

Overheid en Aansprakelijkheid



17 2

- 30. Onrechtmatige rechtspraak en de rechtsstaat
J. Uzman en G. Boogaard
- 31. Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak
I. Giesen
- 32. Rechtsvergelijkend perspectief: staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in de lidstaten
A.L.M. Keirse
- 33. Lessen uit België: aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden
A. Carton en S. Lierman
- 34. Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden vanwege schending van het EVRM
T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
- 35. Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak?
R. Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven



• Voorwoord	p. 61	29
WETENSCHAP		
• Onrechtmatige rechtspraak en de rechtsstaat J. Uzman en G. Boogaard	p. 63	30
• Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak I. Giesen	p. 71	31
• Rechtsvergelijkend perspectief: staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in de lidstaten A.L.M. Keirse	p. 81	32
• Lessen uit België: aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden A. Carton en S. Lierman	p. 91	33
• Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden vanwege schending van het EVRM T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik	p. 101	34
• Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak? R. Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven	p. 107	35
JURISPRUDENTIE		
• Bestuursrecht – ABRvS M.A.E. Planken	p. 119	36-40
• Bestuursrecht – CBb P.M. Beishuizen	p. 122	41-42
• Bestuursrecht – CRvB D.T. van der Leek	p. 122	43-45
• Civiel Recht S.A.L. van de Sande en D.G.J. Sanderink	p. 124	46-50
• Strafrecht E. de Witte	p. 128	51-58
• EVRM A.A. al Khatib	p. 131	59-60



Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak

O&A 2017/29

Een kleine twintig jaar geleden organiseerde het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht samen met de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht een symposium over *Aansprakelijkheid voor optreden van de rechterlijke macht* (A.W. Jongbloed (red.), Den Haag: Bju 1999). Sindsdien hebben er diverse ontwikkelingen plaatsgevonden, die rechtvaardigen om in dit themanummer in gezamenlijkheid opnieuw aandacht voor dit onderwerp te vragen. Hoewel de opgenomen bijdragen op zichzelf staan met elk een eigen onderzoeksvraag, worden zij in de slotbeschouwing door ondergetekenden (O&A 2017/35) samengebracht tot de volgende centrale vraag: zijn er voor Nederland goede redenen om tot een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak te komen en, zo ja, welke moet dat dan zijn. Uit deze vraag blijkt al dat in dit themanummer niet wordt ingegaan op de persoonlijke aansprakelijkheid van rechters voor onrechtmatige rechtspraak, ook al raken de bijdragen van Giesen (O&A 2017/31) en Keirse (O&A 2017/32) daar wel aan.

Welke ontwikkelingen rechtvaardigen nu om in dit themanummer aandacht voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te vragen? Allereerst betreft dat de Nederlandse rechtspraak. Zoals in de verschillende bijdragen in dit themanummer uiteen wordt gezet, hanteert de Hoge Raad sinds het arrest inzake het *Hotel Jan Luyken* uit 1971 (NJ 1972/137) de vaste lijn dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak. Een uitzondering hierop is slechts toegelaten indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden. Allereerst moeten bij de voorbereiding van de rechterlijke uitspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat niet meer met recht kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Verder mag tegen de onrechtmatige rechterlijke uitspraak geen rechtsmiddel openstaan of hebben opengestaan. Zoals wordt besproken in de bijdragen van Giesen (O&A 2017/31), Barkhuysen en Van Emmerik (O&A 2017/34) en ondergetekenden (O&A 2017/35), heeft deze maatstaf als resultaat dat de kans dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van onrechtmatige rechtspraak zeer beperkt is. In de bijdrage van Uzman en Boogaard (O&A 2017/30) wordt onder meer ingegaan op de argumenten die vanuit het 'staatsrecht' traditioneel worden aangevoerd ter verdediging van deze zeer beperkte mogelijkheid, maar blijkt vooral ook dat er inmiddels goede redenen zijn om een iets ruimere mogelijkheid voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te omarmen.

Of de Hoge Raad dat meer heeft gedaan door zijn recente *Greenworld*-arrest (HR 4 december 2009, NJ 2011/131) is onderwerp van debat, zo ook in dit themanummer. Dat arrest

wordt door Giesen (O&A 2017/31) – met verwijzingen naar anderen – beschouwd als een breuk met de strikte *Jan Luycken*-maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak. De nieuwe maatstaf zou dan – kort gezegd – zijn dat de rechter 'met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. De door Giesen aangevoerde argumenten zijn uitvoerig, maar tegelijkertijd kan met hem worden vastgesteld dat in de lagere rechtspraak en in een deel van de literatuur hierover anders wordt gedacht (vergelijk ook de bijdragen van Keirse (O&A 2017/32), Barkhuysen en Van Emmerik (O&A 2017/34), en ondergetekenden (O&A 2017/35)). In dat licht is het interessant dat er bij de Haagse gerechten verschillende procedures lopen waarin hoogstwaarschijnlijk ook (definitief) de vraag moet worden beantwoord welke maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gevolgd moet worden. Het gaat dan bijvoorbeeld om de zaak van de KLM-piloten die thans (na Rechtbank Den Haag 3 juni 2015, AB 2016/26; O&A 2016/3 en (hoger beroep) Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71) in cassatie bij de Hoge Raad aanhangig is. Verder wordt gewezen op een door een zogeheten Afghaanse 1F-vreemdeling en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) bij de Rechtbank Den Haag aanhangig gemaakte zaak, waarin zij met een op *Köbler* gebaseerde schadevordering de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de zogenoemde '1F-ers' aan de kaak stelt. In hun vordering stellen een Afghaanse vreemdeling en het NJCM dat de Nederlandse Staat het Unierecht heeft geschonden, doordat de Afdeling bestuursrechtspraak, de hoogste instantie in vreemdelingenzaken, het EU-recht heeft geschonden, omdat zij geen individueel onderzoek zou doen naar de '1F-er', en bovendien heeft nagelaten hierover prejudiciële vragen te stellen (waarover hieronder meer bij de aankondiging van de slotbeschouwing).

Een volgende ontwikkeling die een rechtvaardiging vormt om in dit themanummer aandacht voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te vragen, ziet men in de rechtsvergelijkende bijdragen. Zoals in het voorwoord van het vorige nummer van O&A is opgemerkt (O&A 2017/1), is rechtsvergelijking van oudsher een belangrijke methode van rechtsvorming in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Daarin wordt ook melding gemaakt van de rechtsvergelijkende studie van de *European Group on Tort Law*, getiteld: *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (vergelijk ook A.L.M. Keirse en R. Ortlep, 'Policyargumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', O&A 2017/2). In haar bijdrage onderzoekt Keirse (O&A 2017/32) aan de hand van vooral deze studie hoe beperkt of ruim staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten in andere landen is. Zij stelt daarbij

de vraag welke lessen uit rechtsvergelijking kunnen worden getrokken voor de ontwikkeling van het staatsaansprakelijkheidsrecht wegens onrechtmatige rechtspraak. Ook in de bijdrage van Carton en Lierman (*O&A* 2017/33) staan deze lessen centraal, zij het dat die auteurs alleen, maar dan ook uitvoerig, ingaan op het Belgische recht en dan meer in het bijzonder op het *Schaarbeek*-arrest van het Grondwettelijk Hof van België (30 juni 2014, *AB* 2016/157). Dat arrest is om verschillende redenen van belang, maar wellicht wel het meest doordat het Grondwettelijk Hof daarin heeft beslist dat vanwege onder meer het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel het aan de Belgische aansprakelijkheidsrechter is om rekening te houden met het *Köbler*-arrest (30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; *AB* 2003/429) bij het bepalen of een door een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie begane fout, buiten de toepassings sfeer van het Unierecht, een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels vormt.

Het op deze wijze spontaan harmoniseren van de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in niet-Unierechtelijke zaken met de *Köbler*-rechtspraak gaat voor Nederland blijkens de rechtspraak (vooralsnog) een stap te ver. Evenwel is door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en die van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – als laatste ontwikkeling ter rechtvaardiging van dit themanummer – de maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak onder Europese druk komen te staan en zelfs in sommige gevallen geëuropeïseerd. Zo wordt in de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik (*O&A* 2017/34) – maar ook bijvoorbeeld in die van Giesen (*O&A* 2017/31) – ingegaan op het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014 (*AB* 2014/190; *O&A* 2014/53), waarin de Raad heeft geoordeeld dat de Staat aansprakelijk is voor immateriële schade vanwege schending door de rechter van de eis van de redelijke termijn, zoals deze is neergelegd in artikel 6 EVRM. De Raad geeft daarin geen toepassing aan de maatstaf uit het *Jan Luyken*-arrest, maar aan de rechtspraak van het EHRM. Barkhuysen en Van Emmerik gaan in hun bijdrage op die rechtspraak nader in en bezien in meer algemene zin hoe het zit en zou moeten zitten met de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak bij schending van het EVRM. In dat kader gaan zij ook na of, en zo ja in hoeverre, de verplichting van artikel 6 en 13 EVRM tot effectieve nationale rechtsbescherming bij vermeende schending van het EVRM nog een bijzondere rol speelt bij het bepalen van deze aansprakelijkheid.

Mede vanuit een Europese invalshoek wordt in de slotbeschouwing van ondergetekenden (*O&A* 2017/35) de centrale vraag beantwoord of er voor Nederland goede redenen zijn om tot een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak te komen en, zo ja, welke dat dan moet zijn. In de slotbeschouwing wordt eerst ingegaan op de *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de rechtspraak van het EHRM, meer in het bijzonder – maar niet uitsluitend – die waarin het EHRM heeft uitgemaakt dat het ongemotiveerd niet prejudicieel verwijzen door een hoogste nationale rechter, terwijl een partij daarom heeft verzocht, in strijd is

met artikel 6 EVRM. Daarna wordt het al eerdergenoemde *Greenworld*-arrest besproken ten aanzien waarvan wordt gesteld dat de Hoge Raad daarin zou zijn teruggekomen op de zeer strikte maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak uit het arrest *Hotel Jan Luycken*. Na deze opmaat wordt de centrale vraag beantwoord. Daartoe wordt eerst ingegaan op de staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van onrechtmatige rechtspraak door een lagere nationale rechter. Vervolgens komt de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak door een hoogste nationale rechter aan de orde, waarbij drie opties worden besproken en uiteindelijk gemotiveerd een keuze wordt gemaakt. Met de slotbeschouwing wordt voortgebouwd op de andere bijdragen aan dit themanummer, met als doel om de spreekwoordelijke cirkel rond te maken. Namens de gehele redactie wensen wij u veel leesplezier toe.

Rolf Ortlepe (*gastredacteur*) en Rob Widdershoven (*redacteur*)

Onrechtmatige rechtspraak en de rechtsstaat

O&A 2017/30

Het staatsrecht wordt traditioneel in stelling gebracht tegen de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak. Vandaag de dag wordt echter vooral in het staatsrecht zelf regelmatig gepleit voor omarming van het leerstuk. In deze bijdrage wordt bezien in hoeverre rechtsstatelijke beginselen als kader gebruikt kunnen worden voor het debat over verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Betoogd wordt dat een ruimer aansprakelijkheidsregime voortvloeit uit het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vervolgens wordt ingegaan op drie mogelijke staatsrechtelijke bezwaren: vrees voor ondermijning van de rechterlijke onafhankelijkheid; het gezag van de rechter; en de machtscheiding. Bij dat laatste valt zowel te denken aan implicaties voor de horizontale machtscheiding, als om de institutionele verhouding tussen lagere en hogere rechters, en rechters uit diverse kolommen. Geconcludeerd wordt dat overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in staatsrechtelijk perspectief een afweging vereist tussen verschillende rechtsstatelijke belangen, specifiek tussen effectieve rechtsbescherming en machtspreiding.

1. Inleiding

Eerst een volstrekt onwetenschappelijke observatie. Tegen het bestuursrecht steekt het Nederlandse staatsrecht conservatief af. Bestuursrecht staat tegenwoordig voor pragmatisme, innovatie en snelheid. Het staatsrecht daarentegen meet zichzelf graag de rol van een soort Eerste Kamer aan: het waarschuwt tegen de waan van de dag. Daardoor lijkt het weleens alsof het staatsrecht vooral een rem op rechtsontwikkeling is. De discussie over mogelijke verruiming van de overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak, bevestigt dit beeld op het eerste gezicht. Traditioneel wordt het staatsrecht in stelling gebracht om een restrictieve koers te bepleiten.² Wie echter beter kijkt ziet dat de staatsrechtelijke argumenten vooral door civilisten worden ingebracht.³ Vanuit het staatsrecht worden ruimere mogelijkheden voor aansprakelijkheid juist geregeld be-

pleit.⁴ Wat is hier aan de hand? En wat valt er vanuit staatsrechtelijk perspectief aan de discussie over onrechtmatige rechtspraak bij te dragen?

Die twee vragen staan centraal in deze bijdrage. Ons kader daarvoor wordt gevormd door de rechtsstaat. Nu is die rechtsstaat een tamelijk abstract gegeven. Relatief onomstreden is echter dat legaliteit, machtscheiding en machtsevenwicht, onafhankelijke en effectieve rechtsbescherming en de verzekering van grondrechten er deel van uitmaken.⁵ Die elementen vormen voor ons de randvoorwaarden van het debat. Onze stelling is dat beantwoording van de vraag of de criteria voor overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak verruimd moeten worden, afweging van verschillende rechtsstatelijke beginselen vergt, met name tussen effectieve rechtsbescherming en machtsevenwicht. In dat verband bezien we eerst of het staatsrecht ook iets positiefs bij te dragen heeft aan het debat over onrechtmatige rechtspraak. We bepleiten dat verruiming van de aansprakelijkheidscriteria onder omstandigheden kan volgen uit het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vervolgens bespreken we de belangrijkste rechtsstatelijke bezwaren tegen een dergelijke verruiming. Omwille van expertise en de lengte van deze bijdrage komen de argumenten ontleend aan het procesrecht – zoals de geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen en de rechtskracht van uitspraken – slechts zijdelings aan de orde.

