



Vertrouwen in de rechtspraak?

Een onderzoek naar de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

Masterscriptie Anniek Eijlander Opleiding:

Rechtsgeleerdheid

Begeleider: Mr.dr. M.W. de Hoon

Tweede lezer: Prof.mr. J.B.M. Vranken

Afstudeerdatum: 9 augustus 2013

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Voorwoord	4
Hoofdstuk 1 – Inleiding	4

1.1 Aanleiding voor het onderzoek.....	4
1.2 Probleemstelling en toetsingskader	7
1.3 Opbouw	8
Hoofdstuk 2 – De heersende leer ten aanzien van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.....	8
2.1 De definitie van onrechtmatige rechtspraak.....	8
2.2 De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter	9
2.3 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de Staat voor ondergeschikten (artikel 6:170 BW)	9
2.4 Aansprakelijkheids criterium uit het standaardarrest	10
2.5 Jurisprudentie na het standaardarrest	11
2.6 Nieuwe ontwikkelingen in het arrest van 4 december 2009?	12
2.7 Aangevoerde argumenten voor een zeer restrictieve aansprakelijkheid	14
2.7.1 Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en daarmee samenhangende argumenten	14
2.7.2 Staatsrechtelijke bezwaren tegen aansprakelijkheid van de Staat	16
2.8 Conclusie	18
Hoofdstuk 3 – Ontwikkelingen in het gemeenschapsrecht en het EVRM.....	19
3.1 Onrechtmatige rechtspraak en het Gemeenschapsrecht	19
3.1.1 Staatsaansprakelijkheid voor schending van het EG-recht	19
3.1.2 Argumentatie van het Hof van Justitie ten aanzien van de positie van de rechter	20
3.1.3 De voorwaarde van de kennelijke schending	21
3.1.4 Situaties die in beginsel tot aansprakelijkheid kunnen leiden	23
3.1.5 Vergelijking met het nationale criterium	24
3.1.6 Tussenconclusie.....	25
3.2 Onrechtmatige rechtspraak en het EVRM	26
3.2.1 Eerlijke en onpartijdige behandeling	26
3.2.2 Redelijke termijn.....	26
3.2.2 Rechtspraak van de Hoge Raad in strijd met artikel 6 EVRM?	28
3.2.3 De redelijke termijn en verder?	29
3.2.4 Conclusie.....	29
Hoofdstuk 4 – Aansprakelijkheid voor andere onrechtmatige overheidshandelingen	30
4.1 Onrechtmatige overheidsdaad in het algemeen	31
4.2 Korte schets van de historische ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad	31
4.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatigheid van bestuur	32
4.3.1 Aansprakelijkheid wegens ‘gebrekkige’ besluiten	32
4.3.2 Aansprakelijkheid voor falend toezicht.....	34
4.4 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving	36
4.4.1 Onrechtmatige formele wetgeving	37
4.4.2 Onrechtmatige algemeen verbindende voorschriften	37
4.5 Tussenconclusie.....	38
4.6 Verschillen binnen de trias politica.....	39
4.7 Convergentie binnen de overheidsaansprakelijkheid	41
4.8 Conclusie.....	41

Hoofdstuk 5- Op weg naar een verruiming van het stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.....	42
5.1 Nadere weging van de aangevoerde argumenten voor de zeer restrictieve	42
5.2 De betekenis van de Europese en internationale jurisprudentie	44
5.3 Verschil in aansprakelijkheid binnen de trias politica.....	45
5.4 Elementen van een nieuw stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.....	46
5.4.1 Voorstellen tot uitbreiding	47
5.4.2 Het criterium van de kennelijke schending.....	48
5.4.3 Procesrechtelijke aspecten	48
5.4.4 Kenmerken van het nieuwe stelsel	49
5.5 Gezichtspunten voor invulling van de kennelijke schending.....	50
5.5.1 Gezichtspunten uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie	50
5.5.2 Andere relevante gezichtspunten.....	52
5.6 Conclusie.....	53
Hoofdstuk 6 - Afronding.....	54
Literatuurlijst	55

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie 'Vertrouwen in de rechtspraak? Een onderzoek naar de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak'. Deze scriptie is geschreven ter afronding van de Master Rechtsgeleerdheid aan Tilburg University. Hiermee sluit ik mijn studietijd in Tilburg af, een leerzame periode waar ik met veel tevredenheid en voldoening op terug kan kijken. Graag wil ik in dit voorwoord enkele mensen bedanken. Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider, mevrouw de Hoon, bedanken voor de goede begeleiding die zij mij bij het schrijven van deze scriptie geboden heeft. Door haar feedback, de prettige gesprekken en haar positieve benadering kon ik altijd met een goed gevoel verder werken. Ook wil ik de heer Vranken bedanken. Niet alleen voor zijn bereidheid om in de afstudeercommissie plaats te nemen, maar ook voor het op het idee brengen om over het onderwerp, onrechtmatige rechtspraak, te schrijven. Tot slot wil ik graag mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun en vertrouwen. Zij hebben mij altijd gestimuleerd en de mogelijkheden geboden om zo veel mogelijk uit mijn studie(tijd) te halen.

Anniek Eijlander

Tilburg, juli 2013

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Er is de afgelopen jaren in de media en in de politiek veel te doen over het vertrouwen in de rechtspraak. Hoewel volgens verschillende onderzoeken het vertrouwen in de rechtspraak nog steeds groot is¹, is dit vertrouwen de laatste jaren niet meer vanzelfsprekend en lijkt het vertrouwen in de rechtspraak ook steeds meer onder druk te staan. De rechterlijke macht moet steeds vaker tekst en uitleg geven of zelfs erkennen dat iets niet goed is gegaan. Vertrouwen in de rechtspraak is belangrijk. Corstens, de president van de Hoge Raad, stelt dat de rechtspraak haar belangrijkste rol alleen goed kan uitvoeren wanneer zij het vertrouwen in de samenleving geniet.² Met name omdat de rechter de controlerende factor is in de machtscheiding. Er mag geen twijfel zijn dat deze niet goed functioneert. Maar rechtspreken blijft natuurlijk mensenwerk

¹ Zie o.a.: P. Dekker, C. Maas-de Waal en T. van der Meer 'Vertrouwen in de rechtspraak, Theoretische en empirische verkenningen voor een monitor' SCP-publicatie 102, 2004 en het vervolg P. Dekker en T. Van der Meer, 'Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht' SCP-publicatie, 2007

² In de voordracht gehouden op 9 oktober 2009 tijdens het jaarcongres van de NVvR: Magistraat 2.0 – de update ³ Uiteraard heb ik dit in het kader van deze scriptie niet empirisch vast kunnen stellen maar mijn veronderstelling is dat de mogelijkheid om fouten te kunnen herstellen uiteindelijk bijdraagt aan de kwaliteit van het vertrouwen in de rechtspraak.

en mensen maken fouten. Zeker in de situatie waarin het recht steeds ingewikkelder is geworden. We hebben niet meer alleen te maken met nationaal recht maar ook met Europees en internationaal recht. In het Nederlandse rechtstelsel zijn mechanismen ontwikkeld om fouten te verhelpen en om de gevolgen daarvan te voorkomen of te herstellen. Maar in de rechtspraak doen zich toch gevallen voor dat er door onjuist rechterlijk handelen of nalaten nadeel ontstaat dat door het reguliere stelsel van rechtsmiddelen niet wordt weggenomen. Dit kan leiden tot onrechtvaardige situaties. De burger mag daar niet de dupe van zijn en daarmee is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak belangrijk voor het vertrouwen in de rechtspraak. Wanneer de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak goed is geregeld kan het vertrouwen in de rechtspraak worden vergroot.³

Om de zoveel tijd wordt de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatig rechterlijk handelen ter discussie gesteld.³ Dit gebeurde ook naar aanleiding van het recente Greenworld/Arbiters arrest van 4 december 2009⁴ waar de Hoge Raad zelf het thema van de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak aankaart in een zaak over arbiters. Maar opvallend is dat de afgelopen tientallen jaren weinig ontwikkeling heeft plaatsgevonden op het gebied van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Inmiddels is het al meer dan 40 jaar geleden dat het standaardarrest van 1971⁵ is gewezen waarin de Hoge Raad overwoog dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor schade uit onrechtmatige rechterlijke beslissingen. Dit kan enkel bij hoge uitzondering wanneer het gaat om een veronachtzaming van een fundamenteel rechtsbeginsel bij de voorbereiding van de beslissing, zodat er van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak geen sprake is. Daarnaast moet tegen die beslissing geen rechtsmiddel meer openstaan en hebben opengestaan. Ook volgt uit artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren dat een rechter niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Het huidige recht kent daarmee al geruime tijd een zeer restrictief aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatige rechtspraak.

In diezelfde periode heeft op Europees en Internationaal vlak de rechtsontwikkeling niet stilgestaan. In de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM zijn relevante uitspraken gedaan die meer ruimte bieden voor aansprakelijkheid van onrechtmatige rechtspraak dan de nationale jurisprudentie.⁶ Dit betreft zowel de drempel om tot aansprakelijkheid te komen als de aard van de normen waarop de schending betrekking heeft. Het hoeft niet uitsluitend te gaan om een schending van procedurele normen, wat wel een vereiste van de Hoge Raad is.⁷ Al in 2005

³ Zie V.V.R. van Bogaert, De 'gemiddelde rechter', *Trema* 2009, p. 390-394

⁴ HR 4 december 2009, *LJN* BJ7834, *NJ* 2011/131 m.nt. Vranken (*Greenworld/Arbiters*)

⁵ HR 3 december 1971, *NJ* 1972/173 m.nt. Scholten (*X/Staat*)

⁶ Onder andere HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429 (Köbler) m. nt. Widdershoven, *NJ* 2004/160 m.nt. Mok, HvJ EG 13 juni 2006, nr. C-173/03, AB 2006/248, m.nt. Steyger, *NJ* 2006/543 m.nt. Mok

⁷ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 250

wees de toenmalige minister van Justitie, Donner, op de noodzaak van een verruiming van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak ter verwerking van zowel EU- als EHRMrechtspraak.⁸

Daarnaast hebben zich wel vele veranderingen voorgedaan op andere gebieden van de overheidsaansprakelijkheid. Al in de negentiende eeuw was de burgerlijke rechter bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties wegens onrechtmatig overheidsoptreden. Op het gebied van onrechtmatig bestuur en op het gebied van onrechtmatige wetgeving heeft het leerstuk zich steeds verder ontwikkeld in de richting van een uitbreiding van die aansprakelijkheid, zoals in de laatste decennia ontwikkelde overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen en onrechtmatige materiële wetgeving. Het is opmerkelijk dat dergelijke ontwikkelingen wel voor de uitvoerende en wetgevende, maar niet voor de rechtsprekende organen hebben plaatsgevonden.

Ik vraag me af in hoeverre bovengenoemde ontwikkelingen aanleiding moeten zijn om een nieuwe koers te gaan varen op het gebied van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. De mate waarin de overheid aansprakelijk wordt gehouden voor fouten van de rechter is uiteraard het resultaat van een afweging. Er zijn in de loop van de tijd verschillende argumenten aangevoerd voor de terughoudende benadering voor overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak. Het belangrijkste argument is het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. In de jurisprudentie en literatuur is dit argument aangevuld met nog vele andere argumenten. Maar in hoeverre rechtvaardigen deze tegen overheidsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige rechtspraak aangevoerde argumenten de restrictieve lijn nog?

Er is in de literatuur veel geschreven over het onderwerp betreffende de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidsoptreden maar dit spitst zich met name toe op de onrechtmatigheid van bestuur en de laatste jaren ook steeds meer op de onrechtmatigheid van wetgeving.⁹ De aandacht voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak is beperkt gebleven. Het eerste daadwerkelijke substantiële werk op dit gebied is het proefschrift van Van Oevelen uit 1987, getiteld 'De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht'.¹⁰ Dit werk heeft echter primair de Belgische rechtsorde als onderwerp. Het tweede deel betreft externe rechtsvergelijking, waarbij ook het Nederlandse recht aan bod komt. Daarnaast is in 2005 de

⁸ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 253 ; zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28

⁹ o.a. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, van Maanen en de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Monografieën Privaatrecht 3, 4de druk, Kluwer 2005, waar het ook voornamelijk gaat over onrechtmatig bestuurshandelen en onrechtmatige wetgeving.

¹⁰ Zie A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen: Maklu 1987

¹² Zie V.V.R van Bogaert, *De rechter beoordeeld, Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 2005

dissertatie, 'De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief', van Van Bogaert verschenen.¹² Uiteraard zijn er op (deel)onderwerpen van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak wel artikelen en annotaties verschenen maar anno 2013 is er behoefte om het gehele leerstuk in kaart te brengen en te bezien of er vernieuwingen nodig zijn. In dit onderzoek zal ik de laatste ontwikkelingen in beeld brengen. Ik maak daarbij ook een vergelijking met het Europese en internationale recht op dit vlak, die een steeds belangrijkere rol spelen. En verder ga ik in op de ontwikkelingen op andere gebieden van onrechtmatige overheidshandelingen. Tot slot doe ik voorstellen voor de hoofdlijnen voor een nieuw stelsel voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.

1.2 Probleemstelling en toetsingskader

In dit onderzoek ga ik nader in op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter blijft in dit onderzoek grotendeels buiten beschouwing. Het doel van het onderzoek is, door middel van een analyse van de literatuur en de jurisprudentie, te achterhalen of het aansprakelijkheidsregime van onrechtmatige rechtspraak nog passend is. Allereerst door te beschrijven wat de lijn in Europa is en te analyseren in hoeverre het Nederlandse recht daar van afwijkt. Vervolgens door te onderzoeken welke belangrijke ontwikkelingen hebben plaats gevonden op de andere gebieden van onrechtmatig overheidsoptreden en deze te vergelijken met de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Daarnaast zal ik bezien wat de elementen kunnen zijn voor een eventueel verruimd stelsel van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak en hoe dit in de praktijk vorm zou kunnen worden gegeven. Mijn onderzoeksvraag luidt dan als volgt:

Is een verruiming van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak aangewezen gelet op de Europese en internationale ontwikkelingen en gelet op de ontwikkelingen op andere gebieden van onrechtmatig overheidsoptreden? Zo ja; hoe kan een dergelijk nieuw stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak vorm krijgen?

Om de bovenstaande vraag te beantwoorden wordt gebruik gemaakt van een toetsingskader. In het vervolg van dit onderzoek toets ik op de coherentie in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Een belangrijke functie van het systeem binnen het recht, en in dit verband in het bijzonder in het aansprakelijkheidsrecht, is de onderlinge afstemming van bepalingen. Tegenstrijdigheden en inconsistenties moeten worden vermeden.¹¹ Barkhuysen stelt hierover in zijn Leidse oratie dat door eenheid en coherentie in het recht na te streven, de legitimatie en acceptatie van het recht en de rechtspraak wordt bevorderd. Dit effect kan optreden

¹¹ Asser & Vranken 1995, p. 82

doordat het nastreven van rechtseenheid bijdraagt aan het verwezenlijken van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en de doorzichtigheid van het recht en zelfs de efficiëntie daarvan vergroot.¹² Coherentie gaat niet voor alles maar afwijking van dat beginsel behoeft wel legitimatie.

1.3 Opbouw

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. Allereerst, om de aansprakelijkheidsproblematiek te kunnen plaatsen, wordt de heersende leer ten aanzien van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak besproken. In dit hoofdstuk worden ook de verschillende argumenten die pleiten voor het restrictieve stelsel besproken (hoofdstuk 2). Vervolgens wordt er op de relevante ontwikkelingen op Europees en Internationaal niveau ingegaan (hoofdstuk 3). Daarna wordt de vergelijking gemaakt met de aansprakelijkheid op andere gebieden van het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid. Daarbij wordt ingegaan op de ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatig bestuur en op het gebied van onrechtmatige wetgeving (hoofdstuk 4). In het volgende hoofdstuk wordt de balans opgemaakt. Er wordt onderzocht of een nieuw aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatige rechtspraak aangewezen is en wat de elementen daarvan kunnen zijn (hoofdstuk 5). In het laatste hoofdstuk volgt de afronding van het onderzoek (hoofdstuk 6)

Hoofdstuk 2 – De heersende leer ten aanzien van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

In dit hoofdstuk ga ik in op de heersende leer ten aanzien van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Allereerst wordt de definitie van onrechtmatige rechtspraak gegeven. Dan ga ik beknopt in op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter en de kwalitatieve aansprakelijkheid van de Staat voor ondergeschikten. Vervolgens bespreek ik de belangrijkste jurisprudentie op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. En daarnaast ga ik in dit hoofdstuk kort in op de verschillende argumenten die zijn aangevoerd voor de restrictieve aansprakelijkheid. De contra-argumenten worden ook toegelicht.

2.1 De definitie van onrechtmatige rechtspraak

Op grond van artikel 6:162 BW kan een burger bij de civiele rechter de Nederlandse Staat aansprakelijk stellen voor de schade als gevolg van een rechterlijke beslissing. In een dergelijke procedure staat de vraag centraal of er sprake is van onrechtmatige rechtspraak. Onder het

¹² Barkhuysen 2006, p. 31

begrip 'onrechtmatige rechtspraak' wordt in de literatuur en jurisprudentie doorgaans verstaan: al het onjuist, schadeveroorzakend handelen (in de zin van zowel 'doen' als 'nalaten') dat verricht is in het kader van de rechterlijke bevoegdheidsuitoefening.¹³ Wanneer je de Nederlandse staat op grond van onrechtmatige rechtspraak aansprakelijk wil stellen, dan dient ook aan de overige vereisten van artikel 6:162 BW te worden voldaan. Te weten causaliteit tussen de schade en de onrechtmatige daad, toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad en relativiteit. Bij een onrechtmatige rechtspraakprocedure gaat het om een nieuwe procedure en het voorwerp daarvan is een reeds gewezen rechterlijke beslissing die mogelijkerwijs niet afkomstig is van de civiele rechter maar van bijvoorbeeld de bestuursrechter.¹⁴

2.2 De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter

Artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) sluit de persoonlijke aansprakelijkheid van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding in functie onder alle omstandigheden uit. Verheij noemt dit in zijn preadvies voor de NJV immuniteit in traditionele zin.¹⁵ Lid 1 en 2 Wrra sluiten de externe persoonlijke aansprakelijkheid voor overheidsrechters voor bedrijfsfouten, zoals het zoekraken van documenten, uit. Voor dit type fouten heeft de Staat wel de mogelijkheid van regres op de rechter wanneer die schade opzettelijk of met grove roekeloosheid heeft veroorzaakt. In het derde lid van artikel 42 Wrra wordt de persoonlijke aansprakelijkheid uitgesloten voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing. Tot 2002 was dit anders en gold er een uitzondering bij rechtsweigering (art. 844-852 (oud) RV). Maar sinds deze is vervallen is de burger altijd aangewezen op de Nederlandse staat voor compensatie van die schade. Er bestaat ook niet de mogelijkheid voor de Staat van regres op de rechter voor schade die door onrechtmatige rechterlijke uitspraken zijn veroorzaakt.¹⁶

2.3 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de Staat voor ondergeschikten (artikel 6:170 BW)

Naast de mogelijkheid om de Staat op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen bestaat ook de mogelijkheid van artikel 6:170 BW. De aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW heeft in tegenstelling tot de rechtstreekse aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 een aanvullend karakter.¹⁷ Deze route is uitgesloten wanneer de rechter niet op grond van 6:162 BW aangesproken kan worden. Wanneer een ambtenaar of orgaan van de Staat onrechtmatig handelt, kan de Staat op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheid of werkgeversaansprakelijkheid van artikel 6:170 BW tot schadevergoeding worden aangesproken.¹⁸ Mits het orgaan als een 'ondergeschikte' in de zin van artikel 6:170 BW kan

¹³ Van Bogaert 2005, p.22

¹⁴ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p.237

¹⁵ Verheij 2013, p. 67

¹⁶ Zie voor een uitgebreide bespreking J.F.M Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963 p. 1212-1218 en van Bogaert 2005, p. 243-249

¹⁷ Van Bogaert 2005, p. 46

¹⁸ Van Bogaert 2005, p. 43

worden beschouwd.¹⁹ Of er sprake is van 'ondergeschiktheid' wordt in de jurisprudentie ingevuld door de vraag of 'zeggenschap' aanwezig is. Wil er sprake zijn van ondergeschiktheid in de zin van artikel 6:170, is volgens vaste rechtspraak de aanwezigheid van 'formele zeggenschap', namelijk de aanstellings- en ontslagbevoegdheid, voldoende.²² Als het gaat om de rechter lijkt het mij niet dat er gesproken kan worden van 'formele zeggenschap'. Anderen hebben geen invloed op de inhoud en daarnaast wordt een rechter benoemd voor het leven en kunnen zij enkel in zeer uitzonderlijke gevallen ontslagen worden.²⁰ Daarmee lijkt artikel 6:170 geen betekenis te hebben voor het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak.

