reserveert deze mogelijkheid voor uitzonderlijke situaties; het moet gaan om daadwerkelijke vooringenomenheid of andere 'unusual circumstances'.<sup>471</sup> Verschillende andere uitspraken komen in de jurisprudentie naar voren, zoals 'relief from judgement', het uitspreken van een 'mistrial' en het bevelen van een nieuw proces; ook is het mogelijk dat de appelrechter de fout kwalificeert als 'harmless error', en aan de onterechte niet-verschoning geen rechtsgevolg verbindt.

Tegen een afwijzing van de 'affidavit' dat is ingediend onder 28 US Code 144, kan alleen samen met de hoofdzaak beroep worden ingesteld. Het argument is dat section 455 beoogt het publieke vertrouwen in de rechtspraak te dienen door de schijn van partijdigheid tegen te gaan, terwijl section 144, dat daadwerkelijke vooringenomenheid van de rechter tot onderwerp heeft, de belangen van de partijen zelf beoogt te behartigen. De belangen van partijen worden, zo is de gedachte, niet geschaad als het beroep tegen 'non-disqualification' pas gelijk met beroep tegen de hoofdbeslissing wordt behandeld.<sup>472</sup>

#### *Bestuursrecht*

Beroep tegen beslissingen van de bezwaarrechter wordt meestal eerst door het bestuur ('Board') van het bestuursorgaan gehoord.<sup>473</sup> Dat is het geval bij de EPA en bij de NLRB.<sup>474</sup> In beide procedures geldt dat beroep tegen de beslissing van de bezwaarrechter bij de 'board' alleen samen met beroep tegen de hoofdbeslissing zelf kan worden ingesteld. Nadat de 'board' zich over de zaak heeft uitgesproken, kan een federale rechter worden ingeschakeld voor 'judicial review'. De federale rechter kiest of hij de strafrechtelijke dan wel de civielrechtelijke procedure toepast.

### **9 Is in de juridische literatuur (voor zover in deze fase te achterhalen) of door beleidsmakers (bijvoorbeeld in het parlement) kritiek geuit op deze regeling en op de praktijk? En zo ja, op welke gronden?**

Naar aanleiding van een aantal spraakmakende wrakingen van *Supreme Court Justices* is grote kritiek losgebarsten op de wijze waarop het *Supreme Court* omgaat met wrakingsverzoeken,<sup>475</sup>

469 Geyh 2010, p. 102.

470 Dit is niet een bepaling over wraking, maar houdt in dat het appelgerecht enige uitspraak kan wijzigen, aanpassen, terzijde stellen of verwijzen.

471 Geyh 2010, p. 109-113.

472 Geyh 2010, p. 97.

473 Taratoot & Howard 2011, p. 837.

474 Zie: Sec. 22.4 over de Environmental Appeals Board en 29 CFR 102.37 jo. 29 CFR 102.26, waarin is bepaald dat de Board toestemming kan geven voor beroep tegen een afgewezen *motion*.

475 Basset 2005; Caprice L. Roberts, *The Fox guarding the hen house? Recusal and the procedural void in the court of last resort*, *Rutgers Law Review* 2004, vol. 57:1, p. 107-182.

het feit dat *Supreme Court Justices* niet onderworpen zijn aan ethische regels van 'disqualification', en hun beslissingen op een wrakingsverzoek niet op schrift hoeven te stellen en te motiveren.<sup>476</sup> In 2011 heeft een aantal hoogleraren een schriftelijke oproep gedaan aan *Congress* en *Senate* om een 'enforcable, transparant process' in te stellen voor wrakingsbeslissingen van het *Supreme Court*.<sup>477</sup>

Op de wrakingsprocedure bestaat in de literatuur fundamentele kritiek. Deze kritiek ziet op het ontbreken van een procedure, op het feit dat de rechter zelf over zijn eigen wraking beslist en deze beslissing niet hoeft te motiveren, en op de marginale ('abuse of discretion') toetsing in interlocutoir appel.<sup>478</sup>