2. De trend richting meer aansprakelijkheid

Het Nederlandse recht kent momenteel een bijzonder restrictieve benadering van de onrechtmatige rechtspraak.⁶ Formeel is het weliswaar mogelijk voor gedupeerden van rechterlijk optreden om de Staat ex artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen, maar zulke acties zijn weinig kansrijk. Sinds 1971 acht de burgerlijke rechter aansprakelijkheid alleen aan de orde als voldaan is aan twee criteria. De eiser moet alle gewone of buitengewone rechtsmiddelen hebben uitgeput alvorens hij over onrechtmatige rechtspraak mag beginnen.⁷ Bovendien heeft zijn vordering uitsluitend kans van slagen wanneer bij de voorbereiding van de rechterlijke uitspraak 'zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veron-

1 Mr. dr. J. (Jerfi) Uzman en mr. dr. G. (Geerten) Boogaard zijn beiden als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.

2 Vgl. V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoording in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 325-330.

3 Vgl. bijv. E.M. Meijers, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 1925, p. 224-226, 241-244; G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19^{de} en 20^{ste} eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 73-75; G. Snijders, 'Onrechtmatige rechtspraak', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De landsadvocaat, voor deze – Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Bju 1999, p. 145-152.

4 Van Bogaert 2005; Zie overigens reeds C.A.J.M. Kortmann, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: W. Aerts (red.), *Rechtspleging*, Deventer: Kluwer 1974, p. 95-112.

5 Zie o.a. het rapport van de WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 45, 173. Tevens: F. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Bju 2003, p. 7-22; C. Zoethout, 'Wat is de rechtsstaat?', *ibid.*, p. 55-77.

6 Dat laat onverlet dat het EU-recht en het EVRM gaten slaan in de nationale terughoudendheid. Zie de overige bijdragen in dit nummer.

7 HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten; HR 17 maart 1978, *NJ* 1979/204, m.nt. MS. Nader: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199.

achtzaamd, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer gesproken kan worden'. Mogelijk is deze lijn in 2009 enkele centimeters verschoven, toen de Hoge Raad zich liet ontvallen dat hij het moeilijk te verkroppen vindt als een 'kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke rechtspleging taakvervulling meebrengt' niet tot aansprakelijkheid zou leiden.⁸ Daarmee leek aansprakelijkheid ook op *inhoudelijke* gronden mogelijk te worden. Onomstreden is die conclusie echter allerminst.⁹ Deze restrictieve benadering is in de internationale context niet ongewoon. Hoewel de trend op veel plaatsen in de richting van een ruimhartiger aansprakelijkheidsregime gaat, is onrechtmatige rechtspraak in de meeste landen nog altijd een vreemde eend in de bijt van de overheidsaansprakelijkheid. De doorbraak-arresten van het Belgische Hof van Cassatie en recent het Grondwettelijk Hof, zijn eerder uitzondering dan regel.¹⁰ Wel is de kritiek op deze rechterlijke terughoudendheid toegenomen.¹¹

De kritiek lijkt het gevolg van vier ontwikkelingen. Ten eerste betreft dat een toenemend rechtsbeschermingsdenken – een ontwikkeling die gedeeltelijk, maar ook weer niet helemaal, kan worden toegeschreven aan de Europese jurisprudentie. De bescherming van individuele rechten, en daarmee van de rechtsbescherming, is langzamerhand paradigmatisch geworden voor het Westerse rechtsdenken.¹² En dus wordt geregeld bepleit dat verruiming van de restrictieve aansprakelijkheidsjurisprudentie tegemoetkomt 'aaneen serieuze behoefte om onrechtvaardige situaties die door toedoen van de staat ontstaan, recht te zetten'.¹³ Een ontwikkeling die daar enigszins mee samenhangt, betreft de individualisering van de samenleving. Individualisering is staatsrechtelijk relevant waar zij kan worden begrepen als een vorm van de-institutionalisering: afzwakking van traditionele bindingen, onder andere aan de gemeenschap

en haar instituties.¹⁴ Waarom zou het individu dat de dupe werd van een rechterlijke misslag de rekening betalen voor staatsrechtelijke arrangementen die zich tegen aansprakelijkheid zouden verzetten, zoals de onafhankelijkheid en het gezag van de rechtspraak? De bloei van het overheidsaansprakelijkheidsrecht op aanpalende terreinen, zoals de onrechtmatige wetgeving, past naadloos in die trend.¹⁵ In de derde plaats zijn de inzichten over rechterlijke interpretatie en de rol van 'de wet' in het proces van de rechtsvinding veranderd.¹⁶ Wie aanneemt dat de rechter het recht 'vindt' door eenvoudigweg de wet toe te passen, kan dogmatisch moeilijk tot *onrechtmatige* rechtspraak concluderen. Alles wat de rechter doet, is rechtmatig.¹⁷ Bij evident onjuiste rechtstoepassing is, aldus de *hardliners*, geen sprake meer van interpretatie volgens de regelen der kunst en dus ook niet meer van rechtspraak.¹⁸ Die opvattingen zijn inmiddels verlaten. De vierde ontwikkeling hangt daarmee samen. Het gaat dan over de gegroeide aandacht voor de rechter als invloedrijke actor in de Trias. De rechter is een machtsfactor geworden die net als bestuur en wetgever, verantwoording moet afleggen.¹⁹ Sommige auteurs bepleiten dat persoonlijke of staatsaansprakelijkheid daarvoor het aangewezen voertuig is.²⁰ Twee van deze ontwikkelingen laten zich vertalen in rechtsstatelijke argumenten die voor verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid leiden. Het gaat dan om de behoefte aan (meer) rechtsbescherming en het afleggen van verantwoording door de rechter. Dan rijst de vraag of het, in het licht van de rechtsstaat, ook goede argumenten zijn.

2.1 Aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid en machtspreiding

Van Bogaert bepleitte in 2005 ruimhartige aanvaarding van aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden. Ze schuwde zelfs de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter niet principieel.²¹ De grondslag voor dat opmerkelijke pleidooi was het rechtsstatelijke vereiste van machtsverevenwicht. Volgens Van Bogaert is de traditionele gebondenheid van de rechter aan de wet tegenwoordig weggevalen en vervangen door een visioen van de rechter als *partner in the business of law*.²² Deze ontwikkeling, gecombineerd met de rechterlijke onafhankelijkheid, zet de machtsverdeling onder druk. Controle is nodig. Enerzijds door de gronden voor ontslag van rechters door regering en parlement te verruimen, en anderzijds door een stevig aansprakelijkheidsre-

8 HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/Arbiters*), r.o. 3.6.

9 R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?' MvV 2010, p. 111-114; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 235-254, op p. 238.

10 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het *Carton arrest*', NJB 1993/25, p. 921-926; R. Ortlep, 'De aansprakelijkheid van de staat voor fouten van de rechter – Rechtsvergelijkende opmerking naar aanleiding van het *Schaarbeek-arrest*', NJB 2016/1038, p. 1491-1494. Zie ook de bijdrage van Carton en Lierman (O&A 2017/33).

11 Zie voor Duitsland: M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011; A. Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter* (diss. München), München: C.H. Beck 1993. Een betrekkelijk willekeurige greep uit de Nederlandse lit.: Van Bogaert 2005; Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012; J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282, op p. 278.

12 Vgl. A. von Bogdandy, 'The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe', *J-CON* 2009, p. 364-400, op p. 381-383.

13 T. Barkhuysen, 'Vooraf – Onrechtmatige rechtspraak', NJB 2012/1466, p. 1777.

14 A. Felling, J. Peters & P. Scheepers (red.), *Individualisering in Nederland aan het eind van de twintigste eeuw – Empirisch onderzoek naar omstreden hypotheses*, Assen: Van Gorcum 2000, p. 41-42.

15 Vgl. bijv. HR 18 september 2015, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, O&A 2015/90, m.nt. Uzman.

16 Zie G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd: over rechter, politiek en rechtsvorming', *Ars Aequi* 2015, pp. 61-67.

17 Breuer 2011, p. 6.

18 Van Bogaert 2005, p. 345.

19 Vgl. o.a. R. Hirschl, *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2004.

20 Van Bogaert 2005, p. 479-487; J.F.M. Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', NJB 2008/963, p. 1212-1218.

21 Van Bogaert 2005, p. 439.

22 Vgl. Van Bogaert 2005, p. 480-481.

gime voor onrechtmatige rechtspraak.²³ Dat ontslag is aan de orde bij ernstig persoonlijk falen van de rechter, overheidsaansprakelijkheid reeds wanneer de rechter anders handelde dan wat van een 'rechterlijke maatman' mocht worden verwacht.²⁴

Het pleidooi van Van Bogaert is niet zonder problemen. Dat komt door haar compromisloze conclusie dat de binding van de rechter aan de wet geheel is weggevallen. Het klopt weliswaar dat de opvattingen over de rechterlijke taak in de loop der tijd zijn verschoven. Van een volstrekt losgebroken rechter kan echter bepaald niet worden gesproken.²⁵ Weliswaar is de rechter voortdurend betrokken bij het proces van de rechtsvinding, maar dat gebeurt dan wel binnen de kaders van het positieve recht. Slechts een enkele visionair knipt de noodzakelijke band tussen het geschreven recht en de rechtsvinding helemaal door.²⁶ Van Bogaert verabsoluteert dan ook de tendens in de literatuur om de absolute binding van de rechter aan de wet te relativeren. De vrijere rechtsvinding die de rechter zich kan veroorloven volgt eerder uit een verschuiving van de traditionele binding aan de wet, naar een binding aan het positieve recht. Meestal gaat het daarbij om het geschreven recht van nationale of internationale origine. Ontegenzeggelijk staat de rechter daarbij voor keuzes. Zijn rol in het proces van rechtsvinding is daarmee echter niet onbegrensd.²⁷ Evenmin zijn die grenzen onbewaakt. Bij de naleving ervan spelen allerhande actoren, zoals de media, rechters in andere gremia, en de politieke actoren een rol.²⁸ De nogal digitale benadering van Van Bogaert levert dan ook een weinig solide rechtsstatelijke basis op, om de aansprakelijkheid van de Staat, laat staan die van de rechter zélf, voor onrechtmatige uitspraken op te funderen. Het probleem is – vooralsnog – eenvoudig minder groot dan zij suggereert.

2.2 Effectieve rechtsbescherming en de rechtsstaat

Voor veel auteurs is het argument voor verruiming van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, de vrees voor een gat in het stelsel van rechtsbescherming. Dat argument heeft herkenbaar rechtsstatelijke wortels. Rechtsbescherming wordt immers algemeen beschouwd als een essentiële pijler van de rechtsstaat.²⁹ Daar komt bij dat het verband tussen rechtsbescherming en aansprakelijkheid diep geworteld is in het denken over de rechts-

staat.³⁰ Het rechtsbeschermingsargument heeft een zekere overtuigingskracht omdat het de bewijslast verschuift naar diegenen die blokkades tegen staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak bepleiten. Aansprakelijkheid wordt zo de norm, rechterlijke immuniteit de uitzondering die moet worden gerechtvaardigd.³¹ Tegelijkertijd roept zo'n benadering vragen op. Zo is het primaat van de rechtsbescherming niet vanzelfsprekend. Het behoeft onderbouwing, zeker in de context van onrechtmatige rechtspraak. De rechtmatigheid van rechterlijke oordelen is immers het uitgangspunt. Daarnaast kan men zich afvragen of de rechtsstatelijke eis van rechtsbescherming niet te weinig concreet is om er een pleidooi voor meer aansprakelijkheid op te kunnen bouwen. Een derde vraag is of verruiming van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak het stelsel van rechtsbescherming als geheel niet juist onder druk zet.

Het ligt voor de hand de roep om het primaat van de rechtsbescherming te onderbouwen met een beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals we dat kennen van het Unierecht en artikel 13 EVRM.³² In beide gevallen wordt direct verband gelegd tussen effectieve rechtsbescherming en staatsaansprakelijkheid.³³ Het is duidelijk dat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in het kader van schendingen van het Unierecht en het EVRM daarop kan worden gebaseerd.³⁴ De vraag is of zo'n beroep op effectieve rechtsbescherming ook in zuiver nationale kwesties kan worden gedaan. Wij menen van wel. Toegegeven, een dergelijk beginsel is (nog) nooit expliciet omarmd. Tegelijkertijd valt de werking van de effectieve rechtsbescherming in het Nederlandse recht vandaag de dag eigenlijk nauwelijks nog te ontkennen. Varianten van het beginsel (effectieve geschilbeslechting, effectieve bestuursrechtsspraak, beginselen van (behoorlijke) rechtspraak) figuren regelmatig in de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en literatuur.³⁵ Meer dan eens gebeurt dat buiten de context van het Unierecht of het EVRM. Het zou dan ook geforceerd aandoen om vol te houden dat het beginsel van effectieve

23 Ibid., p. 424.

24 Ibid., p. 426-433.

25 Vgl. P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming – 'Partners in the business of law?', *RMThemis* 2009, p. 145-153.

26 J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *NJB* 2000/13, p. 690-686; J.B.M. Vranken, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9-11, 85.

27 Vgl. Boogaard & Uzman 2015, p. 85.

28 Soortgelijke kritiek: J. Soeharno in *R&R* 2007, p. 80-85.

29 A. Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State – An Essay in Philosophical Jurisprudence*, Heidelberg: Springer 2014, p. 6; M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-25; Van Ommeren 2003, p. 19-20; Zoethout 2003, p. 55-77; WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 45, 173; Zie ook K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I*, München: C.H. Beck 1984, p. 855.

30 Zo bijv. B.W. Pfeiffer, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft* (Band II), Hannover: 1928, p. 369. Verdere auteurs bij: Breuer 2011, p. 146-149.

31 Vgl. bijv. S.C.C. J. Kortmann, J.S. Kortmann & L.P. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 207-231, op p. 208-209; 228-230.

32 Vgl. art. 47 HvGEU en HvJ EG 10 april 1984, Zaak 14/83 (*Von Colson & Kamann*), en HvJ EG 15 mei 1986, Zaak 222/84 (*Johnston*). Nader: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, hfst. 6-7.

33 Zie o.a. HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*); HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*); HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03 (*Traghetti*); Ch. Görisch, 'Effective legal protection in the European legal order', in: Z. Sente & K. Lachmayer (eds.), *The principle of effective legal protection in Administrative Law*, Londen: Routledge 2017, p. 39.

34 Vgl. o.a. ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229, m.nt. Widdershoven; HR 28 maart 2014, AB 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

35 Vgl. bijv. J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtsspraak* (oratie Leiden), Leiden: 2000, p. 10; A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2009, p. 40-52.

rechtsbescherming zuiver in de Europese context speelt.³⁶ Het feit dat het beginsel zo onlosmakelijk met de rechtsstaat verbonden is, onderstreept dat.