2.4 Aansprakelijkheids criterium uit het standaardarrest

Het arrest X/Staat van de Hoge Raad uit 1971²¹ wordt als standaardarrest beschouwd op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. In deze zaak werd de Staat, zonder succes, aansprakelijk gesteld voor een mogelijke onrechtmatige beslissing van de kantonrechter te Utrecht in een arbeidsrechtelijke kwestie. De Hoge Raad formuleerde in dit arrest, in tegenstelling tot in eerdere arresten,²² op een uitdrukkelijke wijze een criterium voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad overwoog dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor schade uit onrechtmatige rechterlijke beslissingen. De belangrijkste overweging laat ik hier volgen:

'Dat de vraag of een partij die in een rechtsgeding in het ongelijk wordt gesteld, de gelegenheid moet worden geboden om tegen de in zijn nadeel uitgevallen beslissing op te komen, door de wetgever bij de regeling van de voor het betreffende geding voorgeschreven procedure bewust en met zorg onder ogen pleegt te worden gezien. En dat daarom de te dien aanzien gegeven wettelijke regeling, die hetzij tegen deze beslissingen rechtsmiddelen ter beschikking stellen, hetzij bepalen dat daartegen generlei voorziening is toegelaten, geacht moeten worden uitputtend te hebben voorzien in de bescherming van belangen die voor de partijen bij de verkrijging van een juiste beslissing zijn betrokken.'

Aansprakelijkheid is enkel mogelijk bij hoge uitzondering, namelijk 'indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat en heeft opengestaan'.²³ De omstandigheden waaronder een dergelijke aansprakelijkheid wel toelaatbaar is worden niet nader gespecificeerd. De Hoge Raad sluit met de maatstaf van een eerlijke en onpartijdige behandeling aan bij artikel

¹⁹ Zie hierover Hoekzema 2000, p. 50-58 ²²

Van Bogaert 2005, p. 44

²⁰ Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de situatie dat rechter lichamelijk of geestelijk niet meer in staat is zijn werk te doen of de situatie dat de rechter voor een misdrijf is veroordeeld.

²¹ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (X/Staat)

²² Zoals HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (Ostermann); HR 17 april 1959, NJ 1961, 573 (Bloemsma q.q./Staat)

²³ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (X/Staat)

6 EVRM dat het recht op een eerlijk proces waarborgt. Met andere woorden, enkel de schending van het fair-trial beginsel zoals neergelegd in artikel 6 EVRM kan tot een succesvolle schadevergoedingsactie leiden.²⁴ Het gaat hier om een formele toets waarbij er geen ruimte is voor aansprakelijkheid voor het onjuist toepassen van het materiële recht. De uitzonderingsregel van het standaardarrest wordt strikt gehanteerd, een beroep op deze uitzonderingsregel is dan ook bijna nooit gehonoreerd.²⁵ Verheij spreekt in zijn preadvies over een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid.²⁶

2.5 Jurisprudentie na het standaardarrest

Vorderingen op grond van artikel 6:162 tegen een rechterlijke uitspraak worden betrekkelijk weinig ingesteld en zijn dus vooralsnog ook weinig kansrijk gebleken. De overwegingen uit het standaardarrest werden in verschillende arresten herhaald.²⁷ Maar, ondanks dat velen naar aanleiding van het arrest uit 1971 een beroep hebben gedaan op onrechtmatige rechtspraak, is het beroep alleen toegewezen bij een schending van het beginsel van hoor en wederhoor en in het geval de rechter ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de betrokkene niet is bijgestaan door een raadsman.²⁸ De Hoge Raad heeft tot op heden een schending van het in artikel 6 gewaarborgde motiveringsbeginsel en het gewaarborgde recht op een behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn dan ook onvoldoende geacht voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.²⁹

Wel lijkt de Hoge Raad soepeler om te gaan met zaken die een nationaal vervolg zijn op een veroordeling van het EHRM. Een voorbeeld hiervan is de zaak Kostovski³⁰, waarin het gebruik van anonieme getuigenverklaringen in strijd werd geacht met het EVRM. De betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen kon door de rechters niet worden getest waardoor de rechten van de verdediging dusdanig waren geschonden dat het strijd opleverde met het EVRM. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat 'een uitzondering moet worden aanvaard ingeval een uitspraak van het Europese Hof, waarmee de strafrechter geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing tot stand is gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 eerste lid eerste zin EVRM'. Een ander voorbeeld is de Dombo-zaak³¹ waarin door het EHRM in het gelijk gestelde

²⁴ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 239

²⁵ Van Bogaert en Stamhuis 2000, p. 796-804

²⁶ Verheij 2013, p. 73

²⁷ O.a. in HR 17 maart 1978, NJ 1979, 204; HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558

²⁸ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 239; HR 12 februari 1993, NJ 1993/572 m.nt. Snijders; HR 12 februari 1993, NJ 1993/524 m.nt. Ras

²⁹ HR 23 jun 1995, NJ 1995/661; HR 25 februari 1988, NJ 1989/4, m. nt. Heemskerk

³⁰ HR 1 februari 1991, NJ 1991/413 m.nt. Van Veen, NJCM-Bulletin 1991, m.nt. Van der Velde en De Hullu (*Mededaders Kostovski*)

³¹ De gehele Dombo-zaak behelst de volgende arresten en vonnissen: Hof Arnhem 12 februari 1985, NJ 1985, 518; HR 19 februari 1988, NJ 1988, 725 m. nt. WHH, EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994 534, m.nt. HJS en EJK, Rb. 's-Gravenhage, 2

appellanten voor de civiele rechter aanvullende schadevergoeding claimden. In de zaak van Dombo Beheer BV tegen NWB mocht de directeur van Dombo Beheer BV niet als getuige optreden, terwijl de directeur van het NMB-filiaal wel als getuige toegelaten werd. Deze beslissing van het Gerechtshof van Arnhem werd onrechtmatig geacht. De Hoge Raad overwoog dat aan beide voorwaarden van de uitzondering geformuleerd in het arrest uit 1971 voldaan was. Een schending van het beginsel van 'equality of arms' werd vastgesteld. Daarnaast waren alle wettelijke rechtsmiddelen uitgeput.³²

2.6 Nieuwe ontwikkelingen in het arrest van 4 december 2009?

Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 4 december 2009³³, waarin het ging om de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters, is de discussie over onrechtmatige rechtspraak weer opnieuw op gang gekomen. In dit arrest is de vraag aan de orde gekomen of de uitzondering uit het standaardarrest van 1971 nog wel geldt. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.6 dat:

'(...) zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan. Wat de overheidsrechter betreft, geldt hier art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Daaruit volgt (...) dat de betrokken rechterlijke ambtenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak, maar dat indien de Staat ter zake met succes zou kunnen worden aangesproken en sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijke ambtenaar wel op hem regres kan worden genomen.'

Als ik het goed zie, spelen in dit arrest twee verschillende zaken. De eerste heeft te maken met de persoonlijke aansprakelijkheid, dan wel het regres nemen van rechterlijke ambtenaren (in opleiding) enerzijds en de arbiters anderzijds. De tweede kwestie betreft de vraag of dit arrest ook gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak. Ik ga nu achtereenvolgens op beide kwesties in.

De Hoge Raad baseert zich in de bovenstaande rechtsoverweging op artikel 42 Wvra. Maar volgens Vranken heeft de Hoge Raad zich gebaseerd op een onjuiste weergave van dit artikel. Ik sluit mij hier bij aan. Artikel 42 lid 1 en 2 Wvra sluiten de externe persoonlijke aansprakelijkheid

november 1995, Rb. 's-Gravenhage 18 september 1966, *JOR*, 106 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, Hof 's-Gravenhage, 17 juli 1997, *NJ Kort* 1997, 75

³² Van Bogaert 2005, p. 234 en Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 239 en 240

³³ HR van 4 december 2009 LJN BJ7834 (Greenworld/Arbiters)

van overheidsrechters voor bedrijfsfouten uit. Voor dit type fouten is uitsluitend de Staat aansprakelijk maar de Staat heeft wel de mogelijkheid van regres op de rechter wanneer deze schade opzettelijk of met grove roekeloosheid is veroorzaakt. De mogelijkheid van regres ontbreekt echter voor de schade die door onrechtmatige rechterlijke uitspraken zijn veroorzaakt. Voor deze fouten zijn rechters nooit persoonlijk aansprakelijk. De Hoge Raad lijkt het onderscheid tussen deze twee soorten fouten niet te maken. Wanneer er van deze zienswijze wordt uitgegaan kan het voorgestelde criterium voor de arbiters niet worden gebaseerd op artikel 42 Wvra. Hoe moet dit nu worden geduid? Vranken stelt dat de Hoge Raad de gelegenheid te baat heeft genomen om een nieuwe maatstaf te ontwikkelen en een dergelijke actieve opstelling, zo meent Vranken, past bij de voorgenomen versterking van de normerende taak van de Hoge Raad. Blijkbaar gaat hij er vanuit dat de Hoge Raad hiermee het kader van artikel 42 heeft verruimd en aangepast. Namelijk dat de nieuwe maatstaf niet alleen geldt voor arbiters maar ook voor overheidsrechtspraak. Dat is inderdaad een mogelijke interpretatie maar een andere interpretatie kan zijn dat de Hoge Raad het criterium voor arbiters anders en ruimer stelt dan dat voor rechters. Daar valt ook wel wat voor te zeggen aangezien bij arbiters er geen andere partijen zijn waar de schade op kan worden verhaald. Terwijl bij rechter altijd nog de achterliggende aansprakelijkheid van de Staat kan spelen. Hoewel deze tot nu toe nog erg beperkt is gebleven.

Vervolgens de tweede kwestie. Wat betekent dit arrest voor de aansprakelijkheid van de Staat? Op dit moment is het nog niet precies duidelijk wat de betekenis is van het arrest. Het arrest kan op meerdere manieren geïnterpreteerd worden. Volgens Vranken en Fernhout heeft de Hoge Raad met genoemde rechtsoverweging een nieuwe uitzondering geïntroduceerd.³⁴ Deze houdt in dat bij opzet of bewuste roekeloosheid dan wel kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt met betrekking tot een vernietigde rechterlijke beslissing de Nederlandse Staat met succes aansprakelijk kan worden gesteld. De vraag is echter of de Hoge Raad wel doelt op aansprakelijkheid van de Staat. Fernhout is er zijn stellig over in zijn bijdrage 'Onrechtmatige rechtspraak herzien'. Hij stelt doordat artikel 42 lid 3 Wvra persoonlijke aansprakelijkheid categorisch uitsluit, de Hoge Raad wel het oog moet hebben gehad op de aansprakelijkheid van de Staat.³⁵ Barkhuysen, Van Emmerik en Van der Hulle betogen in 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland; coulanter compenseren?',³⁶ in navolging van Meijer,⁴⁰ dat deze conclusie voorbarig is aangezien uit de geciteerde rechtsoverweging niet onomstotelijk duidelijk wordt dat de Hoge Raad doelt op de aansprakelijkheid van de Staat. Zij stellen dat de Hoge Raad doelt op de persoonlijke aansprakelijkheid van de (scheids)rechter. Dit omdat de

³⁴ Zie F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien' *NJB* 2010/42 p. 2696-2699 en de annotatie van Vranken onder het arrest van de HR van 4 december 2009, *LJN* BJ7834, *NJ* 2011/131

³⁵ Fernhout 2010, p. 2696-2699

³⁶ Zie T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?' in *Coulant compenseren? over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer Kluwer 2012 ⁴⁰ Zie R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?' *MvV* 2010/2 p. 11-14 ⁴¹ Meijer 2010, p. 14

Hoge Raad overweegt dat een rechter niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing (artikel 42 lid 3 Wvra) en vervolgens ingaat op de mogelijkheid voor de Nederlandse Staat om regres te nemen op een rechter (artikel 42 lid 2 Wvra). Meijer stelt zelfs dat uit niets blijkt dat de Hoge Raad het oog heeft gehad op de aansprakelijkheid van de Staat zelf.⁴¹ Volgens Barkhuysen, Van Emmerik en Van der Hulle en volgens Meijer moet dan ook worden geconcludeerd dat de strenge uitzonderingsgrond van de Hoge Raad uit 1971 nog steeds overeind staat.³⁷ Er kan dus blijkbaar verschillend over worden gedacht en meerdere standpunten zijn verdedigbaar. De Hoge Raad is niet duidelijk geweest en het zal zich nog verder moeten uitwijzen. Zo lang dit nog niet helder is, ga ik er vanuit dat de terughoudende lijn nog steeds geldt.

2.7 Aangevoerde argumenten voor een zeer restrictieve aansprakelijkheid

In de rechtspraak en in de literatuur worden verschillende argumenten aangevoerd tegen de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Deze argumenten kunnen in twee groepen worden onderverdeeld, in procesrechtelijke argumenten en in staatsrechtelijke argumenten. Eerst zal ik ingaan op de procesrechtelijke argumenten waarbij ik het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, het gezag van gewijsde, het rechtszekerheidsbeginsel en de gedachte dat procederen voor eigen risico is, zal bespreken. Daarna zal ik kort ingaan op de staatsrechtelijke bezwaren en met name op de onafhankelijkheid van de rechter en de hiërarchische structuur van de rechterlijke instanties.

2.7.1 Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en daarmee samenhangende argumenten

Het argument waarmee de Hoge Raad in 1971 zijn uitspraak heeft onderbouwd is dat de aanvaarding van aansprakelijkheid 'onverenigbaar' zou zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De Hoge Raad stelde dat de in het ongelijk gestelde partij door het instellen van een schadevergoedingsprocedure tegen de Staat of de rechter in persoon, de gelegenheid zou hebben om de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken.³⁸ De opvatting van de Hoge Raad berust op twee veronderstellingen. Allereerst dat de wetgever de regeling van de voor een geding voorgeschreven procedure 'bewust en met zorg' onder ogen heeft gezien. De tweede veronderstelling is dat deze regeling 'uitputtend' voorziet in de bescherming van belangen van de procespartijen bij het krijgen van een juiste beslissing.³⁹ Bij deze veronderstellingen kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Door verschillende auteurs wordt betwist of de wetgever de regeling wel bewust en met zorg onder ogen heeft gezien en of er wel sprake is van een doordacht stelsel.⁴⁰ Daarnaast wordt gesteld dat

³⁷ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 238

³⁸ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (*X/Staat*)

³⁹ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (*X/Staat*)

⁴⁰ Zie C.J. van Zeben, 'Onrechtmatige daad van de rechter' in C.H. Beekhuis e.a. *Van opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 215; C.A.J.M. Kortmann, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiend uit rechterlijke uitspraken', in: W. Aerts

er in de praktijk geen sprake (meer) is van een gesloten rechtsmiddelenstelsel.⁴¹ Dit zou alleen al blijken uit het feit dat de Hoge Raad bereid is gebleken buitenwettelijke rechtsmiddelen open te stellen. Ook heeft de Hoge Raad op andere manieren ingegrepen in wettelijke regelingen. Een voorbeeld hiervan is het arrest *Lindenbaum/Cohen*, waarin de Hoge Raad in afwijking van de wettelijke definitie een ruimere definitie van de onrechtmatige daad hanteerde.⁴²

In de literatuur wordt het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen aangevuld met andere argumenten die in het verlengde liggen van dit argument; het samenhangende gezag van gewijsde, het beginsel van rechtszekerheid en de gedachte dat een procedure eens tot een einde moet komen. Een belangrijk punt hierbij is de positie van de partij die onderdeel uitmaakt van de bestaande procedure maar zelf geen beroep doet op onrechtmatige rechtspraak. Uitgangspunt moet zijn dat die positie niet meer in het geding kan komen. Anders gezegd: die partij moet geen nadeel of schade meer ondervinden van de eventuele onrechtmatige rechtspraak. Hier wordt bij de bespreking van de volgende argumenten nader op ingegaan.

Het gezag van gewijsde houdt de bindende kracht van een (eerdere) rechterlijke beslissing in een nieuwe procedure in. Voor civielrechtelijke beslissingen is dit neergelegd in artikel 236 Rv. De gedachte is dat beslissingen die door uitputting van de beschikbare beroepsmogelijkheden of door afloop van de beroepstermijnen definitief zijn geworden, niet meer opnieuw in een geding dienen te kunnen worden ingebracht.⁴³ Maar bij dit argument moet worden aangetekend dat het gezag van gewijsde slechts in het geding kan komen, indien er een nieuwe rechtszaak wordt gevoerd tussen dezelfde partijen (handelend in dezelfde hoedanigheid) en ten aanzien van hetzelfde geschil op basis van dezelfde rechtsgrond. Dus ondanks dat er sprake is van een onrechtmatige rechtspraakprocedure kan de uitspraak gewoon blijven gelden en de volledige rechtskracht tussen partijen kan blijven bestaan. Er ontstaat namelijk een nieuwe procedure tussen de Staat en de in het ongelijk gestelde partij, die niet op basis van dezelfde rechtsgronden zal worden gevoerd. Het oorspronkelijke geschil blijft dan ook beslecht en in de rechtsverhouding tussen die oorspronkelijke procespartijen verandert er niets. Enkel negatieve materiële gevolgen ervan worden hersteld.⁴⁴ Het voorgaande geldt echter alleen in de situatie dat de Staat zelf geen partij is in de eerstgenoemde procedure. Het komt echter anders te liggen als de Staat zelf partij is in het geding, dan kan immers het argument van gezag van gewijsde wel opgeld doen.

e.a., *Rechtspleging*, Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Katholieke universiteit Nijmegen Deventer: Kluwer 1974, p. 99-100; S.C.J.J. Kortmann, 'Onrechtmatige civiele rechtspraak'in: C.J.M. Corstens a.a., *Met hoofd en hart*, Zwolle; W.E.J. Tjeenk Willink 1991 p. 277

⁴¹ van Bogaert 2009, p.392 zie m.n de arresten *Enke/Dupont* (HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242) en *Ten Have/Bosman* (HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 44)

⁴² Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 241, HR 31 januari 1919 (*Lindenbaum/Cohen*), NJ, 1919/161, m. nt. Molengraaff

⁴³ van Bogaert 2005, p. 311

⁴⁴ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 241 en van den Brink 2000, p. 789-795 ⁵⁰ Van den Brink 2000, p. 789-795

Een argument dat in het verlengde ligt van het bovengenoemde betreft het beginsel van de rechtszekerheid. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen heeft onder andere als doel om rechtszekerheid te creëren. De argumentatie van het rechtszekerheidsbeginsel vertoont veel verwantschap met het hiervoor behandelde uitgangspunt van gezag van gewijsde. Namelijk wanneer de reeds gewezen en vermeende onrechtmatige beslissing niet wordt aangetast, komt de rechtszekerheid ook niet in het geding. Ook de gedachte dat een procedure een keer tot een einde moet komen speelt hierbij een rol. De vrees bestaat dat door de aanvaarding van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, er geen einde meer komt aan geschillen, omdat een beslissing via een actie uit onrechtmatige daad steeds opnieuw ter discussie zou kunnen worden gesteld. Op zichzelf is dit een begrijpelijk gezichtspunt en het rechtszekerheidsbeginsel en de rechtsvrede zijn belangrijke waarden van het rechtstelsel. Maar de vraag is ook hier weer; moet de procedure inzake onrechtmatige rechtspraak niet gezien worden als een nieuwe/andere procedure en in dit geval tegen de Staat? Daar valt veel voor te zeggen.

Ook de gedachte dat procederen voor eigen risico is, wordt gebruikt als argument tegen aansprakelijkheid van de Staat. Deze gedachte houdt in dat partijen vrij zijn om hun geschil voor te leggen aan de rechter, wetende dat eventuele gebreken tot de mogelijkheden behoren. De vraag is of er wel altijd sprake is van keuzevrijheid. Ten eerste geldt wie zijn recht wil halen moet naar de rechter. Ten tweede geschiedt procederen lang niet altijd op eigen initiatief. Een gedaagde wordt betrokken in een procedure en zal zich moeten verdedigen.⁵⁰

Ten slotte bestaat de angst dat wanneer de mogelijk tot overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak wordt verruimd er een stortvloed aan procedures tegen de Staat komt.⁴⁵ Partijen die in het ongelijk zijn gesteld zouden alsnog hun gelijk willen halen met behulp van een onrechtmatige daadsactie tegen de Staat. Aansprakelijkheid uitsluiten voor deze angst lijkt echter niet de oplossing voor het probleem. Onrechtvaardige situaties waar burgers zijn benadeeld moeten worden hersteld. Het zou echter niet wenselijk zijn dat partijen te pas en te onpas er een beroep doen op de eventuele onrechtmatigheid van een uitspraak. Dit risico moet wel worden beperkt.