Tot slot is er algemene kritiek op de terughoudendheid van rechters in het toekennen van wrakingsverzoeken. Deze terughoudendheid wringt temeer nu het publieke vertrouwen in de onpartijdigheid van de rechtspraak tanende is, wat, zo wordt aangenomen, veel te maken heeft met het feit dat de verkiezing van rechters steeds meer de vorm aanneemt van politieke verkiezingen. Het *Brennan Centre* heeft in 2008 in dit kader aanbevelingen gedaan om de wrakingsregels te wijzigen of strenger te handhaven.<sup>479</sup> Deze aanbevelingen betreffen toezicht op campagnes, maar ook algemene kwesties als het aanwijzen van een andere rechter om over een wrakingsverzoek te beslissen, een verplichting tot motiveren en een volle toetsing in appel.

**10 Zijn er recent wijzigingen aangebracht aan de wettelijke regeling of praktijk, en zo ja, waarom, en in welke richting gingen die dan?**

Nee, afgezien van de *Caperton*-uitspraak van de *Supreme Court*, waarin de maatstaf van schijn van partijdigheid constitutioneel is erkend.

**11 Zijn er aanwijzingen dat er op enigerlei wijze oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regeling, door partijen of hun procesvertegenwoordigers (en zijn er rechtsmiddelen om dit oneigenlijk gebruik te sanctioneren)?**

Niet of nauwelijks; in de literatuur wordt een enkele 'isolated case' vermeld waarin op grond van 28 US Code 144 een valse 'affidavit' is ingediend.<sup>480</sup>

476 Foertsch 2006, p. 460.

477 'Changing ethical and recusal rules for Supreme Court Justices': [www.afj.org/judicial\\_ethics\\_sign\\_on\\_letter.pdf](http://www.afj.org/judicial_ethics_sign_on_letter.pdf).

478 Bam 2011, p. 995, en de daar aangehaalde literatuur; Sample, Pozen & Young 2008  
<[http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0\\_7tm6brjhd.pdf](http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0_7tm6brjhd.pdf)>, p. 31-33.

479 Sample, Pozen & Young 2008, <[http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0\\_7tm6brjhd.pdf](http://brennan.3cdn.net/1afc0474a5a53df4d0_7tm6brjhd.pdf)>, p. 25 e.v.

480 Geyh 2010, p. 91.

## **12 Bestaan er elementen van de procedure die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland?**

Gelet op het grote verschil tussen het Nederlandse en het Amerikaanse systeem en het ontbreken van een uitgewerkte procedure in de Amerikaanse regeling, zijn er weinig elementen die tot voorbeeld zouden kunnen dienen voor Nederland. Op zichzelf interessant zijn de volgende punten:

- De consequenties van het 'te laat' indienen van een wrakingsverzoek: niet in behandeling nemen of 'implicit waiver' (zie vraag 4).
- De mogelijkheid van interlocutoir appel en de differentiatie die in dat verband wordt gemaakt tussen 'actual bias' en andere wrakingsgronden.
- De 'affidavit' als schriftelijke verklaring van feiten waarover een eed van waarheid wordt afgelegd; de gewraakte rechter heeft daarna slechts beperkt de ruimte om op de zaak te blijven.

### Conclusie: verzamelde suggesties en ideeën en overzichtstabel

#### *België*

- Ondertekening van wrakingsverzoek door een advocaat met minstens tien jaar ervaring als lid van de balie.
- Bevoegdheid tot sanctionering van oneigenlijke wrakingsverzoeken door een geldboete.
- Behandeling van de zaak door de hoger geplaatste rechter.
- Korte en vaste termijn waarbinnen het wrakingsverzoek wordt behandeld.
- Verplichting tot verschoning voor de rechter.
- Limitatieve opsomming van een aantal wrakingsgronden, die ook dienen als grond waarop de rechter zich (anticiperend) moet verschonen.

#### *Denemarken*

- De betreffende rechter is gedurende het wrakingsverzoek bevoegd handelingen te verrichten die geen uitstel dulden.
- De wet duidt gedetailleerd functionele onverenigbaarheden in het strafrecht als gronden voor verschoning en wraking. Daarnaast kent de wet een open, algemene grond als vangnetbepaling.
- Tegen een afwijzende beslissing op het wrakingsverzoek staat een afzonderlijk rechtsmiddel open.