Lastiger is het om te beoordelen of aan zo'n rechtsstatelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming ook een concreet recht op ruimere aansprakelijkheid kan worden ontleend. Is het daarvoor niet te onbepaald?³⁷ Misschien, toch valt er wel een betoog op te bouwen. Het helpt in dat verband om twee 'lagen' van het beginsel te onderscheiden. Op metaniveau houdt het de plicht in voor de (grond)wetgever om zorg te dragen voor een functionerend stelsel van rechtsbescherming, *'adequate to keep government generally within the bounds of the law'*.³⁸ Deze eis is absoluut. Op individueel niveau omvat het beginsel een optimaliseringsgebod voor de rechter, om in individuele gevallen zo mogelijk voor rechtsherstel te zorgen.³⁹ Op dit niveau vindt afweging plaats tegen andere belangen. Tussen beide niveaus is sprake van wisselwerking: de plicht om in individuele gevallen rechtsbescherming te verlenen kan het in uitzonderlijke gevallen afleggen tegen andere belangen, maar de gevolgen daarvan mogen niet zodanig structureel zijn dat zij het systeem van rechtsbescherming als zodanig ondermijnen.

Zo opgevat is een beroep op rechtsbescherming geen beslissend argument voor ruimere aansprakelijkheid. Méér rechtsbescherming is niet altijd effectievere rechtsbescherming. Zo heeft de mogelijkheid voor partijen om, na gebruikmaking van het stelsel van rechtsmiddelen opnieuw over de kwestie te beginnen, tot gevolg dat het systeem van rechtsbescherming als geheel (het metaniveau) onder druk komt te staan. Wel biedt effectieve rechtsbescherming een afwegingskader om het belang van gedupeerden van onrechtmatige rechtspraak af te wegen tegen het algemeen belang dat is gemoeid met een restrictieve benadering van het leerstuk. Het belang van gedupeerden wordt daarbij groter, naarmate aansprakelijkheid voor hen echt de enige mogelijkheid is om rechtsherstel te krijgen. Waar de grens precies ligt, is dus niet in *abstracto* te bepalen.

3. Staatsrechtelijke bedenkingen

De rechtsstaat kan op twee manieren in stelling worden gebracht om een ruimhartige(r) benadering van de onrechtmatige rechtspraak te bepleiten. Het pleidooi om staatsaansprakelijkheid in te zetten om het herstel van *checks & balances* binnen de Trias te bewerkstelligen, overtuigt niet. We zagen meer in pleidooien die zijn gebaseerd op het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarmee is niet gezegd dat effectieve rechtsbescherming

de discussie over onrechtmatige rechtspraak, doodslaat. Integendeel, het beginsel vergt afweging met fundamentele staats- en procesrechtelijke bezwaren. Die bezwaren moeten dan wel rechtsstatelijk noodzakelijk zijn, niet verdergaan dan strikt noodzakelijk en evenredig aan de te dienen belangen. In deze paragraaf gaan we op het rechtsstatelijk gewicht van de bezwaren in. Aangezien de meeste bedenkingen tegen aansprakelijkheid reeds uitvoerig zijn besproken in diverse proefschriften en commentaren, beperken we ons tot drie rechtsstatelijke argumenten: rechterlijke onafhankelijkheid, machtenscheiding en het gezag van de rechtspraak.⁴⁰

3.1 Soevereiniteit en het gezag van de rechter

Het oudste argument, zeker in internationaal verband, betreft de soevereiniteit van het staatsgezag die in de weg zou staan aan de aansprakelijkheid van de Staat of ambtsdragers persoonlijk.⁴¹ Dat geldt ook voor de rechterlijke functie. Rechtspraak behoort, in de negentiende eeuwse opvatting, tot de wezenskenmerken van soeverein staatsgezag. Afgezien van de rechtsmiddelen waarin het formele procesrecht voorziet, kan de uitkomst van het rechterlijk proces niet in rechte ter discussie worden gesteld.⁴² Naorlogse auteurs wijzen het argument unaniem af, meestal omdat het uitgaat van verouderde noties. Overtuigend is het echter nooit echt geweest. Geen van de staatsmachten is in Nederland ooit 'soverein' verklaard. Hoewel niet onomstreden, berechtte de rechter bovendien al in de Republiek der Verenigde Nederlanden onrechtmatige overheidsdaden.⁴³ Volgens Van Bogaert gaat soevereiniteit ook niet om de hoogste macht in de Staat, maar om het soort mystieke 'macht' waarmee de rechtsorde wordt gemaakt of gebroken.⁴⁴ Met de – al dan niet onrechtmatige – uitoefening van bevoegdheden heeft soevereiniteit in elk geval niets van doen. Bovendien staat buiten kijf dat belangrijke functies van het staatsgezag, zoals de wetgevende, aan het aansprakelijkheidsregime onderhevig zijn.⁴⁵ De restrictieve koers ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak is dus eerder uitzondering dan regel.

Moderne varianten van hetzelfde argument baseren zich op het gezag van de rechter.⁴⁶ Het soevereiniteitsargument

36 Vgl. ook de wijze waarop de bestuursrechter de Straatsburgse redelijke-termijnjurisprudentie, zonder verdragsrechtelijke basis, als Nederlands ongeschreven recht van toepassing verklaarde op vreemdelingenzaken (ABRvS 3 december 2008, AB 2009/70, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Zie verder de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik O&A 2017/34.

37 D. Röder, *Die Haftungsfunktion der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 2002, p. 276; A.M. Bos, *Geregeld recht: een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 3-6.

38 R. Fallon & D. Meltzer, 'New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies', *Harvard Law Rev.* 1991, p. 1731-1833, op p. 1778-1779.

39 *Ibid.*

40 Vgl.: Kortmann 1974; A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1987, p. 742-774; Chr. van Dijk & C. Drion, 'De rechter moet het rechter maken', *A&V* 1997, p. 25-38; V. van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000/15, p. 789-795; Van Bogaert 2005, p. 303-332; Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012; R. Ortlep, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTer* 2006, p. 227-230.

41 Vgl. J.W.H. Blomkwist, 'Over onrechtmatige rechtspraak', *Ars Aequi* 1972, p. 281-288, op. 282; Van Oevelen 1987, p. 760-762.

42 Vgl. G. Debeyre, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*, Parijs: Sirey 1936, p. 241.

43 Vgl. J.V. Ruyperda Wierdsma, *Politie en Justitie. Een studie over Holland-schen staatsbouw tijdens de Republiek* (diss. Leiden), Zwolle: Tijl 1937, p. 173. Zie tevens: J. Uzman & G. Boogaard, 'Commentaar bij artikel 112 Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknicht, *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet* (www.nederlandrechtsstaat.nl).

44 Van Bogaert 2005, p. 327.

45 Vgl. HR 18 september 2015, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, O&A 2015/90, m.nt. Uzman.

46 Daarover: Breuer 2011, p. 193-201.

dient immers deels de wens om het staatsgezag te beschermen. Denkbaar is, te beargumenteren dat het aanzien van de rechterlijke macht beschadigd raakt als rechters elkaar, onparlementair uitgedrukt, 'in de haren vliegen'.⁴⁷ Vooral de Duitse rechtsgeschiedenis illustreert dat een al te ruime hartige regeling van rechtersaansprakelijkheid in sommige gevallen problematisch kan zijn, al gaat het daarbij om zeer oude gevallen waarin van een stelsel van hoger beroep nog geen sprake was.⁴⁸ Desalniettemin komt deze gedachte verouderd over, in de zin dat transparantie over gemaakte fouten tegenwoordig eerder geacht wordt bij te dragen aan legitimatie, dan de fictie dat de rechterlijke macht geen fouten maakt.⁴⁹ In de huidige samenleving, waarin de ivoren toren van de rechtspraak geregeld onder vuur ligt, zijn bijzondere privileges voor rechters nauwelijks populair. Men kan zich dan ook afvragen of de legitimatie van het recht er niet eerder onder te lijden heeft wanneer het niet in staat is om onrechtmatig handelen, in dit geval door de rechter, te corrigeren en zoveel mogelijk te herstellen.⁵⁰ Daar komt bij dat het gezagsargument dan óók een rol zou moeten spelen bij het uitsluiten van aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving en, in mindere mate, onrechtmatig bestuurshandelen, en dat is niet het geval.

Een bijzondere, maar minder bekende vorm van gezagsverlies is aan de orde als de Rechtbank Den Haag zich buigt over de aansprakelijkheid van de Staat omdat de Hoge Raad of de hoogste bestuursrechters het Unierecht onjuist zouden hebben uitgelegd. De rechtspraak van de hoogste rechter komt dan direct onder vuur te liggen. Dat geldt misschien nog wel meer voor de toetsing aan het EVRM, waar de rechtbank het vooralsnog zal moeten stellen zonder de mogelijkheid om althans een prejudiciële vraag te stellen.⁵¹ In het geval van de hoogste bestuursrechters komt daar nog een dimensie bij: hun koers is, hoewel indirect en marginaal, onderworpen aan toetsing door de burgerlijke rechter.⁵² Het oordeel dat de Staat aansprakelijk is omdat de bestuursrechter volgens de (eerstelijns) civiele rechter het Europese recht verkeerd heeft uitgelegd kan zowel tot spanningen binnen het rechterlijk apparaat, als tot gezichtsverlies leiden. Vanuit het perspectief van het Unierecht is dat niet problematisch. Betoogd is wel, dat het Hof van Justitie de *Köbler*-aansprakelijkheid mede in het leven heeft geroepen om de eigen positie ten opzichte van de nationale hoogste rechters, met inschakeling van de lagere rechtspraak, te verstevigen.⁵³ Vanuit het per-

spectief van de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters is dat vooruitzicht minder aantrekkelijk. Zeker in een tijd waarin de legitimatie van het Unierecht onder druk staat en waarin veel nadruk wordt gelegd op pluralisme en dialoog tussen de Europese Hoven en de nationale hoogste rechters, lijkt het aangewezen de eigenstandige rol van die laatste in het proces van de (Europese) rechtsvinding zoveel mogelijk te respecteren. De mogelijkheid om subtiele pogingen tot bijsturing door de hoogste nationale rechter, te bestempelen tot onrechtmatige rechtspraak is dan niet productief. Aan dit bezwaar wordt in elk geval deels tegemoetgekomen door de eis van de gekwalificeerde schendingen. Daarnaast valt te overwegen om, zoals Widdershoven en Ortlep een slordige tien jaar geleden voorstelden (en herhalen in hun bijdrage aan dit themanummer (*O&A* 2017/35)), een aparte voorziening, in de vorm van een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling, in het leven te roepen voor de behandeling van deze vorm van aansprakelijkheid. Hoe dan ook, deze vorm van institutioneel gezagsverlies verdient, in tegenstelling tot de eerder geopperde bezwaren daarover, wel nadere doordenking.

3.2 Rechterlijke onafhankelijkheid

Een ander rechtsstatelijk argument tegen het aanvaarden van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak betreft de rechterlijke onafhankelijkheid. Die onafhankelijkheid wordt geregeld in één adem genoemd of zelfs verzeeld met het argument van de machtscheiding.⁵⁴ Machtscheiding en onafhankelijkheid hangen dan ook met elkaar samen: beiden vloeien voort uit de rechtsstaatgedachte. De één veronderstelt de ander.⁵⁵ Toch gaat het om twee afzonderlijke argumenten. Machtscheiding ziet op de functionele, organisatorische en personele scheiding van de rechtspraak ten opzichte van de andere staatsmachten. Het zwaartepunt daarbij ligt niet bij de individuele rechter, maar bij de rechtspraak als zodanig. Voor individuele zaken geldt dat het beginsel van machtscheiding zich ertegen verzet dat rechterlijke beslissingen kunnen worden vernietigd of teruggedraaid. De onafhankelijkheidseis heeft betrekking op de mate waarin rechterlijke beslissingen beschermd zijn tegen beïnvloeding door de andere staatsmachten. Het gaat dan om de formele onmogelijkheid van de wetgever en bestuur om de rechter specifieke instructies in individuele zaken te geven, om de rechter – anders dan via de wet – beleid voor te schrijven en om rechtspositionele waarborgen die ervoor moeten zorgen dat dit ook niet via een achterdeur gebeurt.

In de context van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, is de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in het geding als daardoor de mogelijkheid zou ontstaan voor de beide andere staatsmachten om individuele rechters in hun oordeelsvorming te beïnvloeden. Daarbij valt voor een restrictieve en een ruime benadering van

47 Vgl. K. Fischer, *Die Richterhaftung* (diss. Keulen), Keulen 1973, p. 77.

48 Zie: E.M. Livonius, § 839 Abs. 2 BGB – *Vorstellungen des Gesetzgebers und heutige Praxis der Staatshaftung und des staatlichen Rückgriffs* (diss. Berlin), Verlag Schön 1968, p. 73.

49 Vgl. H. Toner, 'Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame III?', *Yearbook of European Law* 1997, p. 165-189, op p. 175.

50 Breuer 2011, p. 195.

51 Daar komt mogelijk verandering in wanneer Protocol 16 bij het EVRM in werking treedt. Dit protocol voorziet in een niet-bindende prejudiciële procedure bij het EHRM.

52 Zie reeds: R. Widdershoven & R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *O&A* 2004/18, p. 34-48; Polak 2007, p. 278.

53 J. Komárek, 'Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order', *CMR* 2005, p. 9-34. Zie over de *Köbler*-aansprakelijkheid verder de bijdrage van Ortlep en Widdershoven (*O&A* 2017/35).

54 Zo bijv. Kortmann 1974, p. 96.

55 P.M. van den Eijnden, *De onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 397.

onafhankelijkheid te kiezen. Volgens de restrictieve benadering is de onafhankelijkheid pas in het geding als de andere staatsmachten een formele bevoegdheid hebben om de individuele rechter te vertellen wat hem te doen staat.⁵⁶ Daarvan is in het geval van aansprakelijkheid geen sprake.⁵⁷ Aansprakelijkheid tast immers de bevoegdheid van de rechter om naar eigen inzicht uitspraak te doen niet aan. Deze benadering is echter, terecht, als te dogmatisch van de hand gewezen.⁵⁸ Kiezen we voor de ruime benadering, dan liggen de zaken moeilijker. Dan speelt ook de onbevangenheid van de rechter. Zeker in het geval van persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter is goed voorstelbaar dat deze, als hij nog rechter wil worden, zich minder vrij voelt wanneer hij te vrezen heeft voor schadeclaims die zijn eigen portemonnee raken.⁵⁹ De vraag is of die redenering ook opgaat voor de situatie dat niet de rechter, maar de Staat betaalt. Het Hof van Justitie vond in *Köbler* dat het dan wel meeviel, en dat standpunt wordt inmiddels vrijwel unaniem onderschreven.⁶⁰ Daarbij spelen twee overwegingen een rol.