2.7.2 Staatsrechtelijke bezwaren tegen aansprakelijkheid van de Staat

Er zijn naast bovengenoemde argumenten ook andere bezwaren in te brengen tegen overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Ten eerste wordt vaak gewezen op de bijzondere positie van de rechter. Het argument wordt aangevoerd dat door het risico van

⁴⁵ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p.251

aansprakelijkheid de rechter niet in vrijheid en onbevangenheid over een geschil kan oordelen. Dit is een klassiek rechtseconomisch argument dat in de bredere discussie over aansprakelijkheid regelmatig wordt gebruikt. Er worden echter ook kanttekeningen geplaatst bij dit criterium. Zo kan het argument ook omgekeerd worden. Niet enkel kan het risico van aansprakelijkheid leiden tot defensief gedrag maar ook tot extra zorgvuldigheid. Daarnaast is geen van beide effecten empirisch aangetoond. Het verband tussen aansprakelijkheid en het gedrag van mensen is veel complexer dan de klassieke rechtseconomie aanneemt.⁴⁶

Daarnaast wordt vaak gewezen op de onafhankelijkheid van de rechter. Volgens de leer van de trias politica moet de rechter onafhankelijk kunnen functioneren. Gesteld wordt dat uit het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid (die onder meer in de Grondwet is uitgewerkt) voortvloeit dat de rechter omtrent de uitoefening van zijn ambt aan niemand en in geen enkel geval verantwoording verschuldigd is. Behalve binnen het kader van de rechterlijke macht zelf.⁵³ De Staat heeft, in deze benadering, dus niet de macht een rechterlijke uitspraak te beïnvloeden. Dit argument wordt ook wel bestreden. Ondanks dat het voor de Staat onmogelijk is om een concrete uitspraak te beïnvloeden hoeft dit niet te impliceren dat de Staat niet voor de gevolgen daarvan aansprakelijk zou kunnen zijn. Op individueel niveau is invloed misschien onmogelijk maar op hoger niveau bezit de Staat wel instrumenten om de kwaliteit van de rechterlijke macht te bevorderen, bijvoorbeeld op het gebied van de organisatie, inrichting en beschikbare middelen en voorzieningen.⁴⁷ Daarnaast moet worden bedacht dat wanneer de rechter niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor onrechtmatig rechterlijke handelen of nalaten er wel een vangnet moet zijn voor een burger die hiervan de dupe dreigt te worden. De Staat is de behartiger van het algemeen belang en daarmee ook van goede rechtspraak. De zorg voor een kwalitatief hoog niveau van de rechtspraak is een taak van de overheid. De Staat, is naast de persoon van de rechter, de enige die de last kan dragen van de rechterlijke fouten.

Er wordt ook gesteld dat overheidsaansprakelijkheid voor de beslissingen van de rechterlijke macht kunnen conflicteren met de hiërarchische structuur van rechterlijke instanties. De situatie kan ontstaan dat de ene rechter, soms in een lagere positie of andere sector van de rechtspraak, de andere rechter moet beoordelen. Er bestaat namelijk geen bijzondere voorziening in dit soort situaties. Wanneer het gaat om een onrechtmatige uitspraak die in de allerhoogste instantie is beslecht, kan het zijn dat deze rechterlijke instantie uiteindelijk een oordeel moet geven over een eigen uitspraak. Het gevaar bestaat dat in een dergelijk geval de vordering eerder wordt afgewezen.⁴⁸ Dit is een reëel punt, waar bij de inrichting en organisatie van de beoordeling van

⁴⁶ Noot van Vranken onder het arrest HR 4 december 2009, LJV BJ7834, NJ 2011/131

⁵³ van Bogaert 2005, p. 327 en 328

⁴⁷ Van den Brink 2000, p. 789-795

⁴⁸ Snijders 1999, p. 145-152; Kortmann 1991, p. 269-286

dit soort geschillen rekening moet worden gehouden. Bedacht moet worden welke instanties bevoegd zijn kennis te nemen van dergelijke geschillen.

In de literatuur is ook de kwestie opgeworpen of de wetgever niet ten principale een beroep op onrechtmatige rechtspraak heeft willen uitsluiten.⁴⁹ Dit zou afgeleid kunnen worden uit de in artikel 844 e.v. Rv geregelde rechtsweigering. Uit de geschiedenis zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever slechts daar specifiek omschreven gevallen expliciet heeft geregeld. Een opvatting die daar tegenover staat is dat wetgever deze kwestie over heeft willen laten aan de rechter en deze aansprakelijkheid dus niet op voorhand heeft willen uitsluiten.⁵⁰ De laatste opvatting getuigt van een meer open systeem waar de mogelijkheden van aansprakelijkheid niet enkel in de wetgeving zijn geregeld maar zich ook in de praktijk moet kunnen ontwikkelen. Deze laatste benadering gaat er niet vanuit dat de rechterlijke uitspraken per definitie rechtmatig zijn, er blijft ruimte dat dit kan worden betwist.

Meer in algemene zin geldt in het recht dat vaak niet één uitspraak de juiste is. Over bepaalde vragen kan in alle redelijkheid verschillend worden gedacht. Voor die verschillen kunnen volgens Vranken processuele en materieelrechtelijke redenen zijn, maar ze kunnen ook terug te voeren zijn op een andere taakopvatting van rechters.⁵¹ Ook is er sprake van interpretatie van de wet door de rechter wat in bepaalde gevallen kan leiden tot verschillende uitkomsten. Deze redenering volgend zou het niet goed zijn dat te snel tot aansprakelijkheid kan worden geconcludeerd. Maar Vranken wijst ook op het feit dat voor andere beroepsbeoefenaren ook geldt dat er een bepaalde marge bestaat waarbinnen zij in alle redelijkheid van mening kunnen verschillen over wat juist is of niet. En voor hen gelden niet de geringe mogelijkheden voor aansprakelijkheid.

2.8 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de heersende leer ten aanzien van het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak besproken. Uit de genoemde jurisprudentie is gebleken dat al geruime tijd een zeer restrictief aansprakelijkheidsregime bestaat voor onrechtmatige rechtspraak. Argumenten voor een dergelijke benadering heb ik kort besproken en ook de tegenargumenten zijn kort toegelicht. Later, in hoofdstuk 5, wordt op deze argumenten nog teruggekomen. Maar eerst wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan op de relevante ontwikkelingen op Europees en internationaal vlak die een steeds prominentere rol spelen in dit leerstuk.

⁴⁹ Van den Brink 2000, p. 789-795, van Zeven 1972, p. 209 e.v.

⁵⁰ Van den Brink 2000, p. 789-795

⁵¹ Zie de noot van Vranken onder het arrest HR 4 december 2009, *LJN BJ7834*, *NJ 2011/131*

Hoofdstuk 3 – Ontwikkelingen in het gemeenschapsrecht en het EVRM

In het vorige hoofdstuk ben ik ingegaan op het systeem van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak op nationaal niveau. In het kader van dit leerstuk zijn uitspraken op Europees en internationaal niveau uiteraard ook van belang. Op grond van de Nederlandse Grondwet heeft al het bindende internationale (en dus ook Europese) recht als zodanig werking in de Nederlandse rechtsorde. Hierdoor is een sterke vervlechting tussen nationaal recht, het EGrecht en het EVRM ontstaan. Het doel is een beeld te krijgen van de betekenis van de Europese en internationale ontwikkelingen voor het nationale recht op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Vanuit het oogpunt van coherentie is het immers nodig dat er goede aansluiting is op die ontwikkelingen die dus ook doorwerken in het nationale rechtstelsel. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik daar nader op in. Ik begin met een analyse van het gemeenschapsrecht en jurisprudentie van het Hof van Justitie. Vervolgens ga ik in op het EVRM, waar het voornamelijk zal gaan over de schending van artikel 6 EVRM en de redelijke termijn. Ik sluit dit hoofdstuk af met de conclusies.

3.1 Onrechtmatige rechtspraak en het Gemeenschapsrecht

3.1.1 Staatsaansprakelijkheid voor schending van het EG-recht

Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat EU-lidstaten aansprakelijk kunnen zijn jegens een burger voor schendingen van het EG-recht.⁵² Deze lijn is in 1991 ingezet met het Francovich arrest.⁶⁰ Voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht moet er volgens deze rechtspraak van het HvJ EG aan verschillende vereisten worden voldaan. Allereerst moet de geschonden rechtsregel ertoe strekken particulieren rechten toe te kennen. Ten tweede moet er sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending. En ten derde moet er sprake zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen de schending en de geleden schade.⁵³ Deze voorwaarden zijn 'noodzakelijk en voldoende' om een recht op schadevergoeding voor particulieren in het leven te roepen. Dit sluit niet uit dat lidstaten een soepeler aansprakelijkheidssysteem mogen hanteren. Het betreft een vorm van jurisprudentiële minimumharmonisatie.⁵⁴

⁵² Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 243 en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 337-374 ⁶⁰ HvJ EG 19 november 1991, nrs. C-6/90 en C-9/90, NJ 1994, 2 (Francovich en Bonifaci)

⁵³ Wissink & Meijer 2004 p.93

⁵⁴ Kobler arrest r.o. 51-58, herhaling van opmerkingen uit C-46 en 48/93, Brasserie de Pecheur en Factortame r.o. 66 ⁶³ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, (Köbler/Rupubliek Oostenrijk) m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 m.nt. Mok

Voor het toepassen van deze vereisten ging het steeds over de aansprakelijkheid voor het handelen van de wetgever of het bestuur. Maar in de zaak Köbler⁶³, en vervolgens in de zaak Traghetti⁵⁵, heeft het Hof van Justitie bevestigd dat deze lijn ook geldt voor een schending van het EU-recht door rechterlijke beslissingen.⁵⁶ Dit was niet verassend want reeds in het arrest Brasserie du Pêcheur⁵⁷ werd overwogen dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid geldt, ongeacht welk type orgaan van de lidstaat de schending heeft begaan. Dezelfde vereisten die gelden voor het bestuur en de wetgever, gelden dus ook voor de rechter. Daarnaast moet het gaan om een schending van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie. Tegen de rechterlijke beslissing mag geen rechtsmiddel meer openstaan. Voor het Nederlandse recht betekent dit dat uitspraken van de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het college van Beroep voor het Bedrijfsleven tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Daarnaast kunnen uitspraken van hiërarchisch lager geplaatste rechters, die in bepaalde zaken in laatste aanleg recht spreken ook tot aansprakelijkheid leiden.⁵⁸

3.1.2 Argumentatie van het Hof van Justitie ten aanzien van de positie van de rechter

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat het principe van staatsaansprakelijkheid in het gemeenschapsrecht ook geldt voor uitspraken van de in laatste aanleg sprekende nationale rechters. De argumentatie van het Hof van Justitie is dat de Staat in de internationale rechtsorde in zijn geheel moet worden beschouwd. Alle organen van de Staat dienen de regels te eerbiedigen die door het gemeenschapsrecht zijn opgelegd en die rechtstreeks gevolgen kunnen hebben voor de situatie van particulieren. Geen van de organen wordt hierbij uitgesloten. Daarnaast overweegt het Hof dat de rechterlijke macht een essentiële rol vervult bij de bescherming van rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen. Een in de laatste aanleg sprekende instantie is per definitie de laatste instantie waar het gemeenschapsrecht geldend gemaakt kan worden. De volle werking van de bepalingen van het gemeenschapsrecht zou in gevaar kunnen komen als een particulier onder omstandigheden geen schadevergoeding kan krijgen wanneer de rechter deze rechten heeft miskend. De burger blijft in laatste instantie afhankelijk van de rechter.⁵⁹

Verschillende lidstaten, waaronder Nederland, hebben bezwaren naar voren gebracht tegen het aanvaarden van staatsaansprakelijkheid van de in laatste aanleg rechtsprekende rechter.⁶⁰ De

⁵⁵ HvJ EG 13 juni 2006, nr. C-173/03, AB 2006/248 m.nt. Steyber, NJ 2006/543 m.nt. Mok

⁵⁶ Andere zaken waar in dit verband op kan worden gewezen zijn HvJ EG 13 januari 2004, nr. C-453/00, AB 2004/58, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/125, m.nt. Mok & HvJ EG 9 december 2003, nr. C-129/00, AB 2004/59, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/582, m.nt. Mok

⁵⁷ HvJ EG 5 maart 1996, nrs. C-46/93 en C-48/93, NJ 1997, 145 (Brasserie du Pêcheur en Factortame)

⁵⁸ Wissink & Meijer 2004, p. 96

⁵⁹ Wissink & Meijer 2004, p. 92

⁶⁰ Dit in het kader van de Köbler procedure (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, (Köbler/Rupubliek Oostenrijk))

argumenten van de lidstaten zijn grotendeels dezelfde als die aangevoerd zijn in het nationale recht.⁶¹ Allereerst wordt door de lidstaten betoogd dat het gaat om een aantasting van het beginsel van rechtszekerheid en meer in het bijzonder van het gezag van gewijsde. Daarnaast stellen de lidstaten dat de onafhankelijkheid en de autoriteit van de rechter in het gedrang komt. En ten derde wordt er op gewezen dat het moeilijk kan zijn om te bepalen welke rechterlijke instantie bevoegd is kennis te nemen van geschillen over staatsaansprakelijkheid als gevolg van onrechtmatig rechterlijk handelen.⁶²

Het Hof van Justitie heeft deze argumenten te licht bevonden. Met betrekking tot het gezag van gewijsde wordt opgemerkt dat de procedure tot vaststelling van aansprakelijkheid niet op basis van dezelfde rechtsgronden wordt gevoerd en ook niet in alle gevallen dezelfde partijen heeft als het oorspronkelijk geschil. Het hoeft dus niet te betekenen dat bij het toekennen van een schadevergoeding, het gezag van gewijsde wordt opgeheven.⁶³ Daarnaast betwijfelt het Hof van Justitie of de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding komt aangezien het hier niet gaat om persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter maar om staatsaansprakelijkheid.⁶⁴ Het bezwaar van aantasting van de autoriteit kan volgens het Hof net zo goed andersom worden gebruikt. Een beroepsweg waarmee onder bepaalde voorwaarden vergoeding van de schadelijke gevolgen van een onjuist rechterlijke beslissing kan worden verkregen kan juist leiden tot een hogere kwaliteit van de rechtsorde en daarmee ook de autoriteit van de rechter versterken.⁶⁵ Tot slot is er het probleem van de voor de behandeling van de staatsaansprakelijkheid bevoegde instantie op nationaal niveau. Het Hof van Justitie wijst op vaste rechtspraak die inhoudt dat het aan de lidstaten is om particulieren een adequate beroepsweg te bieden waar zij een beroep kunnen doen op het beginsel van staatsaansprakelijkheid.⁶⁶

3.1.3 De voorwaarde van de kennelijke schending

In het voorgaande werd al duidelijk dat voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht volgens vaste rechtspraak aan drie voorwaarden moet worden voldaan. Het vereiste dat er sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht verdient extra aandacht. Dit vereiste komt met betrekking tot de rechtspraak er op neer, dat er sprake moet zijn van een kennelijke schending. Dit zou kunnen impliceren dat het hier gaat om een striktere vorm van de voldoende gekwalificeerde schending

⁶¹ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze argumenten hoofdstuk 2 onder het kopje 2.5 aangevoerde argumenten voor een zeer restrictief stelsel.

⁶² van Bogaert 2005, p. 267 en 268

⁶³ Wissink & Meijer 2004, p. 92

⁶⁴ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, (Köbler/Rupubliek Oostenrijk) r.o.42

⁶⁵ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, (Köbler/Rupubliek Oostenrijk) r.o.43

⁶⁶ Zaak 33/76, Rewe *Jur.* 1976, 1989, r.o. 5 en zie ook Wissink & Meijer 2004, p. 93

dan die al langer wordt toegepast. Volgens Widdershoven⁶⁷ en Meijer en Wissink⁶⁸ heeft het Hof van Justitie echter geen nieuwe beperking opgeworpen die specifiek geldt voor aansprakelijkheid wegens fouten van rechters. Zij betwijfelen of er een inhoudelijk verschil bestaat tussen het algemene criterium van de voldoende gekwalificeerde schending en het 'kennelijkheids criterium'. In eerdere arresten over het begrip voldoende gekwalificeerde schending kwam namelijk het gezichtspunt van de 'kennelijk en ernstige miskenning' al naar voren in verband met de grenzen waarbinnen de discretionaire bevoegdheid dient te blijven. Daarnaast is er geen sprake van een koerswijziging. Dit blijkt doordat in de zaak Köbler expliciet wordt verwezen naar het arrest Brasserie du Pêcheur.⁶⁹ Widdershoven stelt daarnaast dat het enkel om een woordenkwestie gaat die in feite niets toevoegt. Het zou alleen bedoeld zijn om lidstaten gerust te stellen die aarzelend tegenover staatsaansprakelijkheid voor schendingen door rechterlijke organen staan.⁷⁰ Er kan daarentegen ook worden betoogd dat het Hof van Justitie in het arrest Köbler wel duidelijk een verschil heeft willen maken tussen de gekwalificeerde schending en de kennelijke schending. Anders zouden ze waarschijnlijk niet eens de term 'kennelijk schending' hebben geïntroduceerd en zouden ze er ook niet zo veel woorden aan gewijd hebben.

Daarbij geeft het Hof van Justitie aan dat van een kennelijke schending enkel sprake is in uitzonderlijke gevallen. En dat er rekening moet worden gehouden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid.⁷¹ Bij de beantwoording of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending spelen verschillende gezichtspunten een rol, deze zijn ontleend aan het Köbler en Traghetti arrest . De gezichtspunten zijn de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwinging, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen.⁷²

Daarnaast dient bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending rekening te worden gehouden met de discretionaire bevoegdheid van de rechter. Hoe groter de beoordelingsmarge, hoe zwaarder de schending moet zijn, wil het voldoende gekwalificeerd zijn.⁸² Bij de vaststelling van de rechterlijke discretionaire ruimte moet er gekeken worden op welke wijze de nationale rechter een regel van het EG-recht geschonden

⁶⁷ In R.J.G.M Widdershoven , AB 2003, 429

⁶⁸ In M.H. Wissink en R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties', VRA 2004/1, p. 91-112

⁶⁹ Wissing & Meijer 2004, p. 97

⁷⁰ Widdershoven 2003, p. 429

⁷¹ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429 (G. Köbler/Rupubliek Oostenrijk) m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 m.nt. Mok r.o 53

⁷² r.o 55 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Köbler en r.o. 43 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Traghetti

⁸² HvJ EG 8 oktober 1996, (gevoegde zaken C-178/93 e.v). Jur. p. 1-4845 en AB 1997, 272 Dillenkofer r.o. 25 ⁸³Van Bogaert 2005, p. 275

heeft en wat de aard van die regel is. Wanneer de rechter een direct werkende bepaling van het EG-recht niet heeft toegepast, zal er sneller sprake zijn van een gekwalificeerde schending dan wanneer hij een nationale bepaling in strijd met het gemeenschapsrecht heeft geïnterpreteerd.⁸³ Ook de vraag naar de helderheid van het toe te passen gemeenschapsrecht speelt een rol. Dit hangt samen met de verwijzingsplicht en de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen.⁷³ In de volgende paragraaf wordt hier nader op ingegaan.