#### *Duitsland*

- Verrichtingen kunnen alsnog worden uitgevoerd in een spoedgeval (door een vervanger).
- Behandeling voortzetten in geval van misbruik; bij gegroundverklaring wordt de behandeling van de zaak overgedaan.
- Niet-ontvankelijkverklaring van een wrakingsverzoek wanneer sprake is van misbruik.

#### *Engeland*

- Veroordeling in de proceskosten bij oneigenlijk wrakingsverzoek.
- Voor het overige wijkt het stelsel zodanig af dat geen goede vergelijking kan worden gemaakt.

#### *Italië*

- De wrakingsgrond wordt beoordeeld door een onmiddellijk hoger in rang geplaatste rechter, tenzij het wraking van een appelrechter of cassatierechter betreft. In het laatste geval beslist een andere kamer van hetzelfde gerecht op het wrakingsverzoek.

- Het wrakingsverzoek wordt in een eerste fase op ontvankelijkheid beoordeeld.
- Wanneer het wrakingsverzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard, wordt de rechtsgang niet geschorst.
- Als een verzoek niet-ontvankelijk is of wordt afgewezen, kan de verzoeker tot een geldboete worden veroordeeld.
- Tegen de beslissing op het verzoek staat cassatieberoep open.

#### *Oostenrijk*

- De gewraakte rechter mag verrichtingen uitvoeren die geen uitstel dulden.
- In geval van misbruik kan in civiele zaken een beslissing op het wrakingsverzoek uitblijven.
- Verder is het mogelijk dat de behandeling toch met medewerking van de gewraakte rechter kan worden voortgezet.
- Er wordt een onderscheid gemaakt tussen wettelijke uitsluitingsgronden en de open wrakingsgrond en hieraan zijn procedurele gevolgen verbonden.

#### *Spanje*

- Er is de mogelijkheid om een boete op te leggen voor misbruik van de wrakingsregeling door partijen en om de verzoekende partij te veroordelen in de kosten van het wrakingsincident bij afwijzing van het verzoek tot wraking.
- Er bestaan vaste, korte, wettelijk bepaalde termijnen voor beslissingen op verzoek tot wraking/verschoning.
- De procedurele afhandeling van het wrakingsincident enerzijds en de uiteindelijke materiële eindbeslissing in dat incident anderzijds zijn in verschillende handen.
- De ontvankelijkheid van het verzoek wordt beoordeeld door de instructierechter, die ook zorg draagt voor de procedurele afhandeling daarvan.
- In strafzaken wordt de behandeling van het geding in de hoofdzaak niet opgeschort gedurende het wrakingsincident, maar voortgezet door de instructierechter.
- Er bestaat een uitputtende, dwingendrechtelijke opsomming van specifieke gronden voor wraking/verschoning.
- De nadruk van de regeling ligt op de plicht tot verschoning door de rechter bij het zich voordoen van één of meerdere van de specifieke wettelijke gronden; wraking komt pas in beeld wanneer rechter zijn plicht verzuimt (met disciplinaire maatregelen in gevallen waarin de rechter zich te kwader trouw niet heeft verschoond).
- Het verzoek tot wraking moet in zaken waar procesvertegenwoordiging vereist is, ondertekend worden door een procureur met bijzondere bevoegdheid.

*Verenigde Staten*

- De consequenties van het 'te laat' indienen van een wrakingsverzoek: niet in behandeling nemen of 'implicit waiver'.
- De mogelijkheid van interlocutoir appel en de differentiatie die in dat verband wordt gemaakt tussen 'actual bias' en andere wrakingsgronden.
- De 'affidavit' als schriftelijke verklaring van feiten waarover een eed van waarheid wordt afgelegd; de gewraakte rechter heeft daarna slechts beperkt de ruimte om op de zaak te blijven.
- Voor het overige wijkt het stelsel zodanig af dat geen goede vergelijking kan worden gemaakt.