In de eerste plaats heeft staatsaansprakelijkheid het belangrijke voordeel dat de portemonnee van de rechter zelf gespaard blijft. Eventuele materiële nadelen van een dergelijk stelsel liggen eerder in de wetenschap van de rechter dat hij voor de overheid een 'dure collega' is, en dat zijn kansen op bevordering mogelijk afnemen. Zulke overwegingen leggen echter weinig gewicht in de schaal als men ze afzet tegen het alternatief: afwenteling van het financiële risico op de burger. In dat verband speelt mee dat soms nu eenmaal van de rechter gevraagd wordt dat hij, voor de overheid, impopulaire beslissingen neemt en dat het loopbaanelement ook een rol speelt in een stelsel van hoger beroep.⁶¹ Voorts wordt geregeld beslissend geacht dat de beslissing over aansprakelijkheid binnen de rechterlijke kolom blijft.⁶² Hoewel het bestuur betaalt, is het de rechter die bepaalt. De aangesproken rechter is dus slechts verantwoordelijk schuldig binnen het raam van de rechterlijke organisatie zelf.⁶³ Dat lijkt ook ons de belangrijkste reden om het bezwaar van de rechterlijke onafhankelijkheid terzijde te stellen.

Toch moet een kanttekening worden gemaakt. Vraag is namelijk of ook hier niet een te beperkte opvatting van de rechterlijke onafhankelijkheid wordt gebezigd. De focus ligt eenzijdig op de klassieke horizontale werking van het beginsel. In toenemende mate is er echter ook aandacht voor

de (interne) onafhankelijkheid van rechters ten opzichte van elkaar.⁶⁴ Vooralsnog zijn de opvattingen daarover nog sterk in beweging.⁶⁵ Men kan zich echter de vraag stellen of een lagere rechter zich nog vrij voelt vrijmoedig bij te dragen aan de rechtsontwikkeling als zijn oordeel door de hogere rechter niet alleen vernietigd, maar ook tot onrechtmatige daad bestempeld kan worden, dan wel dat daarvan een *chilling effect* uitgaat. Men komt dan weer op het eerdere punt, dat de risico's van de rechter persoonlijk beperkt, en in elk geval van een erg indirecte aard zijn. We komen echter bij de kwestie terug in het kader van de relatie tussen aansprakelijkheid en (verticale) machtscheiding.

3.3 Machtscheiding

Rechtsstatelijke overwegingen van machtscheiding spelen traditioneel weliswaar een rol in discussies over onrechtmatige rechtspraak, maar dat gebeurt doorgaans in één adem met de rechterlijke onafhankelijkheid. De machtscheiding in haar zuivere vorm zou in het geding zijn als bijvoorbeeld het bestuur het eindoordeel over de rechtmatigheid van een rechterlijke uitspraak zou toekomen, of als het deze zou mogen terugdraaien. Het huidige debat wordt echter gekenmerkt door twee constanten: de rechtskracht van de rechterlijke uitspraak wordt in het kader van de aansprakelijkheidsprocedure niet aangetast, en de toetsing van die uitspraak geschiedt binnen de rechtspraak zelf, niet door een andere staatsmacht. Van enig bezwaar voortvloeiend uit de Trias Politica lijkt geen sprake.

De situatie wordt anders als we de Trias aanvullen met *checks & balances* en het daarmee gepaard gaande machts-evenwicht.⁶⁶ Daaronder wordt ook de *verticale* machts-spreiding begrepen, in de context van de rechtspraak niet onbelangrijk. Dat heeft te maken met de (in paragraaf 2 gesignaleerde) toegenomen aandacht voor de rechterlijke bijdrage aan de rechtsvorming. Hoewel niet kan worden volgehouden dat de Nederlandse rechter volstrekt los van het wettelijk stelsel opereert, is zijn aandeel in de rechtsontwikkeling de afgelopen decennia onmiskenbaar aanzienlijk vergroot. In dat verband wordt steeds nadrukkelijker de vraag gesteld naar de grenzen van de rechterlijke functie en, daarmee verbonden, de rechterlijke invloed op de koers van het recht. De machtscheiding speelt in die discussies tot dusver de rol van prominente lege huls.⁶⁷ Beruchte zaken als de Klimaatzaak van *Urgenda* en de SGP-zaak van *Clara Wichmann* laten zien dat het steeds moeilijker wordt om het politieke domein van het juridische af te bakenen. Dat noodzaakt tot het inbouwen van nieuwe, en herwaarderden van bestaande *checks* om te zorgen dat die rechterlijke rol

56 Breuer 2011, p. 174.

57 Aldus bijv. Van Bogaert 2005, p. 328-330; Van den Eijnden 2011, p. 372-377.

58 Breuer 2011, p. 176. Eveneens in deze zin: BVerfG 24 januari 1961, BVerfGE 12, 81, waarin de Duitse constitutionele rechter elke verijdeldbare invloed op de rechterlijke oordeelsvorming uitsluit.

59 Vgl. Van den Brink 2000, p. 792; Brandsma 2014, p. 117. Het omgekeerde is overigens ook betoogd: de angst voor schadeclaims bewerkstelligt 'alleen maar' extra zorgvuldigheid van de kant van de rechter. Vgl. A. Ohlenburg, *Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten im deutschen, englischen und französischen Recht*, Osnabrück: Rasch 2000, p. 34.

60 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, r.o. 42. Zie voorts: Van Bogaert 2005, p. 329.

61 Breuer 2011, p. 181.

62 Zo bijv. Kortmann 1974, p. 96; Van den Eijnden 2011, p. 373.

63 Van Oevelen 1987, p. 762-766.

64 Vgl. K. Teuben, *Rechtersregelingen in het (burgerlijk) procesrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 29; Breuer 2011, p. 176-177. De tendens is internationaal zichtbaar in diverse uitspraken (vgl. bijv. BVerfG 24 mei 1995, 2 BvF 1/92) en *soft law* (zie: *Opinion 1* (2001) van de Consultative Council of European Judges (CCJE)).

65 L.F.M. Verhey, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht* (preadvies VvSRB&N), Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 56; Van den Eijnden 2011, p. 112-113, 247-248.

66 Vgl. WRR 2002, p. 40.

67 Vgl. G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter – Over de ondraaglijke lichtheid van de trias politica', *Ars Aequi* 2016, p. 26-33.

binnen de grenzen van het aanvaardbare blijft. Traditioneel is de aanvaardbaarheid van die rol immers gezocht in het adagium dat de rechter de *'least dangerous branch'* is, die de beide anderen in toom heeft te houden.⁶⁸ Opvallend genoeg was de toegenomen erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter voor de rechtspraak vooral aanleiding om de positie van de hoogste rechters in het proces van de rechtsvorming te verstevigen.⁶⁹

Bij die sterkere rol van de Hoge Raad en de Afdeling zijn echter ook constitutionele vraagtekens te plaatsen. Het staatsrecht – zeker het Nederlandse – is traditioneel wars van een al te grote concentratie van bevoegdheden in één hand. Het grillige stelsel van rechtspraak, met een onderverdeling in verschillende kolommen en niveaus is in dat verband in zekere zin te beschouwen als een geluk bij een ongeluk. Twee elementen, de traditionele afwezigheid van een stelsel van *precedent* en de scheiding tussen bestuursrechter en civiele rechter, trekken in dat verband bijzondere aandacht.

Om met het ontbreken van een precedentenstelsel te beginnen. Lagere rechters zijn in Nederland niet strikt gebonden aan elkanders rechtsoordelen, ook niet als het om hogere rechters gaat.⁷⁰ Daarmee wordt bewerkstelligd dat de rechterlijke rechtsvorming een gedeelde taak wordt van lagere en hogere rechters.⁷¹ Die gedeelde verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling heeft twee kanten: enerzijds faciliteert ze (beperkt) experimenteren door de lagere rechter, anderzijds maakt ze het ook mogelijk dat de lagere rechters het beleid van de Hoge Raad of de Afdeling subtiel trachten bij te sturen door de ingeslagen weg massaal niet te volgen. Daaraan doet niet af dat de hogere rechter de beslissing van de lagere rechter uiteraard kan vernietigen of casseren. De afwezigheid van precedent werkt dus als een mitigerende factor op een al te grote invloed van de hoogste rechter.⁷² Zij bevordert bovendien nog eens extra, dat de hoogste rechters aan de overtuigingskracht van hun uitspraken werken. Iets soortgelijks in verhouding tussen de hoogste bestuursrechters onderling, en tussen de bestuursrechtelijke kolom en de Hoge Raad. De mogelijkheid van divergentie doet zich daar nog sterker voor omdat er zelfs geen gevaar van vernietiging bestaat.

Het verruimen van de criteria voor overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak kan gevolgen hebben voor die balans. Zoals we al signaleerden, doet zich dat in de eerste plaats voor in de relatie tussen de burgerlijke rechter en bestuursrechter, waar het de toepassing van Europees recht betreft. Daarnaast wordt het psychologisch

lastiger voor lagere rechters om een afwijkende koers van de hoogste rechter uit te zetten. Een dergelijke koers zou niet langer een rechtsstatelijk gewenste vorm van deliberatie en machtspreiding zijn, maar een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. Dat is toch iets anders dan de vernietiging van een vonnis omdat de hogere rechter er een andere rechtsopvatting op na houdt. In dat laatste is in wezen sprake van uitsprakenpluralisme: de hogere en de lagere rechter denken verschillend over het recht, en de zienswijze van de hogere rechter prevaleert in het concrete geval. Een oordeel over de verwijtbaarheid van het handelen van de lagere rechter is daarmee niet gegeven. Het is een schrale troost dat de rechter de daaraan verbonden schadevergoeding niet uit eigen zak hoeft te betalen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat de verticale machtspreiding zich tegen verruiming van staatsaansprakelijkheid op dit punt zou verzetten. Men kan zich terecht afvragen hoe die gedeeldheid van de rechtsvorming zich verhoudt tot de rechtszekerheid, en of de kosten ervan voor rekening van een teleurgestelde burger moeten komen. Wel noopt zij tot nadenken over de vormgeving en de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Zo valt wel wat te zeggen voor het uitgangspunt bij veel voorstellen tot verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid, dat de primaire rechtsmiddelen (hoger beroep) eerst volledig dienen te worden uitgeput. Het machtspreidingsargument pleit bovendien voor strikte handhaving van een kennelijkheids criterium, zoals bekend uit de rechtspraak van het HvJ EU. Tot slot illustreert ook dit argument de wenselijkheid van het, eerdergenoemde introduceren van een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak.

4. Uitgeleide

Afsluitend: wat kan de rechtsstaat bijdragen aan het debat over aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak? Het antwoord op die vraag is bescheiden: de rechtsstaat geeft geen duidelijke richting aan. Het is geen argument voor verruiming van het aansprakelijkheidsregime, maar evenmin een overtuigende dam ertegen. Wel kunnen de verschillende beginselen van de rechtsstaat behulpzaam zijn bij het bepalen van de randvoorwaarden van het debat. Die beginnen bij de vraag op wiens speelhelft de wedstrijd gespeeld wordt. Gaat het vervolgens over de contouren van een aansprakelijkheidsregime, dan valt op dat het staatsrecht daartegen nauwelijks fundamentele bezwaren (meer) opwerpt. Soevereiniteit, gezag, machtscheiding en de onafhankelijke rechter: ze werpen geen van allen een dam op. Wel nopen ze tot differentiatie en afweging.

Ten behoeve daarvan nog twee slotopmerkingen. Zien we het goed, dan kan met betrekking tot de aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitspraken – over bedrijfsfouten hadden we het hier niet – verschil worden gemaakt tussen schade die voortvloeit uit, respectievelijk, een inhoudelijk onjuist oordeel, de schending van procedurele normen en een overschrijding van de redelijke termijn door de rechter. Het gezag van de rechter, noch de rechterlijke onafhankelijkheid of de machtscheiding zijn in de laatste twee geval-

68 *Federalist paper no. 78*; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press 1986.

69 Zie bijv. het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Vesterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, en de bijdrage van G.J.M. Corstens, 'De veranderende constitutionele rol van de rechter', in: M. Diamant e.a. (red.) *The Powers that Be* (Staatsrechtconferentie 2012), Nijmegen: Wolf 2013, par. 4.

70 O.A. Haazen, 'Precedent in the Netherlands', *Electr. J. of Comp. Law* 2007/11.1, p. 6; O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken, in bestuursrechtelijk perspectief* (diss. Leiden), Bju 2014, p. 17-20.

71 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel* (***), Deventer: Kluwer 1995, nr. 186.

72 Zie voor een soortgelijke benadering: J. Komárek, 'Precedent and Judicial Lawmaking in Supreme Courts', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009, p. 399-433.

len serieus in het geding. Moeilijker ligt het bij inhoudelijk 'onjuiste' beslissingen. Ook dan valt echter te differentiëren: de enkele onjuiste, maar verdedigbare toepassing, zal in de regel niet tot aansprakelijkheid van de Staat (behoren te) leiden. Dat volgt dan uit het idee dat de lagere rechter de ruimte moet houden om de dialoog met de hogere rechter aan te gaan. De zaken liggen anders als de gevolgen voor de justitiabele bijzonder groot zijn en die gevolgen niet via het primaire stelsel van rechtsbescherming op te heffen zijn (bijvoorbeeld in het geval van reeds uitgezeten detentie). Verdedigbaar is dat overwegingen van (verticale) machtspreiding en gezag dan moeten wijken voor het belang van de rechtsbescherming. Daarnaast is mogelijk dat een rechter het recht zodanig verkeerd uitlegt dat geen sprake meer is van behoorlijke rechtspraak. Aansprakelijkheid van de Staat voor een dergelijk optreden ligt dan voor de hand. Gaat het om de gevallen waarin aansprakelijkheid aan de orde kan zijn, dan zijn de pijnpunten institutioneel van aard. Daarbij gaat het vooral om de relatie tussen lagere en hogere rechter en tussen civiele en bestuursrechter. Daarmee komen we op onze tweede (procedurele) opmerking. De huidige regeling op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak is grotendeels rechtersrecht. Het is, de gegroeide rechtsvormende taak van de rechter indachtig, verleidelijk voor de rechter om zélf creatief aan de slag te gaan, zeker als de wetgever passief blijft. Het ontwerpen van een aansprakelijkheidsregeling lijkt ook niet materie die de buitengrenzen van de rechtsvormende taak te buiten gaat.⁷³ In dit geval dient een nieuw criterium, wat ons betreft, echter gepaard te gaan met institutionele waarborgen, zoals het instellen van een apart college of een rechtseenheidskamer, om de speelruimte en het gezag van de bestuursrechtspraak te waarborgen. Zulke rechtsvorming is echter aan de wetgever. Nog altijd geldt voor de rechter: er zijn grenzen. Ook als overschrijding nog niet tot aansprakelijkheid kan leiden.