3.1.4 Situaties die in beginsel tot aansprakelijkheid kunnen leiden

Gelet op het bovenstaande onderscheiden Meijer en Wissink twee situaties die in beginsel tot aansprakelijkheid kunnen leiden.⁷⁴ Ten eerste het geval dat het gemeenschapsrecht kennelijk duidelijk is maar de rechter verzuimt het (correct) toe te passen. In deze situatie bestaat er geen twijfel over de juiste uitleg van het gemeenschapsrecht want er is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie betreffende de kwestie (*acte éclairé*). Of de betrokken bepaling van het gemeenschapsrecht is op zichzelf al duidelijk (*acte clair*). Er hoeft dan geen prejudiciële vraag te worden gesteld. De tweede situatie die tot aansprakelijkheid kan leiden betreft het geval dat het gemeenschapsrecht kennelijk onduidelijk is, maar de rechter verzuimt een prejudiciële vraag te stellen. Het gemeenschapsrecht is onduidelijk omdat bijvoorbeeld de betreffende regeling niet direct uitkomst biedt en er geen jurisprudentie aanwezig is die betrekking heeft op de kwestie waarover de nationale rechter moet oordelen. In dit geval moet de in de laatste aanleg sprekende nationale rechter een prejudiciële vraag stellen over de uitleg van het gemeenschapsrecht. Wanneer dit wordt nagelaten kan dit, in combinatie met een onjuiste toepassing van het gemeenschapsrecht, leiden tot aansprakelijkheid.⁷⁵

Een schending kan verschoonbaar zijn wanneer het gemeenschapsrecht duidelijk lijkt te zijn (maar dat achteraf niet is) en de rechter verzuimt het correct toe te passen of verzuimt een prejudiciële vraag te stellen. Wanneer voor een correcte toepassing van het gemeenschapsrecht een prejudiciële vraag gesteld had moeten worden kan dit verschoonbaar zijn als dit gelet op de stand van het gemeenschapsrecht niet zo ernstig is dat van een voldoende gekwalificeerde schending kan worden gesproken. In dit geval is het gemeenschapsrecht niet kennelijk duidelijk of kennelijk onduidelijk en heeft de lidstaat voor een interpretatie gekozen die goed verdedigbaar is.⁷⁶ Deze situatie ligt tussen de twee bovengenoemde situaties in. Een schending is dan niet zo ernstig dat van een voldoende gekwalificeerde schending kan worden gesproken. De zaak Köbler is hiervan een voorbeeld. Hier was het gemeenschapsrecht niet kennelijk duidelijk, het Hof van Justitie had over deze situatie nog geen uitspraak gedaan. Maar evenmin was het kennelijk

⁷³ Volgt o.a. uit het Cilfit arrest (HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, Jur. 1982, p. 3415)

⁷⁴ In M.H. Wissink en R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties', *VrA* 2004/1, p. 91-112

⁷⁵ Wissink & Meijer 2004, p. 99

⁷⁶ Wissink & Meijer 2004, p. 98 en 99

onduidelijk, het Hof van Justitie nam het de betreffende rechterlijke instantie daarom niet kwalijk dat er geen prejudiciële vraag was gesteld.⁷⁷

3.1.5 Vergelijking met het nationale criterium

Een kennelijke schending van het gemeenschapsrecht van een in de laatste aanleg rechtsprekende instantie kan dus tot aansprakelijkheid leiden. Het criterium van het Hof van Justitie staat als het ware naast het door de Hoge Raad gehanteerde nationale criterium voor onrechtmatige rechtspraak.⁷⁸ Er bestaan namelijk verschillen in de staatsaansprakelijkheid wanneer de onrechtmatige rechterlijke beslissing bestaat uit een schending van nationaal recht en wanneer zij bestaat uit een schending van gemeenschapsrecht. Beide criteria stellen de eis dat tegen de rechterlijke beslissing geen rechtsmiddel openstaat. Ook moet bij beide stelsels, voor de vestiging van aansprakelijkheid, sprake zijn van relativiteit en causaliteit. Maar de norm van Hof van Justitie is minder restrictief dan die van de Hoge Raad uit 1971. Ondanks dat aan de voorwaarde, die inhoudt dat er sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing, niet snel zal worden voldaan, bestaat er een grotere kans op succes. Waar in de lijn van de Hoge Raad enkel procedurele normen tot aansprakelijkheid kunnen leiden, is dat bij het EU-recht anders. Daar kan ook een schending van een materiële norm tot aansprakelijkheid leiden. Daarnaast is de normschending onder het EU-recht niet beperkt tot enkel fundamentele normen.⁷⁹

De vraag is of het criterium uit het standaardarrest niet te sterk uiteen loopt met het criterium van het Unierecht en het nationale criterium niet meer 'Köbleriaans' moet worden aangepast. Nu bestaat namelijk de situatie dat voor schendingen van het Nederlandse recht geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, terwijl voor vergelijkbare gevallen voor schendingen van het gemeenschapsrecht die aansprakelijkheid wel bestaat. Een dergelijke aanpassing is substantieel en niet zonder gevolgen. In de literatuur wordt gewezen op eventuele risico's die aan een versoepeling van de staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk handelen verbonden zijn. Wissink en Meijer wijzen op het gevaar, dat via een omweg, uitspraken van lagere rechters onder een "Köbleriaans" regime worden gebracht. Bij schending van nationaal recht ligt het voor de hand dat de aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de rechter zich uitbreidt tot alle nationale rechters. Na een dergelijke uitbreiding zal de nationale aansprakelijkheidsnorm ook moeten worden toegepast op schending van het gemeenschapsrecht door lagere rechters. Het communautair gelijkwaardigheidsbeginsel vereist namelijk dat het nationale recht zaken waarin gemeenschapsrecht speelt niet ongunstiger mag behandelen dan vergelijkbare zaken waarin

⁷⁷ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, (G. Köbler/Rupubliek Oostenrijk) m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 m.nt. Mok en Wissink & Meijer 2004 p. 99

⁷⁸ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 245 en Meijer 2011, p.106

⁷⁹ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 245

enkel nationaal recht speelt. Een aanpassing in de richting van Köbler zou kunnen meebrengen dat de Staat volgens de nationale norm aansprakelijk kan zijn wegens schending van het gemeenschapsrecht door lagere rechters. In de praktijk zal dit risico worden beperkt doordat geen schadevergoeding kan worden gekregen voor zo ver dat had kunnen worden weggenomen of voorkomen door het instellen van een rechtsmiddel.⁸⁰

Daarnaast wordt de vrees geuit, met name door Steyger, dat een aanpassing van de koers naar aanleiding van Köbler een eindeloze reeks van procedures tot gevolg zou hebben wanneer een burger het niet eens is met de interpretatie van het EG-recht.⁸¹ Maar ook hier is weer de vraag of dit gevaar in de praktijk zich wel voordoet, aangezien er geen actie tot schadevergoeding mogelijk is wanneer er rechtsmiddelen tegen de uitspraak kunnen worden ingesteld. In de derde plaats wijzen onder meer Widdershoven en Ortlep op een mogelijke frictie tussen de verschillende nationale rechters. Schadeclaims op grond van onrechtmatige rechtspraak kunnen namelijk enerzijds betrekking hebben op arresten van de Hoge Raad in civiele, straf- of belastingzaken en anderzijds op uitspraken van de (bijzondere) hoogste bestuursrechters zoals de ABRvS, de CRvB en het CBB. Aangezien dergelijke schadeclaims in eerste aanleg bij de kantonrechter of de civiele sector van de rechtbank worden ingediend kan dit volgens de auteurs de verhouding tussen de civiele rechter en de hoogste rechterlijke instanties onder druk zetten.⁸² Een volgend punt is dat de nationale rechter uit vrees voor aansprakelijkheid sneller over zal kunnen gaan op het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Een prejudiciële procedure neemt veel tijd in beslag wat kan leiden tot tragere procedures en een verzwaring van de werklust.⁸³ Later zal ik op deze eventuele risico's terugkomen bij de bespreking van de contouren van een nieuw stelsel.

3.1.6 Tussenconclusie

Uit voorgaande is gebleken dat er verschil is in de benadering van de Hoge Raad enerzijds en het Hof van Justitie anderzijds. De benadering van de Hoge Raad is aanmerkelijk restrictiever. In de lijn van de Hoge Raad kunnen enkel procedurele normen tot aansprakelijkheid leiden maar in het EG-recht kan een schending ook uit materiële normen bestaan. Daarnaast is de normschending onder het EU-recht niet beperkt tot enkel fundamentele normen. Gelet op het oogpunt van coherentie van het recht en het gelijkheidsbeginsel is dit een ongewenste situatie. Daar komt nog bij dat het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie bepaalde argumenten die ten grondslag liggen aan de nationale jurisprudentie heeft gewogen en te licht bevonden. Het gaat daarbij met name om het argument van de rechtszekerheid en de onafhankelijkheid van de

⁸⁰ Wissink & Meijer 2004, p. 111 en 112

⁸¹ Steyger 2004, p.20, Van Bogaert 2005, p. 276

⁸² Widdershoven en Ortlep 2004, p. 45-46, Van Bogaert 2005, p 277

⁸³ Van Bogaert 2005, p. 278, Krans 2004, p. 574

rechter.⁸⁴ Dit geeft stof tot nadenken. De vraag is wat dit precies moet betekenen voor de ontwikkeling van het leerstuk in het nationale recht. Het zou immers onbevredigend zijn als deze situatie zo zou blijven bestaan. Daar kom ik in hoofdstuk 5 nog nader op terug. Maar eerst ga ik in op de jurisprudentie van het EHRM op dit gebied.

3. 2 Onrechtmatige rechtspraak en het EVRM

3.2.1 Eerlijke en onpartijdige behandeling

Zoals al eerder naar voren kwam heeft de Hoge Raad in 1971 geoordeeld dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor schade uit onrechtmatige beslissingen. Dit is enkel mogelijk bij hoge uitzondering namelijk 'indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat en heeft opengestaan'.⁸⁵ De maatstaf van een eerlijke en onpartijdige behandeling wordt in de literatuur gekoppeld aan artikel 6 EVRM dat het recht op een eerlijk proces waarborgt. Er bestaan duidelijke overeenkomsten tussen artikel 6 EVRM en de benadering van de Hoge Raad in het arrest van 1971 en daarmee is het ook op dit artikel geïnspireerd. Er is dus in de lijn van de Hoge Raad sprake van onrechtmatige rechtspraak indien het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing geschonden is.⁸⁶ De Hoge Raad heeft tot nu toe enkel onrechtmatige rechtspraak aangenomen bij een schending van het beginsel van hoor en wederhoor en in het geval dat de rechtzoekende niet door een raadsman is bijgestaan.⁸⁷ Hierna ga ik dieper in op de betekenis van artikel 6 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Een belangrijk element hiervan is de in artikel 6 EVRM gewaarborgde redelijke termijn.

3.2.2 Redelijke termijn

Een rechtzoekende kan een klacht indienen bij het EHRM als de uitspraak van de nationale rechter een schending oplevert van het EVRM. Uit artikel 35 EVRM volgt dat een zaak door het EHRM pas in behandeling kan worden genomen indien de rechtsmiddelen op nationaal niveau zijn uitgeput. De primaire verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking en handhaving van de verdragsrechten ligt op nationaal niveau. Daarnaast zou een andere lijn tot een oneindig aantal nationale rechtsmiddelen kunnen leiden.⁸⁸ Het EVRM heeft één uitzondering op dit uitgangspunt

⁸⁴ Wissink & Meijer 2004, p.108

⁸⁵ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (*X/Staat*)

⁸⁶ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 239

⁸⁷ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 239, HR 12 februari 1993, NJ 1993/572 m.nt. Snijders, HR 12 februari 1993, NJ 1993/524, m.nt. Ras

⁸⁸ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 246

van artikel 13 EVRM aangenomen, namelijk in het geval van de schending van de redelijke termijn. Het EHRM heeft in de zaak Kudla⁸⁹ duidelijk gemaakt dat verdragsstaten op grond van artikel 13 EVRM moeten voorzien in een nationaal rechtsmiddel tegen de overschrijding van een redelijke termijn (als bedoeld in artikel 6 EVRM) bij de behandeling van een gerechtelijke procedure. Het kan hierbij gaan om een preventief instrument, om een (verdere) schending van de redelijke termijn te voorkomen. Maar ook om een repressief instrument, waarmee achteraf compensatie kan worden verkregen.⁹⁰ Het EHRM heeft vervolgens in de zaak Mifsud⁹¹ bepaald dat een rechtsmiddel waarmee schadevergoeding kan worden verkregen toereikend is. Zowel door de hoogste bestuursrechters als door de Hoge Raad is aansluiting gezocht bij deze jurisprudentie. In bestuurszaken kan bij een schending van de redelijke termijn schadevergoeding worden verkregen en in strafzaken boetevermindering.⁹²

Voor civiele zaken geldt dat de Hoge Raad een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing tot op heden onvoldoende geacht heeft voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.⁹³ Het Hof te Den Haag heeft daarentegen geoordeeld dat onrechtmatige rechtspraak in beginsel wel moet worden aangenomen bij een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing.⁹⁴ Dit is tot nu toe enkel aangenomen in zaken waarin de Nederlandse Staat één van de partijen was.⁹⁵ Het Hof heeft in vier arresten schadevergoeding toegekend.¹⁰⁷ De kernoverweging van het Hof is dat bij een substantiële overschrijding van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing in beginsel sprake is van onrechtmatige rechtspraak. Het Hof heeft met het toekennen van schadevergoeding voldaan aan de eerdergenoemde rechtspraak van het EHRM.⁹⁶ Afgewacht moet worden of dit stand houdt bij de Hoge Raad en of de lijn van het Hof ook in geschillen tussen particulieren gevolgd wordt. Wanneer dit niet gebeurt, zal de wetgever snel moeten optreden, aangezien Nederland in Straatsburg heeft toegezegd op korte termijn in een rechtsmiddel te voorzien.⁹⁷

⁸⁹ EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001.594 m. nt. Alkema

⁹⁰ Barkhuysen en Jansen 2002, p.842

⁹¹ EHRM 11 september 2002, EHRC 2002/92, m.nt Jansen

⁹² Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 246

⁹³ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 247 en Barkhuysen en Jansen 2002, p. 844-848

⁹⁴ Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH4212, r.o. 6;5, Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH3856, r.o 4.8, 24 februari 2009, LJN BH4213, JA 2009/67 (m.nt. Dijkshoorn), r.o. 4.8, Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH4214, NJ 2010/55 (m.nt. Alkema) r.o. 3.8

⁹⁵ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 247 ¹⁰⁷ zie voetnoot 78

⁹⁶ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 248. Er kunnen bij de arresten nog een aantal kanttekeningen worden geplaatst, voor een bespreking van deze kanttekeningen: E. Van der Veer, *schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn: rechtsbescherming tegen schending van het beginsel van de redelijke termijn in strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures*,

⁹⁷ EHRM 3 maart 2009, NJ 2010/223 m.nt. Alkema (*Voorhuis t. Nederland*) en Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 248

3.2.2 Rechtspraak van de Hoge Raad in strijd met artikel 6 EVRM?

Door verschillende auteurs wordt betoogd dat door de restrictieve rechtspraak van de Hoge Raad, het in artikel 6 van het EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter in het gedrang komt. Er wordt gesteld dat een burger in zijn algemeenheid het recht heeft om de Nederlandse staat op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing en dat de Nederlandse staat door de rechtspraak van de Hoge Raad in feite immuun is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dit zou een inbreuk opleveren op artikel 6 van het EVRM wat het recht op toegang van de rechter waarborgt. Dit is enkel toegestaan als met de inbreuk een legitiem doel wordt nagestreefd en de inbreuk proportioneel is.⁹⁸ De vraag is of dit hier het geval is. Er bestaat namelijk vaste rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 6 juncto artikel 13 van het EVRM die inhoudt dat een gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt aanvaard (buiten de jurisprudentie die betrekking heeft op de redelijke termijn). Daarbij komt dat de rechtspraak van de Hoge Raad feitelijk niet neerkomt op civielrechtelijke immuniteit. Er bestaan namelijk gevallen waarin onrechtmatige rechtspraak is aangenomen. Ook is de Hoge Raad niet verplicht een buitenwettelijk rechtsmiddel open te stellen tegen een rechtelijke beslissing. Het is dus nog niet gezegd dat de rechtspraak van de Hoge Raad daadwerkelijk in strijd is met artikel 6 EVRM.⁹⁹ Dit neemt niet weg dat dit een ongewenste situatie is gelet op de onduidelijkheid die er nu bestaat op dit punt.

Barkhuysen en Jansen doen suggesties voor aanpassing van de wetgeving om aan de eisen van het EVRM tegemoet te komen. Zij bepleiten ten eerste een aparte rechtsgang te creëren waar een hoger of naastgelegen rechterlijk college de bevoegdheid heeft om de trage rechter te gebieden alsnog een uitspraak te doen en daarnaast de mogelijkheid heeft een schadevergoeding toe te kennen voor de schending van de redelijke termijn. Naast het bijzondere rechtsmiddel ter versnelling van een rechterlijke procedure moet volgens hen ook steeds een compensatie door de rechter kunnen worden geboden aan een partij die onredelijk lang op de uitspraak heeft moeten wachten en schade heeft ondervonden. Zij zijn voorstanders van een zogenoemde 'geconcentreerde compensatie', waarmee bedoeld wordt dat een rechtsgevolg direct wordt uitgesproken door de rechter die de schending heeft geconstateerd. De overschrijding van de redelijke termijn heeft dan gevolgen voor de uitkomst van het geschil.¹⁰⁰ Maar zolang de wetgever geen initiatief heeft genomen op dit vlak, zal het toch moeten komen van acties uit onrechtmatige rechtspraak bij overschrijding van de redelijke termijn van de rechter. Concreet betekent dat onder meer dat de jurisprudentie van het EHRM dwingt acties uit onrechtmatige daad niet langer af te houden. Daarom bepleiten Barkhuysen en Jansen dat de rechtspraak van de Hoge Raad op dat punt verruimd moet worden. Schendingen van artikel 6

⁹⁸ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle, 2012 p. 249 en Kortmann, S. en zonen, p. 218-231

⁹⁹ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 249

¹⁰⁰ Barkhuysen en Jansen 2002, p. 846

EVRM en het daarin besloten redelijk termijnvereiste vormt volgens hen bij uitstek aanleiding tot het openstellen van een actie op grond van onrechtmatige daad. Dit impliceert immers een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel.¹⁰¹

3.2.3 De redelijke termijn en verder?

De besproken rechtspraak van het EHRM heeft uitsluitend betrekking op een schending van de redelijk termijn. Het EHRM presenteert de eis uit het arrest Kudla ook als een uitzondering op de gebruikelijke lijn, waarin op grond van artikel 13 EVRM geen rechtsmiddel hoeft te bestaan op nationaal niveau tegen uitspraken van de hoogste rechterlijke instanties. Dit in verband met de belangen verbonden aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.¹⁰² De vraag is in hoeverre deze uitzondering eventueel door zou moeten worden getrokken naar een schending van andere in het EVRM gewaarborgde rechten. Er valt volgens Barkhuysen, van Emmerik en van der Hulle wat voor te zeggen om de lijn door te trekken naar de andere onderdelen van artikel 6 EVRM en mogelijk ook naar andere (materiële) EVRM bepalingen. Er zou, wanneer de hoogste nationale instantie zich schuldig maakt aan een schending van een EVRM bepaling, effectieve rechtsbescherming voor een nationale instantie open dienen te staan.¹⁰³ Zij wijzen daarbij wel op het risico dat er een groot aantal procedures tegen de Nederlandse staat zou kunnen worden aangespannen. En stellen dat het belangrijk is om te voorkomen dat de rechtszekerheid veelvuldig wordt aangetast. Voorkomen moet worden dat partijen bij het ontbreken van een serieuze aansprakelijkheidsdrempel de procedure uit onrechtmatige daad tegen de Staat gaan beschouwen als een normaal rechtsmiddel. Er moet een goede balans worden gevonden tussen een uitbreiding van de aansprakelijkheid en het beperken van het risico van het voeren van onnodige procedures¹⁰⁴

3.2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is de aandacht gericht op zowel de jurisprudentie van het Hof van Justitie als de jurisprudentie van het EHRM op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Dit met het doel om een beter beeld te krijgen van de betekenis van het Europese en Internationale recht voor het nationale recht op dit gebied. En om uiteindelijk tot een vergelijking te komen over hoe de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak is geregeld in de verschillende systemen. In de hier voorgaande tussenconclusie heb ik al vastgesteld dat de lijn van het Hof van Justitie minder restrictief is. In het EG-recht kan een schending ook uit materiële normen bestaan en is de normschending tevens niet beperkt tot enkel fundamentele normen. De jurisprudentie van de

¹⁰¹ Barkhuysen en Jansen 2002, p. 848

¹⁰² Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 248 en 250

¹⁰³ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 250 en 251

¹⁰⁴ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 251

Hoge Raad en het EHRM liggen meer op een lijn. Het gaat hierbij om de maatstaven van artikel 6 EVRM en de jurisprudentie spitst zich met name toe op de schending van het in acht nemen van een redelijke termijn. De zaak Kudla heeft wel meer ruimte geboden om te komen tot kansrijke acties uit onrechtmatige daad. Het strikte criterium van de Hoge Raad kan in gevallen van een (aanzienlijke) overschrijding van de redelijke termijn niet gelden. Dit levert een weinig consistent stelsel op. Deze besproken ontwikkelingen zetten aan tot nadenken over een verruiming van de aansprakelijkheid op nationaal niveau. Zeker gezien vanuit het toetsingskader. Dat de eenheid en coherentie als gevolg van de Köbler zaak onder druk is te komen staan is onmiskenbaar. Voor kennelijke schendingen van het EG-recht door de nationale rechter moet aansprakelijkheid van de Staat worden aangenomen. Terwijl die eis niet geldt voor schendingen van zuiver nationaal rechterlijke bepalingen en van veel EVRM-bepalingen. De vraag is nog wel wat dit precies moet betekenen voor de nieuwe uitgangspunten van een eventueel verruimd stelsel. Alvorens ik daar in hoofdstuk 5 op in ga, maak ik eerst in hoofdstuk 4 een vergelijking met de aansprakelijkheid van andere onrechtmatige overheidshandelingen.