Tabel 1: Schematisch overzicht van elementen van inspiratie uit diverse rechtsstelsels

| Elementen van inspiratie/Landen                                                             | Be               | Den              | Du               | En               | Fr               | It               | Oost             | Sp               | VS | Zw               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|----|------------------|
| Ondertekening van wrakingsverzoek door een 'gekwalificeerd' advocaat                        | x                |                  |                  |                  |                  |                  |                  | x                |    |                  |
| Geldboete en/of proceskostenveroordeling                                                    | x                |                  |                  | x <sup>481</sup> | x                | x                |                  | x                |    | x                |
| Beoordeling door hogere rechter                                                             | x                |                  | x <sup>482</sup> | x                | x                | x <sup>483</sup> | x <sup>484</sup> | x <sup>485</sup> |    | x <sup>486</sup> |
| Korte, vaste termijnen                                                                      | x                |                  |                  |                  | x                |                  |                  | x                | x  | x                |
| Limitatief opgesomde ('gesloten') wrakingsgronden                                           | x                |                  | x                |                  | x                |                  |                  | x                |    |                  |
| Combinatie van 'open' en 'gesloten' gronden                                                 |                  |                  | x <sup>487</sup> | x                |                  | x                | x                |                  | x  | x                |
| Spoedeisende handelingen mogen verricht worden (evt. door vervangende rechter)              | x <sup>488</sup> | x                | x                |                  | x                |                  | x                |                  |    |                  |
| Behandeling voortzetten (en evt. proceshandelingen later overdoen); geen schorsende werking |                  |                  | x                |                  | x <sup>489</sup> |                  | x <sup>490</sup> | x <sup>491</sup> |    | x <sup>492</sup> |
| Wraken van geheel college                                                                   |                  |                  |                  |                  | x                |                  |                  |                  |    |                  |
| Ontvankelijkheidsoordeel (evt. door instructierechter)                                      |                  |                  | x <sup>493</sup> |                  |                  | x                |                  | x                |    | x                |
| 'Plicht' tot verschoning                                                                    | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x                | x  | x                |
| Rechtsgevolg aan te laat indienen ('waiver')                                                |                  |                  |                  |                  |                  | x                | x                |                  | x  | x                |
| Affidavit (eet)                                                                             |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                  | x  |                  |
| Afzonderlijk rechtsmiddel tegen de wrakingsbeslissing (incl. cassatieberoep)                | x <sup>494</sup> | x <sup>495</sup> | x <sup>496</sup> | x                | x <sup>497</sup> | x <sup>498</sup> | x <sup>499</sup> |                  | x  | x                |

481 Het betreft één zaak waarin het High Court zelf tot deze sanctie op een oneigenlijk wrakingsverzoek is gekomen.

482 Alleen in zaken over sociale verzekeringen en werkloosheidsverzekeringen.

483 Tenzij wraking van een appelrechter of cassatierechter; dan wordt het wrakingsverzoek beoordeeld door het desbetreffende gerecht, zij het door een andere kamer.

484 Uitsluitend in civiele zaken en bij afwijzing.

485 In enkele specifieke gevallen, zie hierover meer in het landenrapport.

486 In strafzaken bij de 'open' wrakingsgronden, in civiele zaken al naargelang het kantonale recht dat bepaalt, en in bestuursrechtelijke zaken, tenzij het een besluit van een 'Kollegialbehörde' betreft.

487 In strafzaken.

488 Op verzoek van een partij en na beoordeling door de voorzitter van het gerecht.

489 In strafzaken.

490 Uitsluitend bij vermeend oneigenlijk gebruik (vertraging) in civiele zaken.

491 In strafzaken.

492 In strafzaken en mogelijk onder omstandigheden ook in civiele zaken.

493 In strafzaken.

494 Uitsluitend cassatie.

495 Uitsluitend tegen een afwijzing.

496 In civiele zaken en in strafzaken in de vorm van een vereenvoudigde procedure.

497 Uitsluitend in civiele zaken via beroep in cassatie.

498 Uitsluitend cassatie.

499 In civiele zaken in geval van een afwijzing.