⁷³ Vgl. Boogaard & Uzman 2015, p. 66.

Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak

O&A 2017/31

Sinds het *Greenworld*-arrest uit 2009 is er een discussie gaande over de vraag of de Hoge Raad in dat arrest afstand heeft genomen van zijn eerdere standaardrechtspraak uit 1971 als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat. In deze bijdrage wordt betoogd dat dit inderdaad het geval is. Omdat de *Greenworld*-zaak uiteindelijk een zaak van arbitrale aansprakelijkheid betrof, wordt vervolgens ook besproken wat de mogelijke invloed op die nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest inzake de aansprakelijkheid van een arbiter. Betoogd wordt dat de Hoge Raad de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid in dat arrest licht versoepeld heeft, zodat aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak eenvoudiger bereikbaar is geworden. Doordat de criteria voor onrechtmatigheid in gevallen van onrechtmatige rechtspraak na dit arrest nauw aansluiten bij reeds bekende maatstaven uit andere delen van het aansprakelijkheidsrecht, is aldaar verdere inspiratie te halen als het gaat om de toekomstige toepassing van de regels van onrechtmatige rechtspraak.

1. Inleiding

Sinds het *Greenworld*-arrest² uit 2009 is er een – nog immer voortdurende – discussie gaande over de vraag of de Hoge Raad in dat arrest nu wel of niet afstand heeft genomen van zijn eerdere standaardrechtspraak uit 1971 (*Hotel Jan Luyken*³) als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat. ‘Is het *Greenworld*-arrest het nieuwe standaardarrest op dit vlak?’, aldus de vraag die opgeworpen is bij de voorbereiding van dit themanummer. In deze bijdrage zal ik in antwoord op die vraag ten eerste (nogmaals⁴) in paragraaf 2 betogen dat dit inderdaad het geval is. Omdat ik die koers kies (beter wellicht: keuze maak), ben ik vervolgens gedwongen om de andersluidende lagere rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak – waarin de nieuwe koers expliciet afgevoerd wordt door de Rechtbank Den Haag – nader te bezien. Dat doe ik in paragraaf 3. Aangezien de *Greenworld*-zaak uiteindelijk geen onrechtmatige rechtspraak maar een zaak

van arbitrale aansprakelijkheid betrof, dien ik ook te bespreken wat dan de mogelijke invloed op de nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest van 30 september 2016.⁵ Ik zal in paragraaf 4 betogen dat de Hoge Raad in dat laatste arrest de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid licht versoepeld heeft, zodat de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak (opnieuw) iets eenvoudiger bereikbaar is geworden.⁶

2. De betwiste status van het *Greenworld*-arrest

2.1 Startpunt: *Hotel Jan Luyken* en de rechtspraak sindsdien tot 2009

Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat, als bekend, over de mogelijkheid om na een vermeende rechterlijke fout de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in te roepen. De mogelijke onrechtmatigheid schuilt dan hierin dat de rechter een (beroeps)fout gemaakt heeft in de oorspronkelijke (onderliggende) rechterlijke procedure. Dat kan een civiele procedure tussen twee particuliere partijen betreffen, maar uiteraard kan de rechter ook de fout in gaan gedurende een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure, waarbij het verschil dan is dat in die gevallen de wederpartij van de klager de overheid zal zijn (grofweg: het Rijk, of een onderdeel daarvan, de provincie, de gemeente of het Openbaar Ministerie), terwijl de fout ook, ongeacht het type procedure, zou kunnen liggen in het (niet of verkeerd) toepassen van Europeesrechtelijke regels.⁷

De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat (en dus niet van de rechter in persoon⁸) voor het handelen van een rechter

5 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215; RvdW 2016/1005 (*QNOW*).

6 Ik besteed dus nauwelijks aparte aandacht aan de *Köbler*-rechtspraak (HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160) van het Hof van Justitie van de EU (en de daarna volgende uitspraken, zoals HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*)) of aan de vraag of die rechtspraak de Nederlandse rechter wellicht dwingt om (alsnog of opnieuw) van koers te veranderen. Zie daarover wel nog par. 2.3 in fine en par. 2.4. hierna, alsmede *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/127, met verdere verwijzingen, en verder met name de bijdrage van Ortlep en Widdershoven (O&A 2017/35).

7 Het heeft er alle schijn van dat de laatste tijd juist daar vaak de pijn zit.

8 Ik ga in deze bijdrage nagenoeg geheel voorbij aan de (vrijwel niet-bestaande) persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter in kwestie. Zie art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra 1997). In art. 42 lid 1 Wrra 1997 is bepaald dat een rechter niet (persoonlijk) aansprakelijk is jegens een derde voor schade die hij bij de vervulling van zijn ambt toebrengt; in dat geval is dus enkel de Staat (potentieel) aansprakelijk jegens die derde. In art. 42 lid 3 Wrra 1997 is nog nader (en in het algemeen) bepaald dat de rechter niet aansprakelijk is (noch jegens derden, noch jegens de Staat) voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak, derhalve de gevallen die in dit artikel centraal staan. Voor schade veroorzaakt door een rechter die niet het gevolg is van een uitspraak (maar wel onder de vervulling van zijn ambt vallen), is de rechter ook niet aansprakelijk jegens de Staat, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, aldus art. 42 lid 2 Wrra 1997. Het betreft hier dus de beperkte interne regresmogelijkheid van de Staat tegenover de rechter en dus geen externe aansprakelijkheid van de rechter.

1 Prof. mr. I. (Ivo) Giesen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall), het Montaigne Centrum voor conflictoplossing en rechtspleging en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

2 HR 4 december 2009, NJ 2011/131 (*Greenworld*).

3 HR 3 december 1971, NJ 1972/137 (*Hotel Jan Luyken*).

4 Paragraaf 2 van deze bijdrage is, in uitgewerkte en geactualiseerde vorm, gebaseerd op I. Giesen, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginzelen van burgerlijk procesrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 117 e.v.

wordt van oudsher in Nederland als zeer beperkt gezien, maar het is niettemin onder voorwaarden mogelijk dat de Staat aansprakelijk is voor de fouten van rechters. Blijkens het – in elk geval tot 2009, zie hierna – richtinggevend arrest van de Hoge Raad uit het begin van de jaren '70 van de vorige eeuw, zijn er twee cumulatieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan.⁹ Ten eerste zijn bij de voorbereiding van de beslissing door de rechter zo fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en ten tweede mag er geen rechtsmiddel meer openstaan of open hebben gestaan.

Het ligt hierbij voor de hand te veronderstellen dat bij een geconstateerde schending¹⁰ van art. 6 EVRM aan de eerste eis voldaan zal zijn. Toch is er zelfs in die gevallen niet zonder meer reden om van een succesvolle vordering uit te gaan, want de Hoge Raad is altijd zeer terughoudend geweest bij de toekenning van een vergoeding.¹¹ Zo betekent de schending van, bijvoorbeeld, het motiveringsbeginsel of de redelijke termijn niet dat de civiele procedure niet eerlijk was. Alleen bij schending van het vereiste van 'fair trial', in de zin van hoor en wederhoor, en bij een inbreuk op de onpartijdigheid van de rechter, biedt de rechtspraak kansen voor een succesvolle claim.¹² Met andere woorden: het enkele feit dat de rechter een fout heeft gemaakt, is – vooralsnog althans – onvoldoende. De reden en achtergrond van deze terughoudendheid moet onder andere hierin gezocht worden dat de Hoge Raad de klagende procespartij niet nog een extra kans op een (nieuwe) beoordeling van de (oorspronkelijke) zaak, maar dan in een nieuw geding, wil geven. *Lites finire oportet*. Bovendien wil de Hoge Raad voorkomen dat langs deze weg het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt ondergraven.¹³

Deze civielrechtelijke¹⁴ terughoudendheid blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁵ Zo stond in *Franklin/Nederlandse Antillen*¹⁶ de vraag centraal of de (toenmalige) Raad van Beroep in Ambtenarenzaken in een procedure over de vordering van Franklin tot vernietiging van diens ontslagbesluit, onrechtmatig gehandeld had wegens veronachtzaming van zulke fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kon worden gesproken, conform de maatstaf uit *Hotel Jan Luyken*. Als grond daarvoor werd door Franklin aangevoerd dat zijn pleidooi na enige tijd werd afgebroken, omdat er niet meer tijd beschikbaar was. Het gerechtshof heeft deze klacht verworpen; de pleitnotities zijn door Franklin overgelegd zodat de ambtenarenrechter kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan. In cassatie stelt de Hoge Raad dat het middel kennelijk ertoe strekt te betogen:

“dat het beletten van een procespartij ‘om een pleidooi waarmee deze partij is aangevangen, verder voort te zetten en te voltooien’ oplevert veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel bij de voorbereiding van de beslissing dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kan worden gesproken, ook als vaststaat dat de rechter kennis kan nemen van de inhoud van pleitnotities aan de hand waarvan de pleiter zijn pleidooi wenste voort te zetten, en dat die procespartij niet voornemens was mondeling zaken naar voren te brengen die niet in de pleitnotities zijn vermeld. Dat betoog kan niet als juist worden aanvaard.”

Hier strandt de vordering dus al op het feit dat er geen sprake is van een veronachtzaming van een rechtsbeginsel. In de zaak *S./Staat*¹⁷ zat S. enige tijd ten onrechte in voorlopige hechtenis. Hij wil vergoeding van de schade die daardoor geleden is, op grond van art. 89 Sv, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard. Dat oordeel is onjuist en dus meent het gerechtshof in de civiele zaak die volgt dat de rechter eerder een onjuiste beslissing heeft gegeven bij de voorbereiding waarvan fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden en dat dus de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. De Hoge

9 Zie HR 3 december 1971, NJ 1972/137 (*Hotel Jan Luyken*).

10 Voor zover die constatering stamt van het EHRM zelf, zal meteen ook aan de tweede eis voldaan zijn, want de nationale rechtsmiddelen moeten immers in de regel al uitgeput zijn alvorens de klager zich tot het EHRM kan wenden.

11 Zie bijv. ('vrijwel geen kans van slagen') S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.B. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 212, alsmede p. 213; V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 468 ('vrijwel nihil'), en A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 385 ('weinig kansrijk'). Voor schendingen van de redelijke termijn geldt inmiddels echter een ander regiem, zoals bekend, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29279, 28, p. 4.

12 Zie P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 155 en p. 255, met verwijzingen; hij pleit voor verruiming. In de genoemde gevallen moet ook nog aan de tweede eis voldaan zijn, hetgeen de kansen verder verkleint, zie ook Kortmann e.a. 2001, p. 214.

13 Dat op deze argumenten veel is af te dingen blijkt bijv. uit de *Köbler*-rechtspraak (HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160) van het Hof van Justitie van de EU.

14 Strafrechtelijk is er enige ruimte gecreëerd (om het stelsel van rechtsbeginselen te doorbreken) in HR 1 februari 1991, NJ 1991/413 (*Mededaders*) waarin overwogen werd dat de beslissing van een strafrechter niet via de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad tot onderwerp van een nieuw geding gemaakt mag worden, tenzij een uitspraak van het EHRM waarmee de strafrechter geen rekening heeft kunnen houden, ertoe noopt te concluderen (en dat ook niet voor redelijke twijfel vatbaar is) dat de beslissing in strijd met de eis van een eerlijke behandeling tot stand is gekomen. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/389. Door invoering van de strafrechtelijke herroepingsmogelijkheid van art. 457 Sv zou deze route via de burgerlijke rechter 'afgesloten' zijn, vgl. T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', NJCM-Bull. 2006, p. 57.

15 Voor een overzicht van de rechtspraak, zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/385-390, alsmede (zeer uitvoerig en historisch) T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldmond', in: R. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 180-189.

16 HR 26 februari 1988, NJ 1989/2 (*Franklin/Nederlandse Antillen*).

17 HR 29 april 1994, NJ 1995/727 (*S./Staat*).

Raad casseert. Hij stelt de eigen norm voor onrechtmatige rechtspraak voorop¹⁸ en oordeelt dan:

“Ook indien het Hof te Amsterdam over het hoofd zou hebben gezien dat het verzoek mede door S. was ondertekend, of indien het zou hebben geoordeeld dat de medeondertekening door S. onvoldoende was om het door diens raadsman ingediende en ondertekende verzoek als ontvankelijk aan te merken, heeft dit Hof weliswaar een onjuiste beslissing gegeven, maar kan niet worden gezegd dat bij de voorbereiding daarvan dergelijke rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. In zijn arrest heeft het Hof – dat ook niet nader aangeeft welke fundamentele rechtsbeginselen naar zijn inzicht zouden zijn veronachtzaamd – dit miskend.”

Niet elke fout van een rechter is een onrechtmatige daad, zoveel is wel duidelijk. Dat het echter ook anders kan lopen, blijkt uit de (van oorsprong strafrechtelijke) zaak *Staat/M.*¹⁹ Daarin werd betoogd dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit de onrechtmatig gebleken rechtspraak van de nationale rechter, waarbij enkele in art. 6 EVRM vervatte fundamentele rechtsbeginselen jegens M. zijn geschonden. Die zaak was in zoverre bijzonder dat de Staat (bij de Hoge Raad) niet meer bestreed dat er sprake is geweest van onrechtmatige rechtspraak, terwijl als uitgangspunt had te gelden, gezien een uitspraak van het EHRM in deze kwestie, dat vaststaat dat bij de strafrechtelijke veroordelingen sprake is geweest van een schending van art. 6 EVRM omdat die veroordelingen berustten op verklaringen van anonieme getuigenissen door politieambten. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, ‘dat zich hier de uitzonderlijke situatie voordoet dat de veroordeling van M. c.s. is tot stand gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1, eerste zin, EVRM (...)’. De Raad geeft daarmee dus zelf opnieuw aan dat aansprakelijkheid uitzonderlijk is, hoewel niet geheel en al uitgesloten.