Hoofdstuk 4 – Aansprakelijkheid voor andere onrechtmatige overheidshandelingen

Bij de bespreking van het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak wordt ook de link gelegd met andere gebieden van onrechtmatig overheidsoptreden. Dat is ook wel begrijpelijk vanuit het oogpunt van coherentie en consistentie van het aansprakelijkheidsrecht voor het optreden van de overheid. De rechter is immers ook, met inachtneming van zijn onafhankelijke statuut, onderdeel hiervan. Vanuit die gedachte van coherentie en consistentie ga ik in dit hoofdstuk nader in op de ontwikkeling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatigheid van bestuur en onrechtmatige wetgeving. In andere publicaties wordt niet (diepgaand) ingegaan op deze ontwikkelingen maar enkel geconstateerd dat er verschillen bestaan. En bij de vergelijking van die ontwikkelingen moeten uiteraard ook de verschillen binnen de trias politica in ogenschouw worden genomen. Het feit dat er verschil is, hoeft niet altijd een bezwaar op te leveren als er maar goede legitimatie voor bestaat. Het gehele leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad is erg uitgebreid en er bestaat veel literatuur over. In dit hoofdstuk zal ik slechts de hoofdzaken van de ontwikkeling en huidige stand van zaken beschrijven. Allereerst zal ik enkele algemene zaken van de onrechtmatige overheidsdaad bespreken. Vervolgens schets ik kort de historische ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad. Dan ga ik ten eerste nader in op de aansprakelijkheid voor onrechtmatig bestuur. Hierbij bespreek ik de aansprakelijkheid voor gebrekkige besluiten en de aansprakelijkheid voor falend toezicht. Ten tweede ga ik nader in op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving. Vervolgens bespreek ik kort de verschillen binnen de Trias Politica en wat dit moet betekenen voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.

4.1 Onrechtmatige overheidsdaad in het algemeen

De rechtsnorm van artikel 6:162 BW, dat toerekenbaar onrechtmatig toegebrachte schade moet worden vergoed, is ook van toepassing indien de overheid schade toebrengt aan een burger. Daarmee is het uitgangspunt gelijk aan het gewone aansprakelijkheidsrecht en wordt de aansprakelijkheid van de overheid aan dezelfde criteria getoetst als de aansprakelijkheid van civiele partijen. Te weten onrechtmatigheid, schade, causaliteit, relativiteit en toerekening. De wetgever heeft er niet voor gekozen om de onrechtmatige daad van de overheid apart te regelen. De bepalingen van titel 6.3 BW gelden evenzeer voor de overheid.¹⁰⁵

In het algemeen wordt wel aangenomen dat de overheid, vanwege haar unieke aard, een bijzondere positie in het aansprakelijkheidsrecht inneemt. De overheid heeft taken die anderen niet hebben. Taken, zo stelt de Hoge Raad, die rechtens exclusief door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht.¹⁰⁶ Hierbij moet vooral worden gedacht aan wetgeving, rechtspraak en bestuur waaronder het toezicht op de naleving en de handhaving van regelgeving. Bovendien is het de taak van de overheid om het algemeen belang te behartigen. Dat brengt mee dat de overheid in bepaalde gevallen moet kunnen doen of nalaten wat anderen niet (in gelijke mate) is toegestaan. De overheid mag tot op zekere hoogte belangen waarderen en afwegen. Zij heeft vaak, zowel bij de regelgeving als bij de uitvoering, een zekere keuze- en beleidsvrijheid.¹⁰⁷ De rechter heeft de beleidsvrijheid die de overheid heeft bij de uitvoering van taken te respecteren. Daar past uitsluitend een marginale toetsing bij. Doordat de overheid behartiger is van het algemeen belang en doordat zij gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur krijgen de normen van artikel 6:162 BW een specifieke invulling.¹⁰⁸

4.2 Korte schets van de historische ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad

Al in de negentiende eeuw was de burgerlijke rechter bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties wegens onrechtmatig overheidsoptreden. Maar geruime tijd heeft de burgerlijke rechter zich zeer terughoudend opgesteld ten aanzien van het aannemen van aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen. Van Maanen en De Lange stellen dat deze terughoudendheid door de burgerlijke rechter in verschillende rechtstechnische 'jasjes' is gehuld.¹⁰⁹ De overheid kon aanvankelijk alleen aansprakelijk gesteld worden als 'zij handelde op gelijke voet als een bijzondere persoon'. Ook werd de eis van de procederende burger niet ontvankelijk geacht indien de rechtsbetrekking zijn oorsprong vond in het publieke recht.

¹⁰⁵ van Maanen en de Lange 2005, p. 1 en 2

¹⁰⁶ HR 6 februari 1998, NJ 1998, 367 (*Pikmeer II*)

¹⁰⁷ van Maanen en de Lange 2005, p. 3

¹⁰⁸ van Maanen en de Lange 2005, p. 59 en 60

¹⁰⁹ Zie van Maanen en De Lange 2005, p. 43 & Van Bogaert 2005, p. 52 ¹²²
HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89)

Gedurende lange tijd was toetsing van publiekrechtelijk handelen door de burgerlijke rechter dan ook niet mogelijk. Slechts onrechtmatige overheidshandelingen naar privaatrecht konden leiden tot schadevergoeding. Met het Ostermann-arrest¹²² kwam daar verandering in. Sindsdien kan de overheid ook aansprakelijk worden gesteld voor publiekrechtelijke handelingen.

De burgerlijke rechter zag zich aanvankelijk genoodzaakt handelingen van de overheid op rechtmatigheid te toetsen vanwege het ontbreken van een (met voldoende waarborgen omklede) administratiefrechtelijke rechtsgang. Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad heeft zich ontwikkeld in het kader van onrechtmatige handelingen van het bestuur. Tot ongeveer de tweede helft van de vorige eeuw waren acties bij de burgerlijke rechter uit onrechtmatige overheidsdaad ook enkel succesvol in geval van onrechtmatig bestuur.¹¹⁰ Met het Pocketbooks II¹¹¹ arrest van 1969 kwam hier verandering in. Vanaf dat moment kon de overheid op grond van het burgerlijke recht worden aangesproken voor onrechtmatig gebruik van haar wetgevende bevoegdheden. Uit het voorgaande kwam al naar voren dat de burgerlijke rechter ook bevoegd is kennis te nemen van acties uit onrechtmatige daad wegens schade door onrechtmatig rechterlijk handelen. Het uitgangspunt van de Hoge Raad is, in tegenstelling tot ander onrechtmatig overheidsoptreden, dat de Staat hiervoor in beginsel niet aansprakelijk is.¹¹² In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik eerst nader ingaan op de ontwikkelingen van de aansprakelijkheid voor de onrechtmatigheid van bestuur en later op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving.

4.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatigheid van bestuur

Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad heeft ten eerste betrekking op het bestuur. Voor een goed begrip is het nodig onderscheid te maken tussen de verschillende soorten handelingen van het bestuur. Deze bestaan uit feitelijke handelingen en rechtshandelingen. De aansprakelijkheid voor feitelijke handelingen laat ik in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Deze aansprakelijkheid is niet vergelijkbaar met de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Ik beperk me daarom in dit hoofdstuk enkel tot de aansprakelijkheid voor rechtshandelingen. In de volgende paragraaf ga ik in op de aansprakelijkheid voor besluiten van bestuursorganen die achteraf onrechtmatig blijken te zijn. Vervolgens bespreek ik de aansprakelijkheid voor falend toezicht.

4.3.1 Aansprakelijkheid wegens 'gebrekkige' besluiten

De overheid kan aansprakelijk worden gesteld voor schade die het gevolg is van een besluit. Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Onder dit begrip vallen beschikkingen en besluiten van algemene strekking. Een

¹¹⁰ Van Bogaert 2005 p. 48 & 49 en zie voor een uitgebreide bespreking Van Maanen en De Lange 2005, p. 15 e.v.

¹¹¹ HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD

¹¹² HR 3 december 1971, NJ 1972, 173

burger die schadevergoeding wenst wegens een gebrekkig besluit zal te maken krijgen met een complex stelsel. Dit komt door de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), staat voor de burger zowel een beroepsmogelijkheid bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter open. De hoofdregel is dat de burger eerst de gang naar de bestuursrechter moet maken voor een oordeel over de rechtsgeldigheid van het besluit. Veelal zal hij daarna alsnog naar de burgerlijke rechter moeten voor een vordering tot schadevergoeding. De beslissing van de bestuursrechter (of het nalaten van het verkrijgen van een dergelijke uitspraak) is in veel gevallen bepalend voor het oordeel van de burgerlijke rechter.

Een besluit, waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft open gestaan, geldt als rechtens onaantastbaar indien van de bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheden geen gebruik is gemaakt. Een dergelijk besluit heeft dan formele rechtskracht gekregen. Een verzoek tot schadevergoeding wordt in dat geval bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard. Dit geldt ook wanneer het beroep bij de bestuursrechter ongegrond wordt bevonden.¹¹³ Er zijn slechts enkele uitzonderingen op het beginsel van niet-ontvankelijk bij het achterwege laten van de bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheden.¹¹⁴¹¹⁵¹¹⁶ Het niet doorlopen van de bestuursrechtelijke rechtsgang kan dus zeer nadelig uitpakken.

Wanneer wel gebruik is gemaakt van de bestuursrechtelijke mogelijkheid en een besluit wordt vernietigd wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift of met een rechtsbeginsel, dan staat daarmee de publiekrechtelijke onrechtmatigheid in beginsel vast. De burgerlijke rechter zal dit oordeel in beginsel respecteren. De Hoge Raad gaat dan uit van de 'bindende kracht' van dat oordeel en in dat geval zal de overheid aansprakelijk zijn voor de door de rechtshandeling veroorzaakte schade.¹¹⁷ Daarbij moet wel worden bedacht dat civielrechtelijke onrechtmatigheid niet onmiddellijk leidt tot schadeplichtigheid. Indien over iets anders geklaagd wordt dan enkel de onrechtmatigheid van het besluit, is de eiser wel ontvankelijk in zijn vordering, maar zal de burgerlijke rechter niet oordelen over de (on)rechtmatigheid van het besluit zelf en zich moeten beperken tot andere omstandigheden.¹¹⁸

Wanneer blijkt dat het bestuur in strijd handelt met een wettelijke plicht of met de zorgvuldigheid (met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt) is de onrechtmatigheid van het bestuur in beginsel gegeven. Tenzij er sprake is van een

¹¹³ Van Maanen en De Lange 2005, p. 95

¹¹⁴ Zie uitgebreid voor deze uitzonderingen Schueler 2004, Van Maanen en De Lange 2005, p. 103 en verder, de arresten HR

¹¹⁵ mei 1986, *NJ* 1986, 732 (Heesch/Van den Akker), HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 (Heeze-Leende), HR 17 december

¹¹⁶ , *NJ* 200, 87 (Groningen/Raatgever), HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 528, HR 2 februari 1990, *AB* 1990, 227

(Staat/Bolsius), HR 7 oktober 1994, *AB* 1996, 125, (Staat/Van Bente)

¹¹⁷ HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert)

¹¹⁸ Van Maanen en de Lange 2005, p. 98 en 99

rechtvaardigingsgrond of indien de relativiteit ontbreekt (6:163). Tegenwoordig wordt de stap om een gedraging aan het bestuur toe te rekenen, wanneer de onrechtmatigheid van de overheidsgedraging vaststaat, vrij snel gezet.¹¹⁹ Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male spreken zelf van een 'pseudo-risicoaansprakelijkheid'.¹²⁰ Wanneer er sprake is van rechtsdwaling (onjuiste wetsuitleg) of wanneer een besluit door de bestuursrechter is vernietigd is de schuld van de overheid en daarmee de toerekenbaarheid van de gedraging aan de overheid in beginsel gegeven.¹²¹

4.3.2 Aansprakelijkheid voor falend toezicht

Naast het nemen van besluiten is het houden van toezicht op de naleving van rechtsregels ook een belangrijke taak van het bestuur. Wanneer er recht is gevormd, is het uiteraard de bedoeling dat de gestelde rechtsnormen worden nageleefd. Er zijn verschillende soorten toezichthouders, zoals landelijke en lokale toezichthouders en er wordt toezicht gehouden op verschillende gebieden, te denken valt bijvoorbeeld aan veiligheid, gezondheid en marktwerking. Toezicht houden is niet altijd even gemakkelijk. Toezichthouders kunnen te maken krijgen met het zogenoemde toezichthouderdilemma. Indien een toezichthouder niet voortvarend genoeg optreedt, kunnen de belangen van derden in het gedrang komen en loopt de toezichthouder de kans om door derden die daardoor schade hebben geleden aansprakelijk te worden gesteld. Wanneer een toezichthouder echter te voortvarend te werk gaat en maatregelen neemt die, gezien de omstandigheden van het geval, voorbarig zijn, kunnen de belangen van degene op wie toezicht wordt gehouden in het gedrang komen en loopt die toezichthouder de kans om aansprakelijk te worden gesteld voor de door hen geleden schade. De toezichthouder moet dus tegengestelde belangen van verschillende groepen zorgvuldig tegen elkaar afwegen.¹²²

Toezicht kan een bijdrage leveren aan het verminderen van maatschappelijke risico's en daarmee het vertrouwen bevorderen van het publiek in de markt of in de instellingen waarop toezicht wordt gehouden.¹²³ Wanneer er gebrekkig toezicht wordt gehouden, kan dat grote gevolgen hebben. Voorbeelden hiervan zijn de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam. De overheid wordt bij rampen naast de directe veroorzaker(s) steeds vaker mede aansprakelijk gesteld voor de schade; de overheidslichamen bieden anders dan de directe veroorzakers namelijk wel voldoende verhaal. Slachtoffers baseren hun vordering op onrechtmatig handelen van de overheid en stellen dat de overheid gefaald heeft bij het toezicht op de overtreder, en dat die nalatigheid tot schadevergoeding verplicht. Er wordt betoogd dat

¹¹⁹ Van Bogaert 2005, p. 53 en 54

¹²⁰ zie Van Wijk/Konijnenbelt en van Male 2002, p. 694

¹²¹ zie o.a. de zaken HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (*Van Hilten*) en HR 26 september 1986, AB 1987, 70 (*Hoffman/La Roche*)

¹²² Van Dam 2006, p. 47

¹²³ C.C. van Dam 2006, p. 43 tot en met 45

wanneer de overheid niet gefaald zou hebben, de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet had kunnen voordoen.¹²⁴

Er bestaat een aanmerkelijke drempel om tot overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht te komen. Er moet rekening worden gehouden met het feit dat een toezichthouder een publiekrechtelijke taak uitoefent en daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid heeft. En ook in het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht speelt de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en het daarmee samenhangende beginsel van formele rechtskracht een rol. Wanneer de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang niet of niet tijdig is gebruikt, dient de burgerlijke rechter er van uit te gaan dat het (toezichts)besluit rechtmatig is. Daarnaast kan de eiser zich doorgaans niet beroepen op geschreven normen van toezicht maar op de norm van de 'redelijke handelende en bekwame toezichthouder'. Of althans op de schending van 'de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld'.¹²⁵ Verschillende gezichtspunten spelen een rol bij de invulling van de aansprakelijkheid van de toezichthouders. Van Rossum noemt de aard van het toezicht dat is uitgeoefend, het doel van het toezicht, de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt, de voldoende benutting van het toezichtinstrumentarium en het voldoen van de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht.¹²⁶ Ook de zogenaamde kelderluikcriteria zijn van betekenis bij de invulling van de aansprakelijkheidsnorm (de aard/omvang van de schade, waarschijnlijkheid dat de schade optrad, aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen).¹²⁷ Vervolgens is er de drempel van het relativiteitsvereiste van artikel 1:163 BW. Dit artikel stelt de eis dat de geschonden norm dient te strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Wanneer hier niet aan wordt voldaan, kan geen aansprakelijkheid worden aangenomen. Hierbij is het Duwbak Lindaarrest van belang.¹²⁸

Ook is het onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht van belang voor de aansprakelijkheid van falend toezichthoudend handelen door de overheid. Concreet toezicht is naar aanleiding van een concreet signaal dat er bij de onder toezicht staande instelling iets mis is gegaan dan wel dreigt mis te gaan. Bij algemeen toezicht is van een dergelijke concrete aanleiding nog geen sprake.¹²⁹ Bij algemene controle gaat het in algemene zin controleren op naleving, zonder de aanwijzing dat iets mis is. Aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen is

¹²⁴ Van Ravels 2006, p.5

¹²⁵ Van Ravels 2006 p. 6

¹²⁶ zie voor een uitgebreide bespreking van deze gezichtspunten: A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Universiteit Utrecht), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2001

¹²⁷ Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136

¹²⁸ Van belang is het arrest HR 07-05-2004, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*)

¹²⁹ Giesen 2002, p. 103

in de meeste gevallen niet mogelijk, terwijl een beroep op de aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen in sommige situaties wel succesvol kan zijn.¹³⁰ Dit hangt samen met de beginselplicht tot handhaving, waar slechts in bijzondere omstandigheden vanaf mag worden gezien.¹³¹

Voor de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders heeft de Hoge Raad een strenge zorgvuldigheidsmaatstaf geformuleerd vanwege de aan hen toekomende beleidsvrijheid. Namelijk de norm van 'de behoorlijke en zorgvuldig handelende toezichthouder'.¹³² Per 1 juli 2012 is dit echter veranderd als gevolg van de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen.¹³³ AFM en DNB en hun werknemers zijn voor het toezicht dat zij uitoefenen op de naleving van de Wet financieel toezicht pas aansprakelijk in geval van opzet of grove schuld (artikel 1:25d Wft). Hiervoor worden twee redenen aangevoerd door de Minister van Financiën. Ten eerste wordt een beperking wenselijk geacht vanwege de mogelijkheden die de beperking biedt aan financiële toezichthouders voor meer openlijk en kritisch toezicht. En ten tweede wordt aansluiting gezocht bij het geldende aansprakelijkheidsregime in de omringende landen, waardoor de internationale herkenbaarheid wordt vergroot.¹³⁴

4.4 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving

Naast het bestuur kan ook de wetgever jegens burgers onrechtmatig handelen. Een benadeelde burger kan een vordering indienen bij de burgerlijke rechter wanneer hij schade lijdt door wetgeving. In tegenstelling tot onrechtmatig bestuur speelt hier niet de problematiek van een bijzondere administratieve rechtsgang. Als de rechter mee gaat in de vordering, kan in beginsel schadevergoeding worden toegewezen op grond van artikel 6:162 BW. Het uitvaardigen van een onverbindende wet wordt dan aangemerkt als een civielrechtelijke onrechtmatige daad. Het onderscheid tussen de verschillende vormen van wetgeving is van belang in dit leerstuk. Er wordt in de Nederlandse rechtsorde onderscheid gemaakt tussen wetten in formele zin en algemene verbindende voorschriften (of wetten in materiële zin). Wetten in formele zin zijn afkomstig van regering en parlement en volgens de procedure van 81 tot en met 88 Grondwet tot stand gekomen. Algemeen verbindende voorschriften kunnen ook afkomstig zijn van lagere instanties. Het gaat hier om algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en regelingen afkomstig van organen van decentrale overheden.¹³⁵ De praktijk laat zien dat zowel tegen regelingen afkomstig van de wetgever als tegen lagere regelgeving met enige regelmaat

¹³⁰ Van Rossum 2005, p. 13 en 14

¹³¹ Van Dijk 2008, p. 38

¹³² zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 (Vie d'or), m.nt. C.C. van Dam

¹³³ Zie het besluit van 20 juni 2012 in Stb. 2012, 289. De wet is gepubliceerd in Stb. 2012, 265

¹³⁴ Verheij 2013, p. 75 en zie kamerstukken II, 2010-2011, 31 123, nr. 6 p. 1&2

¹³⁵ Burkens e.a. 2006, p. 61

procedures worden aangespannen.¹³⁶ Maar gelet op artikel 120 van de Grondwet moet bij het leerstuk van onrechtmatige wetgeving vooral worden gedacht aan wetgeving in materiële zin die van lagere regelgevers afkomstig is.

4.4.1 Onrechtmatige formele wetgeving

Rechters zijn bevoegd om wetgeving te toetsen op overeenstemming met hogere rechtsregels. Er gelden echter enkele constitutionele beperkingen ten aanzien van formele wetgeving. Artikel 120 is in dit verband van belang. Dit artikel stelt dat toetsing door de rechter van wetten aan de grondwet niet is toegestaan.¹³⁷ In het Harmonisatiewet-arrest¹³⁸ heeft de Hoge Raad dit verder uitgelegd: de rechter mag de inhoud van formele wetgeving niet toetsen aan het Statuut, de Grondwet of ongeschreven rechtsbeginselen.¹³⁹ De gedachte achter dit toetsingsverbod is dat de (formele) wetgever zelf het meest geschikte orgaan is om te bepalen hoe een wet zich verhoudt tot de Grondwet.

Het toetsingsverbod van artikel 120 GW sluit echter niet elke vorm van rechterlijke toetsing van een wet in formele zin uit. Wel mag (en moet) de rechter volgens artikel 94 Grondwet de wet in formele zin toetsen aan rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. In een dergelijk geval kan de situatie ontstaan dat het tot stand brengen van de wet een onrechtmatige daad oplevert, die de Staat tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW verplicht.¹⁴⁰

4.4.2 Onrechtmatige algemeen verbindende voorschriften

Uit de vorige paragraaf blijkt dat voor toetsing van formele wetgeving weinig ruimte is. Ten aanzien van andere dan formele wetten is de Hoge Raad minder strikt. Met het Pocketbooks II¹⁴¹ arrest in 1969 was de eerste stap gezet naar een stelsel van rechtsbescherming waarbij de burger nadelige gevolgen van wetgeving rechtstreeks aan de burgerlijke rechter kan voorleggen.¹⁴² Het arrest erkent de mogelijkheid om de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de consequenties daarvan aan de orde te stellen bij de burgerlijke rechter.

¹³⁶ Van Maanen en De Lange 2005, p. 109

¹³⁷ Zie de arresten; HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248 (Van den Bergh/Staat), HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (Landbouwwiegers), HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 569 (Harmonisatiewet)

¹³⁸ HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 569 (Harmonisatiewet)

¹³⁹ herhaald in HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (Kooren-Maritiem/Staat); HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469, r.o. 4 (Varkenshouders/Staat); en HR 20 maart 2009, *RvdW* 2009, 439 (Van den Boomen/Staat)

¹⁴⁰ Asser - Hartkamp 4 - III 2006, p. 308

¹⁴¹ HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 m.nt. HD

¹⁴² Schutgens 2009, p. 2

De volgende stap werd gezet in het LSV-arrest.¹⁴³ Het ging in dit arrest om de toetsing van een lagere regeling aan wetgeving in formele zin, in dit geval de Prijzenwet. Het Hof heeft de regeling als 'onmiskkenbaar onrechtmatige' wetgeving aangemerkt en heeft vervolgens de Staat verboden op grond van de wetgeving te handelen. De Hoge Raad laat de beslissing van het Hof in stand. Waar in eerdere zaken de overheid veroordeeld werd tot het betalen van schadevergoeding, heeft de Hoge Raad in deze zaak beslist dat de rechter ook een verbod kan uitspreken die er toe strekt dat de Staat geen besluiten meer mag nemen ter uitvoering van deze regeling.¹⁴⁴

Het 'onmiskkenbaar onverbindend-criterium' komt vervolgens weer terug in het Landbouwwliegersarrest.¹⁴⁵ Tot dusver was enkel sprake van onverbindendheid van een wet in materiële zin wegens strijd met hogere wetgeving. In dit arrest werd een volgende belangrijke stap gezet. De vraag kwam aan de orde of algemeen verbindende voorschriften door de rechter kunnen worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Het antwoord was bevestigend. Sindsdien kan wetgeving in materiële zin niet alleen getoetst worden aan hogere wetgeving maar ook aan algemene rechtsbeginselen, met name het verbod van willekeur. Strijd met deze beginselen kan tot onverbindendheid leiden, de vaststelling en uitvoering van de regeling kan dan onrechtmatig zijn jegens de eiser.¹⁴⁶ In het arrest komt wel duidelijk naar voren dat de algemene belangenafweging en het bepalen van het maatschappelijk gewicht dat aan die belangen dient te worden toegekend behoort tot de taak van de wetgever. De rechter mag deze belangenafweging enkel marginaal toetsen ('in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen')¹⁴⁷

4.5 Tussenconclusie

In het voorgaande heb ik de andere onrechtmatige overheidshandelingen dan de onrechtmatigheid die ontstaat uit falende rechtspraak nader bekeken. Gebleken is dat de onrechtmatige overheidsdaad al geruime tijd een plek heeft in het Nederlandse rechtstelsel. Vanaf eind negentiende eeuw is er sprake van een uitbreiding van de omvang van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Tegenwoordig is een groot deel van het overheidshandelen aan rechterlijke controle onderworpen en de burger heeft vele mogelijkheden om de overheid voor haar onrechtmatige daden aansprakelijk te stellen.¹⁴⁸

Bij de bespreking van de onrechtmatigheid van het bestuur ging het ten eerste over de onrechtmatigheid van gebrekkige besluiten. Vastgesteld kan worden dat dit leerstuk zich heeft

¹⁴³ HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS)

¹⁴⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/5, nr. 381

¹⁴⁵ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (Landbouwwliegers)

¹⁴⁶ zie ook onder meer HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (Leffers/Staat) en 3 april 1998, NJ 1998, 726 (varkenspest), waarvoor wordt verwezen naar nr. 346, en HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 67 (Besluit paraveterinair).

¹⁴⁷ Van Maanen en De Lange 2005, p. 114 en 115 en zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2002, hoofdstuk 14, nr. 26

¹⁴⁸ De Klerck 2002, p. 60 en 61

ontwikkeld op het raakvlak van de taakverdeling van de bestuurlijke rechter en de bestuursrechter. Wanneer de overheid in strijd handelt met een wettelijke plicht of met de zorgvuldigheid is de onrechtmatigheid van de handeling in beginsel gegeven. De stap om een gedraging van het bestuur toe te rekenen wordt tegenwoordig, wanneer de onrechtmatigheid van de overheidsgedraging vaststaat, vrij snel gezet. Voor bestuursbesluiten die in rechte vernietigd worden is zelfs een soort van risicoaansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen. Verder ben ik ingegaan op de aansprakelijkheid voor falend toezicht. De overheid wordt naast de directe veroorzaker(s) steeds vaker mede aansprakelijk gesteld voor de schade. In sommige gevallen slaagt dit beroep maar er bestaat wel een aanmerkelijke drempel om tot die aansprakelijkheid te komen. Vervolgens ben ik nader ingegaan op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving. Bij de beoordeling van algemene verbindende voorschriften, niet zijnde wetten in formele zin, bestaat er jurisprudentie die de mogelijkheid van de aansprakelijkheid voor de overheid aanmerkelijk heeft verruimd. Aansprakelijkheid is niet alleen mogelijk bij strijd met geschreven recht maar onder omstandigheden zelfs ook bij strijd met algemene rechtsbeginselen. Hieruit blijkt dat de aansprakelijkheid van de overheid voor ander onrechtmatige overheidshandelen de afgelopen decennia is uitgebreid. Dit in tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, waar de ontwikkeling al geruime tijd stilstaat.

4.6 Verschillen binnen de trias politica

Vervolgens is de vraag wat het feit dat de aansprakelijkheid van de Staat voor ander onrechtmatig overheidshandelen wel is uitgebreid, moet betekenen voor de ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met de verschillen die bestaan tussen het bestuur, de wetgever en de rechter. In deze paragraaf ga ik daar kort op in. Ten eerste maak ik onderscheid tussen de verschillende taken en handelingen. Daarna beschrijf ik de verschillende belangen die in het geding zijn en ten derde ga ik beknopt in op de toegenomen overheidsactiviteit en de gevolgen daarvan voor het aansprakelijkheidsrecht. De rechter is gehouden recht te spreken in concrete geschillen op grond van de wet. Rechterlijke uitspraken stellen de individuele rechten en plichten van de procederende partijen vast.¹⁴⁹ Het perspectief dat de rechter louter de wet toepast is uiteraard te simpel. Het is vaak noodzakelijk dat de rechter bij de beslechting van geschillen de wet moet interpreteren.¹⁵⁰ En in sommige gevallen hebben rechterlijke uitspraken een betekenis die boven het concrete geschil uitstijgt, de rechter kan dan rechtsvormend optreden.¹⁵¹ De wetgever moet daarentegen algemene, voor de toekomst erkende regels ontwikkelen. De wetgever biedt daarmee het kader voor het optreden van de overheid. De activiteit van het bestuur omvat vele soorten handelingen. Zoals het uitgeven van vergunningen, het toekennen van subsidies en het toezichthouden op en handhaven van

¹⁴⁹ Vranken 2005, p. 9

¹⁵⁰ Heringa e.a. 2012, p. 29

¹⁵¹ Vranken 2005, p. 9

regelgeving. Het gaat daarbij om meer dan enkel de wet toepassen, het bestuur heeft de nodige beleidsvrijheid.¹⁵² De verschillende taakopvattingen geven het kader voor het handelen van het bestuur, de wetgever en respectievelijk de rechter en kunnen daarmee ook mede bepalend zijn voor de vraag of er onrechtmatig is gehandeld en of dat kan leiden tot aansprakelijkheid.

Daarnaast moet er rekening worden gehouden met de verschillende belangen die in het geding zijn. De rechter heeft maar één belang en dat is het dienen van de rechtvaardigheid en een goede rechtspraak. Rechters moeten binnen de grenzen van de wet vorm geven aan dit belang. Dit brengt mee dat de rechter in een concreet geval zorgvuldig en integer een beslissing moet nemen. Maar dat neemt echter niet weg dat in de praktijk fouten en tekortkomingen kunnen ontstaan door bijvoorbeeld het gebrek aan kennis of door vergissingen maar niet doordat er andere belangen in het geding zijn.¹⁵³ Dit kan wel het geval zijn bij het bestuur en de wetgever. Deze moeten vaak een belangenafweging maken. Zij hebben vaak ook (andere) maatschappelijke belangen op het oog en hebben politieke prioriteiten. Bij de rechter gaat het er om dat evidente fouten en missers gecorrigeerd kunnen worden maar bij het bestuur en de wetgever kan het daarnaast ook zo zijn dat bij de afweging, bepaalde belangen onvoldoende recht is gedaan.

De verschillende ontwikkelingen op het gebied van overheidsaansprakelijkheid moeten ook worden gezien in het perspectief van de tijd. De invloed die de overheid op zijn burgers uitoefent is in de loop van de tijd toegenomen. Er heeft de ontwikkeling plaatsgevonden van een nachtwakerstaat waarin de overheid zich slechts bezighield met de openbare orde, buitenlandse betrekkingen en defensie, naar een verzorgingsstaat, waar de overheid zich beetje bij beetje de bestaanszekerheid van burgers is gaan aantrekken.¹⁵⁴ Dit heeft geleid tot toenemende activiteit van het bestuur en ook van de wetgever bij het realiseren van allerlei doelstellingen. Het aantal bestuursbesluiten en de omvang van de regelgeving is daardoor toegenomen. Dit heeft ook gevolgen voor de burger en de bescherming van zijn of haar belangen. Deze toenemende activiteit van bestuur en wetgever heeft de behoefte gecreëerd tot meer rechtsbescherming van de burger. Waaronder ook de mogelijkheid van schadevergoeding tegen onrechtmatig optreden van de overheid. Ook de rechtspraak is daardoor in omvang en belang toegenomen. Dit heeft te maken met de controlerende taak van de rechter. Daarbij moet worden opgemerkt dat de kans op fouten in de rechtspraak natuurlijk ook toeneemt met de complexiteit van het rechtstelsel. Te denken valt aan de europeanisering en internationalisering van het recht, aan de toenemende gelaagdheid en aan een oplopend aantal rechterlijke beslissingen. Daarmee is de

¹⁵² Heringa e.a. 2012, p. 211 en de Klerck 2002 p. 37

¹⁵³ Dit kan anders zijn in het geval de rechter in een concrete zaak wel een belang heeft of persoonlijk betrokken is. Maar daar geldt de regeling van de verschoning.

¹⁵⁴ Damen e.a. 2013, p. 38

aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak steeds belangrijker geworden. Maar deze ontwikkelingen zijn wel van een andere orde dan de zojuist beschreven ontwikkeling van de uitbreiding van bestuur en wetgeving. Het is immers onder andere een reactie daarop.

4.7 Convergentie binnen de overheidsaansprakelijkheid

Gelet op de bovengenoemde verschillen tussen het bestuur en de wetgever enerzijds en de rechter anderzijds, is volledige harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht niet aangewezen. Een zekere mate van verschil in het aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatig overheidshandelen zal dan ook moeten blijven bestaan. Maar wat wel van belang is dat de afwijking binnen dit stelsel ook gerelateerd is aan de aard en omvang van die verschillen. Dit is in het huidige stelsel niet het geval. Zo bestaat voor vernietigde beschikkingen van het bestuur een soort van risicoaansprakelijkheid terwijl bij de rechter met de lijn van de Hoge Raad slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is van aansprakelijkheid als gevolg van onrechtmatige rechtspraak. Een dergelijke 'pseudo-risicoaansprakelijkheid' voor onrechtmatige rechtspraak zou zeker te ver gaan maar vanuit de coherentiegedachte zouden de verschillen wel verkleind moeten worden om zo tot een meer coherent en evenwichtig rechtstelsel te komen. Dit is van belang voor de eenheid, rechtszekerheid en overtuigingskracht van het rechtssysteem.

4.8 Conclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de aansprakelijkheid voor ander onrechtmatig overheidshandelen. Ik heb eerst de ontwikkelingen besproken op het gebied van onrechtmatigheid van bestuur. Waarna ik vervolgens ben ingegaan op de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden voor de wetgever. Ik ben tot de conclusie gekomen dat de aansprakelijkheid op deze twee gebieden de afgelopen decennia is uitgebreid in tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak die beperkt is gebleven. Daarbij heb ik wel enkele kanttekeningen geplaatst. Bij de bepaling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak moet er rekening worden gehouden met de verschillen binnen de trias politica en de tijdsgeschiedenis. Er zullen verschillen blijven in het aansprakelijkheidsregime, maar er zou wel sprake moeten zijn van convergentie binnen het systeem. In het volgende hoofdstuk kom ik hier op terug. Daar maak ik de balans op en ga ik in op de elementen van een verruimd stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.

Hoofdstuk 5- Op weg naar een verruiming van het stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

In dit hoofdstuk maak ik de balans op. Uit de besproken jurisprudentie is gebleken dat al geruime tijd een zeer restrictief aansprakelijkheidsregime bestaat voor onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad overwoog in 1971 dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor schade uit onrechtmatige rechterlijke beslissingen. Aansprakelijkheid is enkel mogelijk bij hoge uitzondering.¹⁵⁵ De vraag is of deze jurisprudentie nog steeds houdbaar is gelet op de ontwikkelingen besproken in de voorgaande hoofdstukken en of de noodzaak bestaat om tot een wijziging van het stelsel voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak te komen. Het toetsingskader dat ik daarbij hanteer is de coherentie en consistentie binnen het aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatig overheidsoptreden. In het voorgaande zijn in dit verband twee verschillende soorten vergelijkingen gemaakt. Allereerst heb ik vergeleken met het Europese en internationale recht op dit vlak. Vervolgens heb ik de vergelijking gemaakt met ontwikkelingen op het vlak van onrechtmatig bestuur en onrechtmatige wetgeving aan de ene kant en onrechtmatige rechtspraak aan de andere kant. Ik begin dit hoofdstuk met een nadere weging van de verschillende argumenten die zijn aangevoerd voor de restrictieve aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Daarna ga ik in op de betekenis van de Europese en internationale jurisprudentie voor het nationale stelsel. En vervolgens ga ik in op de verschillen in de ontwikkelingen van de aansprakelijkheid binnen de trias politica. Tot slot worden elementen van een nieuw stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak voorgesteld.

5.1 Nadere weging van de aangevoerde argumenten voor de zeer restrictieve overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op de verschillende argumenten die zijn aangevoerd voor een zeer restrictieve overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Ik ga daar in deze paragraaf nader op in en bespreek hoe deze mijns inziens moeten wegen. Ik bekijk en weeg die argumenten vanuit het perspectief van het toetsingskader van deze scriptie, de coherentie en consistentie van het aansprakelijkheidsrecht. Bezien wordt of de argumenten genoeg legitimatie bieden voor de afwijking binnen het aansprakelijkheidsstelsel.

Het argument waarmee de Hoge Raad in 1971 zijn uitspraak heeft onderbouwd is dat de aanvaarding van aansprakelijkheid 'onverenigbaar' zou zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Door het instellen van een schadevergoedingsprocedure tegen de Staat zou de gelegenheid ontstaan om de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van

¹⁵⁵ HR 3 december 1971, NJ 1972/173 m.nt. Scholten (X/Staat)

een nieuw geding te maken. Het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt aangevuld met de samenhangende argumenten van het gezag van gewijsde, het beginsel van rechtszekerheid en de gedachte dat een procedure eens tot een einde moet komen. Deze argumenten bieden geen rechtvaardiging voor de restrictieve lijn van de Hoge Raad. Een actie uit onrechtmatige rechtspraak wordt namelijk in een afzonderlijke, nieuwe procedure gevoerd tussen de Staat en de in het ongelijk gestelde partij. Deze uitspraak wordt niet op basis van dezelfde rechtsgronden gevoerd. De hoofdvraag in de nieuwe afzonderlijke procedure is of de Staat aansprakelijk is voor schade uit onrechtmatige rechtspraak die is veroorzaakt door schending van rechtsnormen door of vanwege de rechter. Het oorspronkelijke geschil blijft beslecht en de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke partijen blijft bestaan. Enkel de negatieve materiële gevolgen worden hersteld. Barkhuysen, van Emmerik en van der Hulle stellen dat deze argumenten wellicht alleen niet op gaan wanneer de originele procedure tegen de Staat zelf was gericht.¹⁵⁶ Maar ook zelfs in die situatie staat strikt genomen een andere rechtsvraag centraal dan in de procedure uit onrechtmatige rechtspraak. Dit kan worden geïllustreerd door de volgende situatie waarin het gaat om een procedure over de onrechtmatigheid van een vergunningverlening. Als deze in hoogste instantie is beslecht, kan in een procedure van onrechtmatige rechtspraak nog wel de vraag aan bod komen of fouten van de hoogste rechter in deze procedure kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak en of er moet worden overgegaan tot het toekennen van schadevergoeding aan de benadeelde partij. Dit is dus een andere rechtsvraag, de vergunningverlening kan niet meer worden aangetast vanwege de formele rechtskracht maar dat neemt niet weg dat tegen Staat kan worden geprocedeerd voor de compensatie van de schade zonder dat de rechtszekerheid in het geding komt.

Verder bestaat de angst dat wanneer de mogelijkheid van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak wordt verruimd er een stortvloed aan procedures tegen de Staat komt. Mij lijkt het niet wenselijk dat partijen bij het ontbreken van een serieuze aansprakelijkheidsdrempel de onrechtmatige daad procedure gaan beschouwen als een normaal rechtsmiddel. Dit risico moet wel worden beperkt en hiermee moet rekening worden gehouden bij een nieuw aansprakelijkheidsregime. In hoofdstuk 2 is ook gewezen op staatsrechtelijke bezwaren tegen aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak. De bijzondere positie van de rechter is besproken, met name diens onafhankelijkheid. Maar ondanks dat het voor de Staat onmogelijk is om een rechterlijke uitspraak te beïnvloeden hoeft nog niet te betekenen dat de Staat niet voor de gevolgen aansprakelijk zou kunnen zijn. Dit geldt helemaal wanneer de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter is uitgesloten. Ook is er gewezen op de hiërarchische structuur van rechterlijke instanties. Er bestaat geen bijzondere voorziening in

¹⁵⁶ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p.250

het geval van onrechtmatige rechtspraak en de situatie kan zich voordoen dat de ene rechter, soms in een lagere positie of van een andere sector, de andere rechter moet beoordelen. En in het geval dat de procedure in de allerhoogste instantie is beslecht, kan het zo zijn dat deze rechterlijke instantie een oordeel moet geven over een eigen uitspraak. Ook hier moet bij de inrichting en organisatie van een nieuw aansprakelijkheidsregime over worden nagedacht.