Tot besluit wijs ik nog op het arrest van de Hoge Raad inzake *Stelling/Staat*.²⁰ In die zaak bepleit de eiser dat het hem er niet om gaat dat de uitspraak van de bestuursrechter onrechtmatig in de hiervoor besproken zin is of zou kunnen zijn, maar dat de rechtbank in dit geval op andere wijze onrechtmatig handelde, namelijk door hem als procespartij te minachten (o.a. door stukken niet te lezen, althans daaraan voorbij te gaan, door stellingen te passeren en door partijdig

te zijn). Hier probeerde de eiser dus de klip van het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak te ontwijken en omzeilen, vanwege voornoemde terughoudendheid. De Hoge Raad ging daarin echter niet mee, en sloot deze sluiproute af conform de eigen rechtspraak sinds 1971, want dit soort klachten moet een procespartij in de lopende procedure met een gewoon rechtsmiddel trachten te herstellen, ook al voelt iemand zich persoonlijk gekrenkt. Ook deze uitspraak toont de starheid van het leerstuk, althans tot dan toe.

2.2 Is deze lijn in de rechtspraak te handhaven?

Een belangrijke vraag die in verband met deze zeer terughoudende lijn in de rechtspraak rijst, is of die hoogstrechtelijke vasthoudendheid (nog) te verenigen is met de eisen die art. 13 EVRM stelt. De hoofdlijn daaruit is, kort gezegd,²¹ dat het mogelijk moet zijn om voor een nationale autoriteit te betogen (op inhoudelijke gronden) dat het EVRM geschonden is, en dat, als die stelling geaccepteerd wordt, er ook een effectieve remedie voorhanden moet zijn. Bedoeld is dan een remedie die de schending kan voorkomen, beëindigen of de schade kan redresseren. Soms volstaat daarbij de mogelijkheid van een schadevergoeding achteraf, maar soms ook niet; en soms bestaat er een voorkeur voor het voorkomen van schade. En als schadevergoeding achteraf een optie is, moet deze mogelijkheid wel praktisch te realiseren zijn (geen ‘improper legal obstacles’) want de tijdige betaling van compensatie is een essentieel element van een afdoende remedie.²²

Daaruit volgt mijns inziens dat het bestaan van het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak, zoals dat op basis van de rechtspraak uit 1971 in Nederland ingericht is, op zichzelf niet zonder meer afdoende is. Het enkele feit dat iemand achteraf de Staat kan aanspreken tot vergoeding van de geleden schade op grond van een onrechtmatige daad, vormt immers op zichzelf nog geen voldoende effectief rechtsmiddel als daaraan (te veel) juridische obstakels verbonden zijn. En dat is op dit terrein nu typisch het geval, zoals uit het voorgaande gebleken is, omdat de eisen voor het kunnen aanvaarden van onrechtmatige rechtspraak erg strikt zijn, zodat de aanvaarding van aansprakelijkheid een zeer uitzonderlijke uitkomst zal zijn.²³ Ik meen dan ook dat de terughoudendheid die in elk geval tot de uitspraak in de *Greenworld*-zaak in Nederland leidend was, niet langer kan blijven bestaan.²⁴

21 Zie nader Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/103-104.

22 O.a. EHRM 10 september 2010, Appl.No 31333/06 (*McFarlane/Ierland*), § 108.

23 Naast het voorgaande spelen bijv. ook nog causaliteitsproblemen, maar daar ga ik in deze bijdrage niet nader op in, zie Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/132-133.

24 Zo ook bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/390; Smits 2008, p. 155 en 255, alsmede in meer algemene zin (en veel ruimer) Van Bogaert 2005, p. 467 e.v., en M. Freudenthal e.a., ‘Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging’, in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, Intersentia: Antwerpen 1998, p. 268. Zie ook Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1, en Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13-6-2006, C-173/03), JB 2006/182, onder nr. 4; Verheij stelt ook voor (nr. 5) om de verruimde aansprakelijkheid door te trekken richting schendingen van het EVRM. Zie ook (voorzichtig) R. Meijer, ‘Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?’, MvV 2010, p. 14.

18 Met een verwijzing naar HR 8 januari 1993, NJ 1993/558 (*R./Staat*). Daarin ging het vooral over het stelsel van rechtsmiddelen: ‘Het is onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in medische tuchtzaken, als neergelegd in de Medische Tuchtwet, dat degene aan wie door de medische tuchtrechter een maatregel als bedoeld in art. 5 van die wet is opgelegd, de gelegenheid zou hebben langs de weg van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tegen de Staat de juistheid van de beslissing van de medische tuchtrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot deze beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen’.

19 HR 18 maart 2005, NJ 2005/201 (*Staat/M.*). Hof Den Haag 5 juni 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF9801, had voordien een schadevergoeding toegekend.

20 HR 17 december 2004, NJ 2005/68 (*Stelling/Staat*).

De Minister van Justitie lijkt dat standpunt overigens te delen, met alle voorzichtigheid die de minister daarbij past. Hij overwoog immers dat de uit het *Köbler*-arrest voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding:²⁵

“zal mogelijk aanleiding geven om de criteria die worden gehanteerd bij de vraag of schadevergoeding wordt toegekend in geval van onrechtmatige rechtspraak minder stringent toe te passen. Mogelijk zal deze ontwikkeling in het algemeen een verruimend effect hebben op de criteria op grond waarvan wordt beoordeeld of er sprake is van onrechtmatige rechtspraak.”

En inmiddels heeft het er alle schijn van, zo blijkt in de volgende paragraaf, dat ook de Hoge Raad hiermee aan de slag is gegaan en dat hij van koers is veranderd.²⁶

2.3 De zaak Greenworld

Deze nieuwe koers – waarbij een minder terughoudend criterium voor het kunnen aanvaarden van aansprakelijkheid is aanvaard – werd ingezet door de Hoge Raad in de zaak *Greenworld/NAI*, bij arrest van 4 december 2009.²⁷ Dit arrest gaat over de eventuele aansprakelijkheid van een arbiter, dus geen overheidsrechter, maar in deze zaak heeft de Hoge Raad naar mijn oordeel bewust en consequent de parallel met de eventuele aansprakelijkheid van de overheidsrechter opgezocht en ook uitgewerkt. Vervolgens heeft de Raad die (scheids)rechterlijke aansprakelijkheid anders beoordeeld (in de zin van: ‘eerder bereikbaar’) dan we voorheen ten aanzien van rechterlijke aansprakelijkheid gewend waren. Daarmee werd – in elk geval impliciet – geoordeeld²⁸ dat de maatstaf zoals die voor arbiters is vastgelegd in deze uitspraak, ook voor onrechtmatige overheidsrechtspraak geldt. En die maatstaf is dus ‘lichter’ dan de oude norm uit het arrest uit 1971, zodat de aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van een rechter *verruimd* lijkt te zijn.²⁹ De Hoge Raad beslist eerst in r.o. 3.5 van het arrest immers, de parallel trekkend tussen arbitrage en rechtspraak, dat:

“ten aanzien van beide vormen van rechtspraak [moet] worden aanvaard dat slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen. (...) Het is immers niet zo dat slechts één uitspraak betreffende een tussen partijen gerezen geschil de juiste kan zijn. Dat na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, behoeft niet te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, maar kan het gevolg zijn van herstel van een processuele fout, of van een andere presentatie door partijen of beoordeling door de rechter van het voorgelegde geschil of het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex, of zelfs van een minder juiste beoordeling door de hogere rechter. (...) Ook de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen (...) noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten.”

De (nieuwe) norm voor eventueel onrechtmatig handelen, luidt dan als volgt:

“3.6 Het voorgaande neemt niet weg 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.”

Op zichzelf is het opmerkelijk – en op het eerste gezicht niet direct voor de hand liggend – dat de Hoge Raad een zaak over de aansprakelijkheid van arbiters benut om de eigen rechtspraak inzake onrechtmatige rechtspraak aan te scherpen.³⁰ Dat kon echter alleen op deze wijze, omdat over onrechtmatige rechtspraak zelden geprocedeerd wordt aangezien procederen vrij kansloos was onder de strenge ‘oude’ norm van de Hoge Raad.³¹ De Raad moest deze gelegenheid dus wel te baat nemen om ‘om te gaan’, althans om ‘bij te sturen’. Ik schreef hiervoor ‘omgaan’, maar er wordt stevig gestreden over de vraag of dit arrest inderdaad een omwenteling betekent. Vranken gaat er zonder meer vanuit dat de Hoge Raad zijn koers verlegd heeft, net als Kortmann (later met Ernste), Brandsma, Fernhout, Van Schaick en Asser.³² Barkhuysen en Van Emmerik noemen het arrest *Hotel Jan Luyken* echter

25 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29279, 28, p. 4.

26 Ik doel hier niet op deze bijdrage verder ook niet besproken, rechtspraak van de Hoge Raad (HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*)) inzake de schending van het redelijke termijnvereiste van art. 6 EVRM, waarover o.a. *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/417-420, met verdere verwijzingen.

27 HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*). Zie ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 187-189.

28 De verbinding die de Hoge Raad legt met het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak is overigens wel heel expliciet.

29 Zie de noot van Vranken in *NJ* 2011/131, nr. 5, hoewel hij zelf meent dat de verruiming niet ver genoeg gaat (zie nr. 12) vanwege de gedeeltelijke immuniteit die (ook) onder de nieuwe standaard nog resteert, en zie Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1. Ter toelichting nog: voor sommige procedurele (art. 6 EVRM-)fouten (bijv. hoor en wederhoor-schendingen) kan het nieuwe criterium (van, kort gezegd, ‘grove miskenning’, waarover hierna meer) wellicht iets strikter uitpakken, maar na het nog te bespreken QNOW-arrest valt ook dat nog maar te bezien; vandaar mijn conclusie dat de aansprakelijkheid onder *Greenworld* (als we inderdaad accepteren dat dit arrest de nieuwe norm stelt) verruimd is. Voor redelijke termijn-schendingen geldt overigens een ander, nog welwillender regiem, sinds het *De Bilt*-arrest (HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525) en de daaraan voorafgaande EVRM-rechtspraak, maar dat type schendingen vormt inmiddels sowieso een compleet eigenstandige categorie van overheidsaansprakelijkheidszaken.

30 Aldus Vranken in zijn noot in *NJ* 2011/131, nr. 1 en nr. 16-17.

31 Zo ook A.C. van Schaick, ‘Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten’, in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107.

32 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld/NAI*), nr. 1 en nr. 16-17; de noot van Kortmann in *JOR* 2010/150 en van Kortmann/Ernste in *JOR* 2016/324; F. Brandsma, ‘There have never been enough heroes to go around’, *AA* 2014, p. 117; F. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2011/2191, p. 2696 e.v.; Van Schaick 2013, p. 107 (die overigens een nog ruimere maatstaf bepleit); Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

nog maatgevend, althans menen dat de Hoge Raad zich nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, en Lindenbergh is terughoudend.³³ Meijer stelt expliciet – en zo ook de lagere rechtspraak (zie hierna³⁴) – dat de Hoge Raad de lijn uit zijn ‘oude’ rechtspraak niet heeft verlaten omdat de kernoverwegingen uit het arrest van 2009 alleen op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter zelf, en niet op de aansprakelijkheid van de Staat, zouden zien.³⁵ Ernste sloot zich daarbij in eerste instantie nog aan,³⁶ net als – tot voor kort – Hartkamp en Sieburgh; die laatsten lijken inmiddels echter te zijn ‘omgegaan’.³⁷

Mijns inziens is het standpunt van Meijer onjuist,³⁸ want dan zou de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter, als jegens hem regres zou kunnen worden uitgeoefend (hetgeen overigens uitgesloten is als het om een fout in een rechterlijke uitspraak gaat, zoals Meijer, Fernhout en Vranken terecht stellen, zie art. 42 lid 3 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra 1997)), strikter zijn dan de aansprakelijkheid van de Staat. Immers, in dat geval (persoonlijke aansprakelijkheid) zou ‘slechts’ aan het nieuwe, lichtere criterium uit 2009 voldaan hoeven zijn en niet meer aan de zwaardere norm uit 1971 die voor de Staat wel geldt. Dat kan, zeker in het licht van genoemd derde lid, niet juist zijn.³⁹ Bovendien is die focus op de (scheids)rechter, en niet op de Staat, logisch in dit arrest dat immers in de kern over een arbiter (en dus zeker niet de Staat) gaat, terwijl ook bedacht moet worden dat voor aansprakelijkheid van de Staat (in plaats van de rechter persoonlijk) wegens onrechtmatige rechtspraak natuurlijk wel een (gekwalficeerde) fout van een individu, de rechter, nodig is. Die onderliggende ‘fout’ (gedraging) van de rechter, welke nodig is om bij de aansprakelijkheid van de Staat uit te komen, wordt beoordeeld conform de lijn die ook voor arbiters (in persoon) geldt. Los van dit alles valt niet in te zien waarom de Hoge Raad zich zoveel moeite zou getroosten om in een zaak over arbitrale aansprakelijkheid consequent (maar voor die zaak overbodig) de parallel met onrechtmatige rechtspraak te trekken, als daar niet een groter plan achter zou steken. Dat plan is dan om de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te hervormen, althans daartoe een voorzet te doen. De Hoge Raad weet natuurlijk ook dat het zo breed

opzetten en ruim formuleren van de dragende rechtsoverwegingen tot reacties en vragen in de literatuur zal leiden, dus als hij reuring op dit punt had willen voorkomen was een beperking tot de (enkele) aansprakelijkheid van arbiters op zijn plaats, en voor de hand liggend, geweest. Los daarvan: omdat het arrest zeker geen vergissing (verschrijving) is, dat is voor iedereen duidelijk, resteert mijns inziens als uitleg voor de reikwijdte van dit arrest de optie dat de Hoge Raad hier zijn zaaksoverstijgende ambities heeft laten zien. De mijns inziens bewust door de hoogste rechter gekozen – en door een groot deel van de doctrine gedragen⁴⁰ – aanscherping ten opzichte van de ‘oude’ rechtspraak zit vervolgens hierin dat met het nieuwe criterium (‘opzet of bewuste roekeloosheid’, dan wel ‘kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling’) de ‘oude’ beperking tot gevallen waarin fundamentele beginselen geschonden zijn, is vervallen. Bovendien gaat het niet langer alleen maar om fouten ‘bij de voorbereiding’ van een uitspraak, zoals onder de oude norm gold.⁴¹ Ook de inhoudelijke juistheid van de uitspraak kan nu dus getoetst worden, waarmee overigens niet meteen gezegd is dat als de hogere rechter van mening verschilt over wat het recht behelst, de lagere rechter dan onrechtmatig handelde.⁴²

Ik merk verder nog op dat over het ‘uitputten van rechtsmiddelen’ ook niet meer gesproken wordt als het om de nieuwe maatstaf gaat, maar dat eerder in het arrest al wel over onjuistheid ‘na het instellen van een rechtsmiddel’ wordt gerept, en in de gekozen maatstaf gesproken wordt over een ‘vernietigde’ uitspraak, zodat een vordering op grond van onrechtmatige rechtspraak niet meteen kansrijk lijkt te zijn als niet eerst in de oorspronkelijke zaak het eigenlijke geschil is uitgeprocedeerd door aanwending van een rechtsmiddel.⁴³

Dit roept bovendien de vraag op of de ‘vernietiging’ van de onderliggende rechterlijke uitspraak een harde voorwaarde is voor toepassing van de *Greenworld*-norm. Het heeft er op zich alle schijn van dat dit inderdaad het geval is (tenzij de Hoge Raad in zijn uitspraak alleen zou hebben gerefereerd aan de ‘vernietigde uitspraak’ omdat het in casu ‘toevallig’ om een vernietigd arbitraal vonnis ging). Daarbij dient dan echter wel bedacht te worden dat de uitspraken van onze hoogste rechters (in puur nationale zaken) niet vernietigd kunnen wor-

33 Zie (voorheen nog) T. Barkhuysen & M.L. Van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 34, resp. (van nadien) Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 187 en 189; S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 102, noot 7 aldaar.