Ook moet worden opgemerkt dat in het recht vaak niet één uitspraak de juiste is. Over bepaalde vragen kan in alle redelijkheid verschillend worden gedacht en hier moet natuurlijk ook ruimte voor blijven. Al met al kan dus worden gesteld dat de verschillende aangevoerde argumenten tegen (vergaande) aansprakelijkheid niet de restrictieve lijn van de Hoge Raad en de grote mate van incoherentie binnen het stelsel rechtvaardigen. Bepaalde argumenten kunnen echter wel aanleiding geven tot enkele beperkingen van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak maar niet in de aard en de mate waarin dat nu het geval is. In het vervolg van dit hoofdstuk, bij de bespreking van de elementen van een nieuw stelsel, kom ik op enkele van deze punten nog op terug.

5.2 De betekenis van de Europese en internationale jurisprudentie

Vervolgens ben ik in hoofdstuk 3 ingegaan op de betekenis van het Europese en internationale recht op het gebied van onrechtmatige rechtspraak. Eerst heb ik de ontwikkelingen van het gemeenschapsrecht besproken. Voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht moet volgens vaste rechtspraak aan drie voorwaarden voldaan worden. Ten eerste moet de geschonden rechtsregel ertoe strekken particulieren rechten toe te kennen. Ten tweede moet er sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending. En ten derde moet er sprake zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen de schending en de geleden schade. Daarnaast moet het, net zoals in de lijn van de Hoge Raad, gaan om een schending van de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie. Aan het vereiste dat er sprake moet zijn van een gekwalificeerde schending is extra aandacht besteed. Dit vereiste komt voor de rechtspraak er op neer dat er sprake moet zijn van een 'kennelijke schending'. Het Hof van Justitie geeft aan dat van een kennelijke schending enkel sprake is in uitzonderlijke gevallen. Er moet rekening worden gehouden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid.

Het criterium van het Hof van Justitie staat nu naast het (nationale) criterium van de Hoge Raad. Er bestaan verschillen in aansprakelijkheid tussen een schending van nationaal recht en een schending het gemeenschapsrecht. Ondanks dat er niet snel sprake is van een kennelijke schending is de norm van het Hof van Justitie minder strikt. Waar bij de Hoge Raad enkel procedurele normen tot aansprakelijkheid kunnen leiden, ligt dit bij het gemeenschapsrecht anders. Daar kan ook aansprakelijkheid ontstaan wanneer een rechter fouten maakt bij de

toepassing van materiële normen. Daarnaast hoeven de normen in de lijn van het Hof van Justitie ook geen fundamenteel karakter te hebben. De twee systemen lopen dus uiteen, dit is niet gewenst gelet op het gelijkheidsbeginsel en gelet op het belang van coherentie. Een verruiming van de aansprakelijkheid op nationaal niveau is dan ook aangewezen. Zo ontstaat er harmonie met het Europese recht.

Ook ben ik in hoofdstuk 3 ingegaan op de betekenis van onrechtmatige rechtspraak in het EVRM. Hierbij is artikel 6 EVRM van belang dat het recht op een eerlijk proces waarborgt. Waar het gaat om de verhouding met het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM spitst de zaak zich toe op de norm van de redelijke termijn. Daar is het criterium van de Hoge Raad strikter dan de jurisprudentie van het EHRM. Hierbij is de zaak Kudla van betekenis. In deze zaak heeft het EHRM op grond van artikel 13 EVRM aangenomen dat bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM ook een rechtsmiddel op nationaal niveau moet openstaan. Een rechtsmiddel waar achteraf schadevergoeding kan worden verkregen is toereikend. Deze eis stelt het EVRM alleen niet als het gaat om schendingen van andere onderdelen uit artikel 6 EVRM. De eis uit de zaak Kudla is daarmee een uitzondering op de normale lijn waarin op grond van artikel 13 EVRM er geen rechtsmiddel hoeft te bestaan op nationaal niveau tegen uitspraken van de in de laatst rechtsprekende instanties. Op nationaal niveau zal echter aan de Kudla-eis tegemoet moeten worden gekomen.

Concluderend kan worden gesteld dat, gegeven het toetsingskader, niet enkel EU-jurisprudentie noodzaakt tot een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, maar ook de jurisprudentie van het EHRM op het specifieke punt van de redelijke termijn hier aanleiding toe geeft. De eenheid en coherentie is als gevolg van de Köbler zaak onder druk te komen staan. Voor kennelijke schendingen van het EG-recht door de nationale rechter moet aansprakelijkheid van de Staat worden aangenomen. Terwijl die eis niet geldt voor schendingen van zuiver nationaal rechterlijke bepalingen. En ook nationaal moet aan de eis uit het Kudla-arrest tegemoet worden gekomen. Er doen zich wel vaker situaties voor dat beslissingen van het Hof van Justitie of het Europese hof leiden tot een aanpassing van de nationale maatstaven, waarvan achteraf geconstateerd kan worden dat inconsistentie uiteindelijk heeft geresulteerd in nieuw recht. De inconsistentie vormt dat de voorbode voor nieuw recht.¹⁵⁷ Dit zou ook het geval kunnen zijn voor het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak.

5.3 Verschil in aansprakelijkheid binnen de trias politica

In hoofdstuk 4 ben ik ingegaan op de aansprakelijkheid voor ander onrechtmatig overheidshandelen. Ik heb ten eerste de onrechtmatigheid van het bestuur besproken. Ik ben

¹⁵⁷ Asser & Vranken 1995, p. 83

daarbij ingegaan op de aansprakelijkheid voor gebrekkig besluiten. Aansprakelijkheid voor een gebrekkig bestuursbesluit wordt relatief snel aangenomen, voor besluiten die in rechte zijn vernietigd is zelfs een soort van risicoaansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen. Ook heb ik de aansprakelijkheid voor falend toezicht kort toegelicht. De overheid wordt naast de directe veroorzaker(s) steeds vaker mede aansprakelijk gesteld voor de schade. In sommige gevallen slaagt dit beroep maar er bestaat wel een aanmerkelijke drempel om tot die aansprakelijkheid te komen. Daarnaast ben ik nader ingegaan op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving. De mogelijkheden om tot aansprakelijkheid voor wetten in formele zin te komen blijven beperkt. Bij algemene verbindende voorschriften is wel sprake van een aanzienlijke verruiming van aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid is ten eerste mogelijk bij strijd met geschreven recht maar daarnaast zelfs ook bij strijd met algemene rechtsbeginselen. Geconcludeerd is dat bij het bestuur en bij de wetgever wel een tendens zichtbaar is van toenemende aansprakelijkheid.

Maar bij het maken van deze vergelijking moet wel worden gerealiseerd dat er verschillen bestaan tussen het bestuur en de wetgever enerzijds en de rechter anderzijds. Niet alleen vanwege het verschil in taken die zij verrichten maar vooral ook omdat het bestuur en de wetgever vaak een bredere belangenafweging moeten maken en ook soms zelf bepaalde maatschappelijke belangen en politieke prioriteiten willen behartigen. Bij de rechter mag je er vanuit gaan dat hij enkel het belang van de rechtvaardigheid en een goede rechtspraak dient. Dat neemt niet weg dat hij daarbinnen wel fouten kan maken of daarbij bepaalde zaken uit het oog kan verliezen. Daarnaast moeten de verschillende ontwikkelingen op de gebieden van de overheidsaansprakelijkheid ook in de tijdgeest worden geplaatst. De toenemende activiteit van het bestuur en de wetgever hebben ook geleid tot de uitbreiding van de rechtsbescherming van de burger. Bij de rechter is dit minder aan de orde. Bij de bepaling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak moet hiermee rekening worden gehouden. Volledige harmonisatie op het gebied van onrechtmatig overheidshandelen is daarom ook niet aangewezen. Maar in het huidige stelsel staat de afwijking binnen het aansprakelijkheidsregime niet in verhouding tot deze verschillen. Er is sprake van incoherentie en daarom is convergentie binnen het rechtssysteem wenselijk.

5.4 Elementen van een nieuw stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

In een nieuw stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak moet een goede balans worden gecreëerd tussen een stelsel dat recht doet aan het compenseren van burgers of bedrijven die schade hebben ondervonden van rechterlijke fouten enerzijds en anderzijds een stelsel dat rekening houdt met de rechtszekerheid en efficiëntie waarbij geen onnodige procedures worden aangespannen. De huidige lijn van de Hoge Raad verhoudt zich niet goed met met name de jurisprudentie van het Hof van Justitie en in mindere mate ook niet met de

jurisprudentie van het EHRM. Bovendien heb ik ook laten zien dat er relevante ontwikkelingen zijn op het bredere vlak van overheidsaansprakelijkheid. Gelet op deze incoherentie bepleit ik een verruiming van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. De vraag is vervolgens hoe die verruiming er uit moet komen zien als je ook recht wil doen aan eerder genoemde belangen van coherentie, rechtszekerheid en doelmatigheid.

5.4.1 Voorstellen tot uitbreiding

In de literatuur hebben enkele auteurs voorstellen gedaan om het strenge criterium van de Hoge Raad uit 1971 te versoepelen. Door sommigen wordt hierbij de verbinding gelegd met de beroepsaansprakelijkheid. Door Kortmann wordt betoogd dat er sprake is van onrechtmatige rechtspraak als bij een rechterlijke beslissing niet de juiste zorgvuldigheid is betracht, waarbij als maatstaf de redelijke bekwame rechter dient te gelden.¹⁵⁸ Van Bogaert pleit voor een vergelijkbaar criterium namelijk dat er sprake is van onrechtmatige rechtspraak indien een andere, gemiddelde rechter in dezelfde omstandigheden niet hetzelfde zou hebben beslist.¹⁵⁹ Een ander criterium dat in deze lijn ligt wordt voorgesteld door Van den Brink, namelijk dat er sprake is van onrechtmatige rechtspraak als een gemiddelde vakbekwame rechter die met een zorgvuldigheid te werk gaat niet tot de rechterlijke beslissing had kunnen komen.¹⁶⁰ Deze criteria vertonen grote gelijkenis met de standaard die in België wordt gehanteerd.¹⁶¹ Voor de beoordeling of sprake van onrechtmatige rechtspraak moet daar worden uitgegaan van een normaal en omzichtig magistraat.¹⁶²

Ook in het verlengde hiervan maar weliswaar vanuit een iets ander perspectief is de lijn van het Greenworld/Arbiters-arrest.¹⁷⁴ Het criterium uit dit arrest houdt in dat bij opzet of bewuste roekeloosheid dan wel kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling met zich meebrengt, aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Het is, zoals al eerder naar voren kwam, nog niet duidelijk of dit enkel gaat om de persoonlijke aansprakelijkheid van een arbiter of een rechter of ook de aansprakelijkheid van de Staat betreft.¹⁶³

Barkhuysen, van Emmerik en van der Hullu plaatsen kanttekeningen bij het gebruik van deze criteria. Zij stellen dat deze enkel betrekking lijken te hebben op de inhoud van een rechterlijke beslissing. Er moet bepaald worden een bekwame rechter hetzelfde zou hebben beslist, of dat de

¹⁵⁸ Zie S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enig rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Ancaarrest', *NJB* 1993, p. 921-926

¹⁵⁹ Zie V.V.R. van Bogaert, 'Onrechtmatige rechtspraak: een nieuw criterium', *Ars Aequi* 2006/2, p. 109-111 en V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld, Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* 2005

¹⁶⁰ Zie V. Van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000 p. 789-795

¹⁶¹ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 243

¹⁶² Zie uitgebreid over het in België gehanteerde criterium in A. Van Oevelen, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke fouten in het Belgische recht', *TRC* 1999/1, p. 1-5 ¹⁷⁴ HR van 4 december 2009 LJN BJ7834 (Greenworld/Arbiters)

¹⁶³ Zie paragraaf 2.6 Nieuwe ontwikkelingen in het arrest van 4 december 2009? voor een uitgebreidere bespreking

uitkomst van de rechterlijke beslissing heel vreemd aandoet. Maar het gaat om het gehele proces van de totstandkoming van een uitspraak van de rechter, daar valt ook de voorbereiding onder, wat niet duidelijk blijkt uit de voorstelde criteria. Zij vragen zich ook af of bij de bovengenoemde criteria de drempel voor onrechtmatige rechtspraak nu wel echt zo veel lager zou zijn.¹⁶⁴

5.4.2 Het criterium van de kennelijke schending

Bij de inrichting van een nieuw stelsel zoek ik aansluiting bij de lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het vereiste van 'een kennelijke schending' uit het EU-recht zou mijns inziens moeten worden doorgetrokken naar het nationale recht.¹⁶⁵ Dit komt de coherentie binnen het systeem ten goede. Ten eerste op Europees niveau. Het is namelijk niet wenselijk om twee aansprakelijkheidsregimes voor onrechtmatige overheidsrechtspraak te hebben afhankelijk van de oorsprong van het geschonden recht, zeker niet gelet op de toenemende Europeanisering.¹⁶⁶ En in mindere mate komt het ook de coherentie binnen de trias politica ten goede. Het verschil in aansprakelijkheid tussen de verschillende overheidshandelingen wordt immers verkleind. Procesrechtelijk zou het zo geregeld kunnen worden dat een dergelijke procedure pas kan worden ingezet nadat de reguliere rechtsmiddelen zijn uitgeput. Daarnaast zou er geen onderscheid moeten worden gemaakt naar de soort regel die wordt geschonden. Zowel de schending van procedurele als de schending van materiële normen moeten tot aansprakelijkheid kunnen leiden. De eis van de Hoge Raad uit 1971 dat het moet gaan om fundamentele normen en beginselen gaat dan niet meer op. Enkele van deze punten zal ik nu verder uitwerken.

5.4.3 Procesrechtelijke aspecten

Hoe ziet het er procesrechtelijk uit? De eis dat de reguliere rechtsmiddelen eerst moeten worden uitgeput moet naar mijn oordeel blijven bestaan. Iemand kan in het kader van die rechtsmiddelen al aan de orde stellen dat de rechter in eerste of in tweede aanleg steken heeft laten vallen. Dit is dus nog niet in een afzonderlijke procedure tegen de Staat. De aansprakelijkheid van de Staat speelt in gevallen waarin de hoogste rechter in een bepaalde kolom onrechtmatig zou hebben gehandeld. Hierbij kan dus worden gedacht aan de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep. In die gevallen moet dan een nieuwe procedure worden gestart voor onrechtmatige rechtspraak tegen de Staat bij de rechtbank in Den Haag. En vervolgens is er uiteraard weer de mogelijkheid bij het Hof en bij de Hoge Raad. Het komt er dus op neer dat je dus klaagt over wat in de hoogste instantie mis is gegaan. In uitzonderlijke situaties waarin geen beroep mogelijk is tot in de hoogste instanties kan uiteraard na een uitspraak van die instantie weer een beroep aan worden getekend bij de rechtbank van Den Haag. Ook moet er een nuancering worden gemaakt voor de redelijke termijn. Zoals al

¹⁶⁴ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 243

¹⁶⁵ Ook door verschillende auteurs wordt gepleit de norm gelijk te stellen aan EU-recht; o.a. Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012 p. 252, Meijer 2010 p. 14, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011 p. 390

¹⁶⁶ Noot van Vranken onder het arrest HR 4 december 2009, *LJN* BJ7834, *NJ* 2011/131

eerder in hoofdstuk 3 naar voren kwam moet bij een overschrijving van de redelijke termijn in de procedure voor de lagere rechters al de mogelijkheid zijn om compensatie te verkrijgen.¹⁶⁷ De eis dat de bestaande rechtsmiddelen moeten worden uitgeput en in bestaande procedures het eventueel rechterlijk feilen aan de orde kan worden gesteld brengt met zich mee dat niet te snel afzonderlijke procedures voor onrechtmatige rechtspraak gevoerd worden.

Tegenstanders van de verruiming van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak wijzen op het feit dat in bepaalde gevallen de rechtbank moet beoordelen over wat de Hoge Raad heeft gedaan. Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat de Hoge Raad uiteindelijk moet oordelen over een door hemzelf gewezen arrest. Om die reden zou er ook kunnen worden bepleit dat er een afzonderlijke rechter in het leven zou moeten worden geroepen om dit te beoordelen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een gecombineerde kamer van de Hoge Raad en de Raad van State.¹⁶⁸ Hiermee zou kunnen worden voorkomen dat enkel de Hoge Raad zou moeten oordelen over staatsaansprakelijkheid wegens een door hemzelf gewezen arrest. Gelet op de huidige stand van zaken lijkt mij dit te vergaand. Enkel in zeldzame gevallen zullen deze problemen zich voordoen. Al met al lijkt het daarom aangewezen om de geldende systematiek in de rechtspraak te volgen.

5.4.4 Kenmerken van het nieuwe stelsel

In het nieuwe stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak maakt het geen verschil of het gaat om een schending van nationaal recht, een schending van het EVRM of een schending van EU-recht. Dit komt de uniformiteit en coherentie ten goede. Ook worden de mogelijkheden tot aansprakelijkheid uitgebreid. Fouten gedurende het gehele proces kunnen tot aansprakelijkheid leiden en niet meer enkel de fouten bij de voorbereiding van de zaak.

Daarnaast kunnen in de lijn van de Hoge Raad uit 1971 enkel fundamentele normen tot aansprakelijkheid leiden. De jurisprudentie leert dat er niet snel sprake is van veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken. Onvoldoende is bijvoorbeeld: het niet naar de eisen van de wet motiveren, het niet tijdig beslissen, het verzuimen aan het eind van de mondelinge behandeling de datum van de beschikking mee te delen, enzovoorts.¹⁸¹ In het nieuwe stelsel wordt geen onderscheid gemaakt naar de soort regel die wordt geschonden. Zowel de schending van procedurele als de schending van materiële normen kunnen tot aansprakelijkheid leiden.

Daarnaast wordt met het criterium van de kennelijke schending een goede balans worden gevonden tussen een stelsel dat burgers compenseert in het geval van onrechtmatige

¹⁶⁷ Zie paragraaf 3.2.2 Redelijke termijn en Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, JA 2009/67 en Hof 's –Gravenhage 19 april 2011 AB 2011/181

¹⁶⁸ geopperd in Widdershoven & Ortlep 'Schendingen van het EG-recht door rechters', *Overheid en aansprakelijkheid* 2004 p. 46

¹⁸¹ Kortmann 1993, p. 922

rechtspraak enerzijds en een stelsel waardoor er niet onnodig veel procedures worden aanspannen anderzijds. Bij dit criterium wordt het stelsel verruimd maar is nog steeds sprake van een relatief hoge aansprakelijkheidsdrempel. Er is enkel sprake van een kennelijke schending in uitzonderlijke gevallen. Er moet de rechter namelijk een serieus verwijt kunnen worden gemaakt. Ook zullen schendingen van het Nederlandse recht door hoogste rechters niet aan de orde van de dag zijn. Deze rechters zijn zelf namelijk op de hen betreffende rechtsgebieden de hoogste autoriteit voor de uitleg van het recht.

Ondanks dat dit onderzoek niet ziet op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter en de mogelijkheden van regres, wil ik wel opmerken dat het in het nieuwe stelsel niet zo zou mogen zijn dat in het geval een rechter opzettelijk of bewust roekeloos handelt daar mee kan weggkomen. Dat betekent dat in het geval een rechterlijke fout te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid (grove schuld) naar mijn oordeel de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid of de mogelijkheid van regres van de Staat moet bestaan.

5.5 Gezichtspunten voor invulling van de kennelijke schending

Voor elke norm, dus ook voor die van de kennelijke schending, geldt dat er een zekere ruimte bestaat en dat die nader invulling moet krijgen in de praktijk en in de jurisprudentie. Het moet nog duidelijk worden waar precies de grens ligt. Als ondergrens zou de invulling moeten gelden die het Hof van Justitie heeft gegeven. Uniformiteit is namelijk van belang en claims mogen op grond van het EU-recht wel sneller maar niet minder snel worden gehonoreerd.¹⁶⁹ Een criterium mag op grond van het EU-recht niet zo streng zijn dat het moet gaan om een opzettelijke schending. Dit blijkt ten eerste uit de zaak *Traghetti*¹⁷⁰ waarin het Hof heeft uitgesproken dat een beperking van de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak tot kwade trouw, bij schendingen van het EU recht niet toegestaan is. Verder kunnen bij de invulling van de norm diverse gezichtspunten van belang zijn. Er moet een wisselwerking ontstaan tussen nationale en Europese jurisprudentie voor de invulling van het criterium van de kennelijke schending. Ik ga in op de gezichtspunten die mijns inziens van belang zijn voor die invulling.