34 Vgl. o.a. Rb. Den Haag 25 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432; Rb. Den Haag 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14565; Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, en Hof Den Haag 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230. Ik ga daar in paragraaf 3 nog nader op in.

35 Meijer 2010, p. 14.

36 P.E. Ernste, ‘De aansprakelijkheid van de bindend adviseur’, *Trema* 2013, p. 13.

37 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/386 (‘aan zijn rechtspraak vastgehouden’) met inmiddels Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/386 (‘nieuwe en ruimere criteria’).

38 Zo ook bijv. Fernhout 2011, p. 2698, en de eerder genoemde literatuur.

39 Zo ook al J.F.M. Jansen, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter’, *NJB* 2008/963, p. 1217-1218. Over genoemde bepaling o.a. Van Bogaert 2005, p. 242 e.v. en A.J. Verheij, ‘Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?’, in R.J.B. Schutgens e.a., *Immuniteten, Handelings Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-I*, Deventer: Kluwer 2013, p. 67-69.

40 Aldus de meeste al aangehaalde schrijvers, alsmede specifiek nog T. Barkhuysen, ‘Onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2012/1466, p. 1777; Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 196-197 (rechtszoekende mag niet opdraaien voor kennelijke fout van rechter), en Van Bogaert 2005, met name p. 425-426 (wenselijk en noodzakelijk) en p. 440.

41 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*), nr. 16; Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1, verwijst ook naar ‘nieuwe en ruimere criteria’.

42 Dat volgt uit de in HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*) neergelegde maatstaf voor aansprakelijkheid van (scheids)rechters, herhaald en verijnd in HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215 (*QNOW*), waarover par. 4 hierna, en tevens uit de terughoudendheid die bij de mogelijke aansprakelijkheid van bindend adviseurs geldt, zie HR 15 juni 2012, *NJ* 2015/155 (*PWC/Veldhuyzen van Zanten*) r.o. 3.5.3.

43 Dat feit reduceert de kansen op (en dus ook de zorgen over) een veelvoud aan succesvolle claims wegens onrechtmatige rechtspraak natuurlijk aanzienlijk, bijv. omdat de schade door het appel of cassatieberoep al is weggenomen of omdat de juridisch te bewandelen weg dan simpelweg te lang wordt voor de betrokkenen. Deze voorwaarde kan overigens gaan ‘knellen’ t.o.v. de Unierechtelijke eisen, zie de tekst hierna.

den, zodat aansprakelijkheid in die gevallen dan meteen ook (weer) uitgesloten zou zijn. Dat is een gevolg dat – in elk geval in Unierechtelijke aangelegenheden – niet aanvaardbaar is. Immers, de mogelijkheid van vernietiging van een rechterlijke uitspraak mag niet in feite uitgesloten zijn als zo'n vernietiging als voorwaarde voor aansprakelijkheid wordt gesteld, aldus het Hof van Justitie.⁴⁴ Ik zou die lijn willen doortrekken naar de puur 'nationale' gevallen, juist om te voorkomen dat uitspraken van hoogste rechters immuun zouden zijn voor aansprakelijkheid op grond van de *Greenworld*-norm, en er in die gevallen dus teruggerepen zou moeten worden naar de zwaardere *Hotel Jan Luyken*-norm. Bovendien lopen de Unierechtelijke norm en de nationale norm(en) dan niet (opnieuw en nog steeds) uiteen. Dat de *Greenworld*-norm dus tevens toepasselijk is (althans: zou moeten zijn) op de hoogste rechters, past mijns inziens ook in de algemene lijn die de Hoge Raad in die zaak zelf heeft uitgezet.

2.4 Die nieuwe norm lijkt eerder EU-'proof' en EVRM-'proof'

Gegeven dat deze *Greenworld*-norm de nieuwe standaard is, zoals ik in deze bijdrage verder zal volhouden, laat zich sowieso en in bredere zin de vraag stellen hoe die nieuwe maatstaf dan op Unierechtelijke en EVRM-rechtelijke schaal scoort. In zijn *NJ*-noot onder het *Greenworld*-arrest vraagt ook Vranken zich af of de hier geformuleerde maatstaf wel helemaal strookt met die welke het Hof van Justitie aanlegt in zijn *Köbler*-rechtspraak.⁴⁵ Hij meent van niet, waardoor wij nog steeds twee maatstaven naast elkaar zouden moeten hanteren (één voor 'nationale' en één voor Europese' schendingen), hetgeen minst genomen onhandig is.⁴⁶ Daarbij is van belang dat uit onder meer het *Traghetti*-arrest⁴⁷ van het Hof van Justitie volgt dat, bij schending van het EU-recht door nationale rechterlijke instanties wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor gewone rechtsmiddelen, de nationale criteria die niet stroken met de formulering van de EU-regels in *Köbler*, niet geaccepteerd worden. Omdat die Europese norm aanhaakt bij de 'kennelijke schending' van het recht, zijn de door de Hoge Raad geformuleerde criteria van de 'grove miskenning' en van het 'opzettelijk of bewust roekeloos' handelen, niet acceptabel voor zover daarmee ten minste iets anders zou worden bedoeld dan een 'kennelijke schending';⁴⁸ dat is echter een vraag die nog niet eenduidig beantwoord is.⁴⁹ Zelf meen ik dat de Hoge Raad is

uitgegaan van een norm die – terecht⁵⁰ – probeert aan te haken bij de genoemde Europeesrechtelijke maatstaf, maar deze vervolgens wel in Nederlandse termen heeft uitgedrukt, hetgeen misschien wel niet zo'n gelukkige of voor de hand liggende keuze is geweest.⁵¹ Dat laat dan echter onverlet dat de nieuwe norm materieel wel eensluitend (bedoeld) is.

Los daarvan staat ook nog de vraag open of de nieuwe maatstaf aan de norm van art. 13 EVRM voldoet. Omdat die norm zelf met onzekerheid omgeven is,⁵² kan het antwoord op die vraag slechts tentatief gegeven worden. Maar wel lijkt duidelijk dat onder de nieuwe, mindere strikte maatstaf het nationale recht eenvoudiger in staat zal zijn om een schending van het EVRM te voorkomen of te beëindigen, dan wel – en met name – om in geval van een al gemanifesteerde schending 'appropriate redress' (schadevergoeding via het aansprakelijkheidsrecht) mogelijk te maken, hoewel de aansprakelijkheid gereserveerd blijft voor uitzonderlijke gevallen.⁵³ Daarbij dient naast het element van 'onrechtmatigheid' in enge zin overigens ook nog naar de overige vereisten voor aansprakelijkheid (schade, causaliteit) gekeken te worden teneinde de effectiviteit van de remedie 'in practice as well as in law' te kunnen beoordelen.

3. De feitenrechtspraak na *Greenworld*: tijd voor vragen aan de Hoge Raad!

Hiervoor heb ik (opnieuw) de lijn gekozen dat het arrest van 2009 de oudere lijn van rechtspraak (sinds 1971) heeft vervangen. Ik liet daarbij al doorschemeren dat de feitenrechtspraak die nieuwe lijn juist niet volgt. Dat vraagt om een nadere beschouwing. Ik doe dat door een tweetal recente uitspraken – aan enkele oudere uitspraken die recent al besproken zijn⁵⁴ ga ik voorbij – voor het voetlicht te brengen die exemplarisch zijn voor de consistente reeks van rechterlijke beslissingen van de Rechtbank Den Haag. Daaruit volgt glashelder dat die rechtbank wenst vast te houden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals vastgelegd in het

44 Zie HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*).

45 HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160 (*Köbler*).

46 Zie nr. 13-15 in zijn noot onder het *Greenworld*-arrest, NJ 2011/131. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/387-388, ten opzichte van het EVRM en het Unierecht, en Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

47 HvJ EG 13-6-2006, C-173/03, JB 2006/182 (*Traghetti*).

48 Zie ook Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13-6-2006, C-173/03, JB 2006/182), onder nr. 4, die erop wijst dat een nationale precisering of operationalisering van de *Köbler*-norm toegestaan is, maar geen hogere drempel mag opwerpen, zodat een nationale (wettelijke) regeling weinig zinvol is. Zie ook Van Schaick 2013, p. 114, die een nationale maatstaf bepleit (de redelijk handelende rechter) die de Europese maatstaf kan absorberen.

49 Meijer 2010, p. 14, lijkt beide standaarden gelijk te schakelen ('sluit beter aan' en 'zullen neerkomen op'); zie ook Fernhout 2011, p. 2699 ('lijken ongeveer hetzelfde uit te drukken'). Volgens Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/388, is de EU-norm minder streng.

50 Voor uniformering van de norm voor nationale en unierechtelijke zaken, pleiten ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 198. Zie verder de bijdragen van Barkhuysen & Van Emmerik (*O&A* 2017/34) en Ortlep & Widdershoven (*O&A* 2017/35).

51 De Unierechtelijke norm van 'voldoende gekwalificeerde schending' wordt naar Nederlands recht dan die van een 'grove miskenning', maar het is de vraag of die Nederlandse terminologie de lading dan wel volledig dekt. Dat ligt aan de wisselende invulling van de norm 'gekwalificeerde schending', waarbij er een onderscheid gemaakt moet worden naar de mate van beleidsvrijheid die de lidstaat geniet. De enkele schending van EU-recht volstaat als er geen 'discretion' bestond; als die er wel was, moeten alle omstandigheden afgewogen worden, en is beslissend of sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning, zie J. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 3e druk, Nijmegen: AAL 2011, p. 345-348; C.C. van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition, OUP: Oxford 2013, nr. 1805-1 e.v.

52 Zie Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/104, en bijv. HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*) hiervoor.

53 Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

54 Zie Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 189-191, die overigens ook constateren dat in Unierechtelijke kwesties de *Köbler*-norm wordt benut (doch vaak ook zonder succes). Ze bespreken o.a. Rb. Den Haag 25 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432; Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, en Hof Den Haag 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230. Van nadien dateert bijv. nog Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190, een Unierechtelijke kwestie waarin art. 47 Handvest Grondrechten EU en de *Köbler*-norm (zonder succes) werd toegepast.

arrest van 1971. Ik merk daarbij bij voorbaat op dat dit vasthouden aan de bestaande lijn op zich verdedigbaar is. De nieuwe lijn – die wat mij betreft gevolgd zou moeten worden, laat dat duidelijk zijn – is immers nog nergens dwingend neergelegd door de Hoge Raad en het precies bepalen wat nu de koers is, kost ook de literatuur tot nu toe de nodige hoofdbrekens en twijfels, met verdeeldheid als gevolg. In een dergelijke onduidelijke situatie wordt de keuze om de status quo (voorlopig) te handhaven een begrijpelijke (maar mijns inziens dus onjuiste) marsroute.

Het verrast dan ook niet om in een uitspraak van 9 november 2016, waarin de aanvaardbaarheid van de vrijwel totale procesgang in het kader van een kortgedingprocedure aan de rechtbank werd voorgelegd, het volgende te lezen:⁵⁵

“Over de zorgvuldigheid waarmee een rechterlijke beslissing is voorbereid, kan enkel door gebruik te maken van een door de wet ter beschikking gesteld rechtsmiddel worden geklaagd. Slechts indien bij de rechtsgang of 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 kan de Staat worden aangesproken.”

De vordering werd, na alle omstreken momenten uit de aan de orde gestelde procesgang besproken te hebben, afgewezen.

Hetzelfde gebeurt in een uitspraak van 1 maart 2017, waarbij de onrechtmatige rechtspraak die de Staat wordt verweten, ‘gepleegd’ is door de Raad van Discipline in een klachtzaak tegen de eiser (als advocaat). Interessant is hier dat de eiser expliciet een beroep deed op de *Greenworld*-norm, waar de Staat als verweerder de *Hotel Jan Luyken*-norm heeft ingeroepen, zodat de rechtbank uitdrukkelijk moest beslissen welk norm geldend recht is. In r.o. 4.5 volgt het verwachte antwoord:⁵⁶

“Uit het *Greenworld*-arrest blijkt niet dat het daarin opgenomen criterium ook betrekking heeft op aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad overweegt immers in r.o. 3.6 dat de Staat, indien hij met succes aansprakelijk is gesteld, op grond van artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren regres kan nemen op de betreffende rechter(s) wanneer deze met opzet of bewuste roekeloosheid heeft of hebben gehandeld. De aansluiting bij deze regres-regeling impliceert dat het door de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest geformuleerde aansprakelijkheids criterium zich beperkt tot de (persoonlijke) aansprakelijkheid van arbiters.”

De rechtbank volgt dus de redenering van Meijer, welke ik hiervoor in paragraaf 2.3 reeds bestreden heb. Daaraan voegt de rechtbank nog toe, in r.o. 4.6, dat het hierna nog

uitvoerig te bespreken *QNOW*-arrest geen aanknopingspunt biedt om daar anders over te denken. Dat oordeel gaat echter te kort door de bocht, zoals ik hierna nog zal betogen, omdat de Hoge Raad juist wel opnieuw de verbinding tussen arbitrage en overheidsrechtspraak legt.