5.5.1 Gezichtspunten uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie

Zoals uitgebreid in hoofdstuk 3 is besproken, is het kennelijkheids criterium geformuleerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit tegen de achtergrond van de gekwalificeerde schending die zich in het bijzonder heeft ontwikkeld voor de handelingen en activiteiten van het bestuur en de wetgever. Deze gekwalificeerde schending speelt ook bij de rechter maar daar heeft het Hof van Justitie nog het criterium van de kennelijke schending aan toegevoegd. Op zijn

¹⁶⁹ Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012, p. 252

¹⁷⁰ HvJ EG 13 juni 2006, nr. C-173/03, AB 2006/248 m.nt. Steyber, NJ 2006/543 m.nt. Mok

minst zou er sprake moeten zijn van een gekwalificeerde schending en voor het aannemen van een kennelijke schending zou daar dus in ieder geval boven uit moeten worden gekomen. Bij de invulling hiervan spelen verschillende gezichtspunten een rol, deze zijn ontleend aan het Köbler en Traghetti arrest.¹⁷¹ Deze gezichtspunten zijn de volgende:

- de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel,
- de vraag of de schending opzettelijk is begaan,
- de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is,
- het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt,
- de schending van de verplichting prejudiciële vragen te stellen.

Het is de vraag is of deze gezichtspunten door kunnen worden getrokken naar het nationale recht. Enkele van deze gezichtspunten kunnen naar mijn mening zeker een rol spelen bij de invulling van de norm van de kennelijke schending. Maar andere gezichtspunten zijn specifiek gericht op de context van het Europees recht en lenen zich daarom niet voor toepassing in het nationale kader. Ik zal nu kort ingaan op deze punten.

Het eerst gezichtspunt, de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, is ook toepasbaar in de nationale context. Van betekenis is hoe precies de norm is geformuleerd zodat er ook kan worden vastgesteld of deze wordt geschonden. Daarbij speelt een rol hoe veel beslissingsruimte en mogelijkheden voor interpretatie aan de rechter wordt gelaten. Wordt er binnen deze ruimte gebleven kan moeilijk(er) worden gesteld dat er sprake is van een kennelijke schending. Wanneer de rechter slechts een zeer beperkte beslissingsmarge heeft en hiervan afwijkt kan een kennelijke schending gemakkelijk(er) worden aangenomen.

Vervolgens het gezichtspunt of de schending opzettelijk is begaan. Wanneer een schending opzettelijk wordt begaan zou er evident sprake moeten zijn van aansprakelijkheid. Maar andersom zou het naar mijn oordeel niet zo mogen zijn dat een schending die niet opzettelijk is begaan, een omstandigheid kan zijn die leidt tot een beperking van de aansprakelijkheid. Dat het niet opzettelijk is gebeurd, moet geen afbreuk doen aan de mogelijkheid om tot aansprakelijkheid te komen. Het gaat er immers om dat het recht zijn werking heeft en de burger daarvan geen slachtoffer mag worden. Het gezichtspunt of de schending al dan niet opzettelijk is begaan past overigens mijns inziens meer bij de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter of de mogelijkheden van het nemen van regres.

Het derde gezichtspunt, de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is, heeft betrekking op de vraag of de rechter een gerechtvaardigd excuus had voor de schending. In het Europese recht kan een rechtsdwaling verschoonbaar zijn wanneer het gemeenschapsrecht duidelijk lijkt te zijn

¹⁷¹ r.o 55 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Köbler* en r.o. 43 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Traghetti*

maar de rechter verzuimt het (correct) toe te passen of een prejudiciële vraag te stellen. Deze schending is niet zo ernstig dat er kan worden gesproken van een kennelijk schending. De schending is namelijk niet kennelijk duidelijk en ook niet kennelijk onduidelijk.¹⁷² Ook nationaal zou dit gezichtspunt relevant kunnen zijn. In situaties waarin achteraf blijkt dat de rechter fout zat maar dat hem dat redelijkerwijs niet kan worden verweten omdat hij mocht veronderstellen dat hij de regels goed toepaste.

Het gezichtspunt van het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt is specifiek gericht op de Europese context en leent zich niet voor toepassing op nationaal niveau. Dit geldt ook voor het gezichtspunt van de schending van de verplichting om prejudiciële vragen te stellen. Er moet hierbij wel worden opgemerkt dat ook in nationale zaken het Europees recht in het geding kan zijn. Dan kunnen deze punten natuurlijk wel van betekenis zijn.

5.5.2 Andere relevante gezichtspunten

Zojuist heb ik de gezichtspunten besproken die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. De vraag is of er ook nog andere gezichtspunten te noemen zijn die een rol kunnen spelen bij de invulling van de kennelijke schending. Een gezichtspunt dat mijns inziens ook van belang zou moeten zijn voor de invulling van de kennelijke schending is de aard van de norm die geschonden is. De aansprakelijkheid voor rechterlijke fouten kan in verschillende categorieën worden ondergebracht. Ten eerste kunnen de fouten formeel van aard zijn. Was er sprake van een eerlijk proces? Ten tweede kan er sprake zijn van materiële fouten. Hier speelt de vraag of de op het inhoudelijk geschil toepasselijke rechtsregels correct zijn toegepast. En ten derde kunnen er ook nog administratieve fouten worden gemaakt. Hieronder worden fouten verstaan die samenhangen met de behandeling van het dossier, los van de daarin spelende materiële rechtsvragen. Hierbij kan worden gedacht aan het te laat verzenden van een uitspraak en het onjuist vermelden van een beroepstermijn in de uitspraak.¹⁷³

In het nieuwe stelsel zou de aansprakelijkheid zich moeten kunnen uitstrekken tot al deze drie domeinen en niet enkel tot bijvoorbeeld schendingen die met een eerlijk proces te maken hebben. Wel zou het zo moeten zijn dat de schending van de ene soort norm in de praktijk makkelijker kan leiden tot aansprakelijkheid dan de ander. Zo lijkt het mij duidelijk dat bij procedurele normen de invulling van de kennelijke schending gemakkelijker is vast te stellen dan bij materiële normen. Bij procedurele normen is er vaak sprake van minder beoordelingsvrijheid. Ook is er meestal minder ruimte voor interpretatie. Een voorbeeld hiervan is het horen van getuigen en de inachtneming van termijnen. Hiervan kan de kennelijke schending eenvoudiger

¹⁷² Wissink en Meijer 2004, p. 99

¹⁷³ Deze onderverdeling in 3 categorieën is in navolging van Wissink en Meijer in 'Köbler; staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instantie', VvA 2004/1 p. 104 en 105

worden vastgesteld. Bij de invulling van de materiële normen, bijvoorbeeld of een rechter rekening heeft gehouden met het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel, ligt dat gecompliceerder. Maar verwijtbaarheid met betrekking tot materiële normen zou in ieder geval wel aan de orde moeten zijn wanneer de rechter een duidelijke relevante uitspraak negeert.

Een ander relevant gezichtspunt voor de invulling van de kennelijk schending zou de mate van de verwijtbaarheid kunnen zijn. Om tot aansprakelijkheid te kunnen komen moet de rechter een serieus verwijt kunnen worden gemaakt met betrekking tot de rechtsschending. Dit gezichtspunt ligt in het verlengde van het gezichtspunt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie die ziet op de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is. Naar mijn oordeel voegt de verwijtbaarheid nog wat toe aan het vereiste van de kennelijke schending, deze verwijtbaarheid zou groter moeten zijn dan bij de normale gekwalificeerde schending.

Wissink en Meijer putten voor de inhoudelijke beoordeling van de kennelijke schending inspiratie uit het dwalingsmodel. Het gaat hen er om dat een uitspraak die te kwalificeren is als berustend op een kennelijke en onverschoonbare dwaling van de rechter bij de beoordeling en beslissing van de zaak, niet voor risico van een procederende partij behoort te blijven. Zij denken dan aan uitspraken die in (i) min of meer overzichtelijke zaken waarin (ii) een gevestigde rechtsnorm niet wordt toegepast terwijl (iii) uit de motivering of anderszins niet blijkt dat zulks met reden is gebeurd en (iv) de beslissing bij toepassing van de norm op een wezenlijk onderdeel anders zou zijn uitgevallen.¹⁷⁴ Ondanks dat deze inhoudelijke beoordeling vanuit een ander perspectief wordt bekeken zijn er ook overeenkomsten met de gezichtspunten die ik voorstel voor de invulling van het criterium van de kennelijke schending. Uit de omschrijving van Wissink en Meijer leid ik daarnaast nog een volgende gezichtspunt af, namelijk het aspect van de motivering van de rechter. Er moet natuurlijk wel ruimte blijven bestaan om van de heersende leer af te wijken als de rechtsbescherming van betrokkenen met een andere beslissing beter gediend is. Zo lang de rechter dit maar goed motiveert. Van een kennelijk schending zou sprake kunnen zijn wanneer een gevestigde rechtsnorm niet wordt toegepast zonder een deugdelijk motivering voor die afweging.

5.6 Conclusie

Voor de vormgeving van een verruimd stelsel van aansprakelijkheid zoek ik aansluiting bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het vereiste van 'een kennelijke schending' uit het Köblerarrest zou ook nationaal moeten gelden voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Op deze wijze ontstaat samenhang tussen het Europese stelsel enerzijds en het nationale stelsel anderzijds. Vanwege de toenemende betekenis van het Europees recht is dit

¹⁷⁴ Wissink en Meijer 2004, p. 110

belangrijk. Om te bepalen of er sprake is van een kennelijke schending heb ik verschillende gezichtspunten uitgewerkt. Deze komen deels overeen met wat in Europees perspectief is ontwikkeld. Maar daarnaast heb ik zelf ook nog enkele punten toegevoegd. Samengevat gaat het om de volgende gezichtspunten: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is, de aard van de norm die geschonden is, de mate van verwijtbaarheid en de motivering van de rechter. Wanneer de besproken elementen voor het verruimde stelsel van aansprakelijkheid worden doorgevoerd kan worden tegemoet worden gekomen aan burgers die nadeel ondervinden door fouten van rechters. Daarnaast wordt er rekening gehouden met de belangen van consistentie, rechtszekerheid en efficiëntie waardoor er geen onnodige procedures worden aangespannen. In het volgende en laatste hoofdstuk volgt de afronding.

Hoofdstuk 6 - Afronding

Dit onderzoek bepleit een verruiming van de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak. Dit is ingegeven door ontwikkelingen in het Europese en internationaal recht. Zowel EU- als EVRM jurisprudentie zet aan tot een ruimere aansprakelijkheid. Daarnaast hebben zich vergelijkbare uitbreidingen voorgedaan in het domein van de aansprakelijkheid van het bestuur en op het gebied van onrechtmatige wetgeving. Het huidige aansprakelijkheidsrecht is incoherent, er zijn verschillen waarvoor geen goede gronden bestaan. De argumenten tegen vergaande aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak zijn gewogen en te licht bevonden voor de instandhouding van dit huidige restrictieve en inconsistente stelsel. Schade ten gevolge van rechterlijke fouten moet niet langer voor rekening van de rechtzoekende blijven.

Voorgesteld is voor de verruiming van de aansprakelijkheid aansluiting te zoeken bij de lijn van het Hof van Justitie ontwikkeld in de zogenoemde Köbler zaak. Dit betekent dat de Staat aansprakelijk is voor kennelijke schendingen van het recht. Deze norm moet nader invulling krijgen in de praktijk en in de jurisprudentie. Daarbij kunnen verschillende gezichtspunten van belang zijn. Ik heb deze nader uitgewerkt, enkele daarvan zijn ontleend aan jurisprudentie van het Hof van Justitie en andere zijn daaraan toegevoegd. Het betreft de volgende gezichtspunten: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is, de aard van de norm die geschonden is, de mate van verwijtbaarheid en de motivering van de rechter.

Aldus ontstaat een nieuw coherent stelsel van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak dat past in de huidige tijd en dat recht doet aan zowel de bijzondere positie van de rechter als aan de belangen van burgers die schade hebben ondervonden. Er is wel betoogd dat de uitbreiding van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak af zou kunnen doen aan de

positie van de rechter in de rechtstaat. Ik zou juist willen betogen dat een goed systeem van aansprakelijkheid voor rechterlijk feilen nodig is om het vertrouwen in de rechter te behouden en te vergroten. Door een dergelijk stelsel wordt immers de positie van de rechterlijke macht als zodanig niet verzwakt omdat uiteindelijk altijd een (andere) rechter het feilen blootlegt. Het is juist krachtig wanneer een stelsel fouten corrigeert en geleerd kan worden hoe dit toekomst kan worden vermeden. Dit nieuwe verruimde stelsel komt daarom naar mijn overtuiging ook ten goede aan het vertrouwen in de rechtspraak.

Literatuurlijst

Asser - Hartkamp 4 -III 2006

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, *Mr. C Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III, De verbintenis uit de wet.* Deventer: Kluwer 2006

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.* Deventer: Kluwer 2011

Asser & Vranken 1995

C. Asser & J.B.B Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel [2].* Zwolle: Tjeenk Willink 1995

Barkhuysen 2006

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006

Barkhuysen, van Emmerik & van der Hulle 2012

T. Barkhuysen, van M.L. Emmerik & van der R. Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?' In: T. Barkhuysen,, W. Ouden, M.K.G. den Tjepkema, (Eds.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, p. 235-254. Deventer: Kluwer 2012

Barkhuysen & Jansen 2002

T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht', *NJB* 17, p. 841-848

Van Bogaert 2005

V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld, Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (dissertatie Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 2005

Van Bogaert 2006

V.V.R. van Bogaert, 'Onrechtmatige rechtspraak: een nieuw criterium', *Ars Aequi* 55/2 2006 p. 109-111

Van Bogaert 2009

V.V.R. van Bogaert, 'De gemiddelde rechter', *Trema* 2009, p. 390-394

Van Bogaert en Stamhuis 2000

V.V.R. van Bogaert en E.F. Stamhuis, 'De rechter aangesproken of de Staat verzocht. Een pleidooi van compensatie van schade tengevolge van rechterlijk optreden', *NJB* 2000 p. 796-804

Van den Brink 2000

V. Van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000 p. 789-795

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat, Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Daalder 2012

E.J. Daalder, 'Beperking van aansprakelijkheid van de overheid: door wie en wanneer? Reflecties over de rol van rechtspolitieke overwegingen bij de oordeelsvorming over overheidsaansprakelijkheid.' In: T. Barkhuysen, W. Ouden, M.K.G. den Tjepkema, (Eds.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, p. 255-271. Deventer: Kluwer 2012

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders, Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, WODC rapport 2006

Damen e.a. 2013

L.J.A. Damen, C.L.G.F.H. Albers, K.J. de Graaf, J.H. Jans, A.P. Klap, A.M. Klingenberg, A.T. Marseille, P. Nicolaï, B.K. Olivier, H.D. Tolsma en F.R. Vermeer, *Bestuursrecht/ 1 Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Dekker e.a. 2004

P. Dekker, C. Maas-de Waal en T. van der Meer, 'Vertrouwen in de rechtspraak, Theoretische en empirische verkenningen voor een monitor' SCP-publicatie 102, 2004

Dekker & van der Meer 2007

P. Dekker en T. Van der Meer, 'Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht' SCP-publicatie, 2007

Van Dijk 2008

C.H. van Dijk, boekbespreking CC van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders', *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2008-1, p. 33-44.

Drupsteen 2002

Th.G. Drupsteen, 'Overheidsaansprakelijkheid, een hoogkaraatse diamant', in: I. bij de Vaate, J. Bomhoff & F. van Schaik (red.), *Facetten van overheidsaansprakelijkheid*, Nijmegen: AAL 2002

Faure & de Mot 2012

M.G. Faure & J. de Mot, 'Overheidsaansprakelijkheid: doelen en remedies.' In: T. Barkhuysen,, W. Ouden, M.K.G. den Tjepkema, (Eds.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, p. 71-95. Deventer: Kluwer 2012

Fernhout 2010

F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010/42, p. 2696-2699

Giesen 2002

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht', *AV&S* 2002, p. 97-109

Heringa e.a. 2012

A.W. Heringa, J. van de Velde, L.F.M. Verhey en W. van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2012

Hoekzema 2000

J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad. Een rechtsvergelijkende studie*. Diss. RuG, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Jans, Prechal & Widdershoven 2011

J.H. Jans, A. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Janssen 2008

J.F.M Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963 p. 1212-1218

De Klerck 2002

W.de Klerck, 'Onrechtmatige overheidsdaad: Ontwikkeling van civielrechterlijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen.' In I. bij de Vaate, J. Bomhoff, F. Van Schaik (Red.), *Facetten van overheidsaansprakelijkheid. Bundel naar aanleiding van het Mordenate congres: 'Overheidsaansprakelijkheid: een trend van deze tijd?'* p. 37-61, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002

Kortmann 1974

C.A.J.M. Kortmann, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiend uit rechterlijke uitspraken', in: W. Aerts e.a., *Rechtspleging. Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Katholieke universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer 1974, p. 95-112

Kortmann 1991

S.C.J.J. Kortmann, 'Onrechtmatige civiele rechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart; opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M Leijten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (Leijten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 296-286

Kortmann 1993

S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enig rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest', *NJB* 1993, p. 921-926

Kortmann en zonen 2001,

S.C.J.J Kortmann, J.S. Kortmann & L.P. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiend uit rechterlijke uitspraken' in P.T.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren, H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht. Oostellen aangeboden aan Prof. Mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2001, p. 207-233

Krans 2004

H.B. Krans, 'Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schendingen van het EG-recht in rechterlijke uitspraken', *NJB* 2004, p. 571-576

Lindenbergh 2008

S.D Lindenbergh, *Schadevergoeding (algemeen deel 1)*, Deventer: Kluwer 2008

Van Maanen en de Lange 2005

G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Monografieën Privaatrecht 3, Deventer: Kluwer 2005

Meijer 2010

R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?' *MvV* 2010/2, p. 11-14

Meijer 2011

R. Meijer, 'Tien jaar lidstaataansprakelijkheid: een stand van zaken vanuit civielrechtelijk perspectief' *MvV* 2011/4 p.104-110

Monnikhof 2012

R.A.H. Monnikhof, 'Compensatie: achter de juridische normen. Een politiek-filosofische en bestuurskundige analyse' In: T. Barkhuysen,, W. Ouden, M.K.G. den Tjepkema, (Eds.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, p. 109-131. Deventer: Kluwer 2012

Van Oevelen 1987

A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen: Maklu 1987

Van Oevelen 1991

A.. Van Oevelen, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke fouten in het Belgische recht', *TRC* 1999/1, p. 1-5

Van Ravels 2006

B.P.M. van Ravels, 'Is de overheid aansprakelijk wegens falend toezicht, indien zich een extern veiligheidsrisico verwezenlijkt?', *Externe Veiligheid*, 2006, p.4-9

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005

Schueler 2004

B.J. Schueler, 'Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter.' *JBplus* 2004, p. 83-102

Schutgens 2009

R.J.B Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009

Snijders 1999

G. Snijders, 'Onrechtmatige rechtspraak' in: A.G. Castermans e.a. (red), *De landsadvocaat, voor deze: opstellen voor J.L. de Wijkerslooth* (De Wijkerslooth-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 145-152

Steyger 2004

E. Steyger, 'De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', *NTER* 2004, nr. 1/2 p. 18-22

Verheij 2013

A.J. Verheij, *Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?*, Preadvies NJV Deventer: Kluwer 2013-1, p. 63-142

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel [3]. Een vervolg*. Deventer: Kluwer 2005

Widdershoven & Ortlep 2004

R.J.G.M. Widdershoven & R. Ortlep, 'Schendingen van het EG-recht door rechters', *Overheid en aansprakelijkheid* 2004, nr. 2, p. 34-48

Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2002

H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male, Den Haag 2002

Wissink en Meijer 2004

M.H. Wissink en R. Meijer, 'Köbler; staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instantie', *VrA* 2004/1 p. 91-112

Van Zeben 1972

C.J. van Zeben, 'Onrechtmatige daad van de rechter' in C.H. Beekhuis e.a. *Van opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972 p. 207-216