Ik meen dus nog steeds dat het anders moet, maar begrijp ook wel dat een zoveelste (herhaalde) mening over dit thema de rechters in Den Haag niet zomaar zal overtuigen. Ik hoop echter wel dat de Rechtbank Den Haag inmiddels in zoverre aan het twijfelen is geslagen, of ten minste ziet dat er nog wel wat onduidelijkheid bestaat, dat ze openstaan voor een derde weg, een weg die op korte termijn tot klaarheid kan en zal leiden als de rechtbank daaraan wil meewerken. Die derde weg houdt dan in dat er bij de eerstvolgende gelegenheid waarbij staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak (in een niet door EU-recht bestreken geval) aan de orde is, een prejudiciële vraag op de voet van art. 392 Rv wordt gesteld aan de Hoge Raad. Dat is de snelste weg om eens en voor altijd op te helderen welke maatstaf leidend is, die van *Hotel Jan Luyken* of die van *Greenworld*.⁵⁷

4. Het vervolg: HR 30 september 2016 (*QNOW*)

4.1 Arbitrale lessen te leren

Als de Hoge Raad inderdaad, zoals hier verdedigd, in de *Greenworld*-zaak beoogd heeft om de rechtspraak inzake onrechtmatige rechtspraak om te buigen en van een nieuw, ruimer criterium te voorzien, waarbij dat criterium dan gelijk is gesteld aan het criterium dat voor arbitrale aansprakelijkheid is geaccepteerd, dan is het zaak om vervolgens ook de ontwikkelingen op dat laatste vlak van dichtbij te volgen. Toepassingen, verfijningen en wellicht zelf veranderingen in de rechtspraak over dat domein zijn dan immers rechtstreeks van belang – of dienen ten minste als inspiratiemateriaal – voor (toekomstige) gevallen van onrechtmatige rechtspraak. En dus is het zaak om de blik te richten op de laatste loot aan die stam, te weten het *QNOW*-arrest.⁵⁸ Dat blijkt een vruchtbare exercitie want dit arrest biedt de nodige inspiratie, althans stof tot nadenken, ook voor de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, en niet alleen omdat het onderhavige arrest de conclusie uit paragraaf 2 ondersteunt.

⁵⁵ Rb. Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13380, in r.o. 4.2.

⁵⁶ Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111.

⁵⁷ In Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190, werd het verzoek van eiser om een vraag te stellen (de *Hotel Jan Luyken*-norm was hier overigens niet aan de orde) nog afgewezen, zie r.o. 4.24: “Voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en/of het HvJ EU bestaat geen aanleiding. (...) Evenmin noopt de toepassing van het Nederlandse recht tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad omdat een antwoord op een rechtsvraag nodig is om op de eis te beslissen en rechtstreeks van belang is voor de beslechting van dit geschil.” Die motivering herhaalt helaas slechts de wettelijke voorwaarden voor het stellen van vragen (art. 392 Rv) zonder die voorwaarden dan in te vullen of de keuze nader te onderbouwen. Gegeven de ruime mogelijkheden die er zijn om vragen te stellen (zie I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*, Den Haag: Bju 2016), is er mijns inziens geen formeel beletsel om zulks te doen.

⁵⁸ HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215; *RvdW* 2016/1005 (*QNOW*).

4.2 De lessen uit het QNOW-arrest

De QNOW-zaak gaat over de mogelijke aansprakelijkheid van een arbiter tegenover een van de partijen bij een arbitrage. QNOW heeft aandelen verkocht en geleverd maar de contractuele wederpartij heeft daarna getracht die koop te vernietigen wegens dwaling en/of bedrog. Daarover is een arbitrageprocedure gevoerd, onder voorzitterschap van de verweerder in cassatie, de aansprakelijk gestelde arbiter. De drie arbiters hebben in de arbitrageprocedure bepaald dat QNOW nog bijna € 3,5 miljoen zou moeten krijgen, dat vonnis is ondertekend door de arbiter als voorzitter en vervolgens gedeponeerd bij de rechtbank. De wederpartij van QNOW heeft echter de vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd en deze ook verkregen bij de rechtbank en het gerechtshof omdat dit arbitrale vonnis niet door alle drie de arbiters getekend was, zoals art. 1057 lid 2 Rv eist. Daarna heeft QNOW via een procedure bij de rechtbank nog een deel van de oorspronkelijke koopprijs teruggekregen, maar een deel ook niet (dat deel was verjaard), en dat resterende bedrag wordt nu in de vorm van schadevergoeding van de arbiter gevorderd: deze heeft een beroepsfout gemaakt door niet alle drie de arbiters te laten ondertekenen en daarop toe te zien. De Rechtbank Limburg heeft die vordering echter afgewezen en het  Gerechtshof 's-Hertogenbosch bekrachtigde dat oordeel, m.r.o. 3.5, omdat in casu niet zou zijn voldaan aan de *Greenworld*-maatstaf.

In cassatie wordt ten eerste gesteld dat de *Greenworld*-maatstaf in dit geval niet geldt omdat een onderscheid gemaakt moet worden tussen een 'inhoudelijke beslissing' en een 'totstandkomingsgebrek', zoals in dit geval, waarin dan een andere, lichtere vorm van aansprakelijkheid zou gelden. A-G Rank-Berenschot⁵⁹ gaat in dat pleidooi mee, maar de Hoge Raad volgt die voorzet niet. Hij overweegt:

3.4.2 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. In rov. 3.5 van het hiervoor in 3.4.1 genoemde *Greenworld*-arrest is erop gewezen dat overheidsrechtspraak en de in Boek 4 Rv geregelde arbitrage op diverse punten met elkaar overeenstemmen. (mijn onderstr., IG) (...)

3.4.3 Hoewel het *Greenworld*-arrest betrekking had op een geval van vernietiging van een arbitrale uitspraak op inhoudelijke gronden en de motivering van het arrest vooral daarop is toegespitst, is er geen grond om de maatstaf van dat arrest te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden. In rov. 3.5 van het *Greenworld*-arrest is reeds gewezen op de mogelijkheid van vernietiging van een arbitrale uitspraak in verband met een processuele fout. Ook het niet (toezien op het) naleven van het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv is een zodanige fout. Er is geen grond om in dit verband een onderscheid te maken tussen enerzijds processuele fouten – of bepaalde processuele fouten – en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak. Ook bij de inhoudelijke beoordeling kunnen immers fouten worden gemaakt die geen verband houden met beoor-

delingsvrijheid, maar in meerdere of mindere mate kunnen worden gekwalificeerd als misslagen of omissies. De vraag naar de aansprakelijkheid voor dergelijke fouten dient steeds te worden beoordeeld naar de *Greenworld*-maatstaf, omdat die fouten samenhangen met de rechterlijke taak van arbiters. Ook de naleving van processuele voorschriften, inclusief die bij de afhandeling van een zaak, hangt met die taak samen. Mede omwille van de rechtszekerheid dienen alle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf."

Opvallend is allereerst dat de Hoge Raad hier nogmaals, ongevraagd en onnodig, de verbinding legt tussen arbitrage en overheidsrechtspraak door voorop te stellen dat hij zelf eerder al heeft aangegeven dat beide vormen van geschilbeslechting op punten overeenstemmen. Ik zie niet in hoe men die passage anders kan lezen dan als expliciete steun voor de gedachte, zoals verdedigd in paragraaf 2, dat het *Greenworld*-arrest ook ziet op – en dus wezenlijk is voor – het domein van de onrechtmatige rechtspraak.⁶⁰ Eveneens belangrijk is natuurlijk dat de Hoge Raad geen onderscheid wenst te maken tussen de verschillende typen van (scheids) rechterlijke fouten. '[A]lle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak [dienen] te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf', aldus de Hoge Raad, of het nu gaat om vormfouten of om inhoudelijke missers.⁶¹ Dat biedt helderheid voor de toekomst, helderheid die door het belang van de rechtszekerheid is ingegeven.

Het cassatiemiddel klaagt ten tweede over de toepassing door het gerechtshof van de gehanteerde maatstaf. Er is onvoldoende gemotiveerd dat niet is voldaan aan het criterium van 'kennelijk grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. Te dien aanzien had het gerechtshof als volgt overwogen:

"Ook kan het feit dat door welke omstandigheden dan ook de handtekeningen van twee van de arbiters ontbreken onder het bij de rechtbank gedeponeerde arbitrale vonnis, hoe ongelukkig dat ook is, niet leiden tot de conclusie dat is gehandeld met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt."

In antwoord op dat middel gaat de Hoge Raad dan eerst zijn bestaande criterium 'verfijnen' door middel van een 'vooropstelling' in r.o. 3.5.2:

60 In Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111, zoals besproken in paragraaf 3, is dit aspect miskend. Dit alles klemte eens te meer omdat dit twistpunt (geldt eventueel een andere maatstaf bij een totstandkomingsgebrek?) in appel eigenlijk al geen onderdeel van de rechtsstrijd meer was, zoals de A-G constateert in nr. 2.8. Dit punt had dus in cassatie ook zonder inhoudelijk oordeel afgedaan kunnen worden. Dat de Hoge Raad dat niet doet en het twistpunt dus wel expliciet beslist (door vervolgens nota bene de gevraagde verfijning van de lijn in de rechtspraak af te wijzen), duidt erop dat de Hoge Raad hier graag iets aan de rechtsgemeenschap wilde meegeven: hij grijpt de kans om dit leerstuk (inclusief de onrechtmatige rechtspraak) verder te ontwikkelen.

61 Met dien verstande dat blijkt r.o. 3.4.4 van het arrest 'bedrijfsfouten' hiervan uitgezonderd zijn. Ik ga daar nu aan voorbij.

59 Zie haar conclusie voor het arrest, in nr. 2.10-2.22.

“Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de maatstaf of is gehandeld met ‘kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ (hierna ook: grof plichtsverzuim) uitgaat van een lichtere graad van verwijtbaarheid dan de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, maar dat niettemin ook in eerstgenoemde maatstaf de nadruk erop ligt dat de betrokken arbiter een ernstig persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten kan worden gemaakt, zij het dat die verwijtbaarheid in zekere mate is geobjectiveerd. Of een arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval.” (mijn onderstr., IG)

Niet alleen wordt de verwijtbaarheid hier geobjectiveerd (en daarmee voor de rechter eenvoudiger toepasbaar en voor partijen eenvoudiger bewijsbaar gemaakt), ook valt op dat de Hoge Raad het criterium van de ‘kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ als het ware via de tussenstap van ‘grof plichtsverzuim’ ‘ombuigt’ naar een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ (welke norm dient te worden geobjectiveerd). Hierin ligt onmiskenbaar een verfijning, maar mijns inziens tevens een verlichting verscholen waardoor (scheids)rechterlijke aansprakelijkheid eerder aan de orde kan zijn dan voorheen.⁶² Gegeven die verfijning blijkt vervolgens dat het onderdeel slaagt, aldus r.o. 3.5.3:

“De verantwoordelijkheid van de voorzitter van een scheidsrecht om erop toe te zien dat het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv wordt nageleefd moet, mede getoet op de ernstige gevolgen van niet-inachtneming van dat voorschrift, worden aangemerkt als een wezenlijk onderdeel van diens taak. Een arbiter wordt geacht dit voorschrift te kennen. Tegen deze achtergrond kon het hof niet volstaan met de motivering dat aan de maatstaf voor aansprakelijkheid niet is voldaan indien ‘door welke omstandigheden dan ook’ de handtekeningen van twee arbiters onder het bij de rechtbank gedeponeerde arbitrale vonnis ontbraken.”

Verrassend was dat oordeel niet, omdat de motivering van het gerechtshof te mager was, wat in wezen niet verder ging dan een enkele, nogal cryptische zin, zoals hiervoor geciteerd.

Dat motiveringsgebrek maakt het lastig te beoordelen of de Hoge Raad de materiële uitkomst die het gerechtshof bereikt had (i.c. is er geen grof plichtsverzuim) wellicht ook afkeurt. Het enkele gegeven dat een arbitrale uitspraak wordt vernietigd, is daartoe uiteraard onvoldoende,⁶³ maar naar mijn inschatting is het niet laten ondertekenen van een arbitraal

vonnis niet zomaar een misser en grond voor vernietiging, maar een blunder eerste klas. Het zou dus zomaar kunnen dat de Hoge Raad hier (mede) casseert omdat de materiële uitkomst hem niet aanstaat. Hier was kennelijk wel sprake van een ‘kennelijke grove miskenning’, althans een grof plichtsverzuim, althans een (geobjectiveerd) ernstig persoonlijk verwijt.⁶⁴ Dat is leerzaam, en terecht, zo meen ik. Als het niet opvolgen van dit simpele gebod door een arbiter niet als zodanig kwalificeert, zullen er weinig andere fouten te bedenken zijn die wel als grof plichtsverzuim hebben te gelden. Ook los daarvan past dit oordeel overigens in de lijn waarin de Hoge Raad iets minder coulant lijkt te zijn voor arbiters (en de daarmee gelijk geschakelde overheidsrechters) als het om hun aansprakelijkheid gaat, zoals dat ook al bleek uit de verfijning van de aansprakelijkheidsnorm tot ‘grof plichtsverzuim’ en daarna ‘persoonlijk ernstig verwijt’, en uit de objectivering daarvan.

4.3 *Verder lesmateriaal: hulp bij de invulling van de open normen*

Voor de toekomstige toepassing van de open geformuleerde onrechtmatige rechtspraak-norm kunnen we inmiddels, zo blijkt, het nodige aan inspiratie putten uit vergelijkbare standaarden die in andere delen van het aansprakelijkheidsrecht worden gehanteerd. De eerste poot van de *Greenworld*-norm – opzet of bewuste roekeloosheid – refereert immers aan een maatstaf die in het aansprakelijkheidsrecht al langer in gebruik is, onder meer als het gaat om de maatstaf voor eigen schuld van de werknemer als verweer tegen de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW.⁶⁵ Belangrijker nog is dat de tweede tak van de *Greenworld*-norm, na het *QNOW*-arrest kort gezegd als een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ te duiden, sinds jaar en dag bekend is uit de wereld van de bestuurdersaansprakelijkheid.⁶⁶ Ik ga de invulling van die maatstaven in die onderscheiden rechtsgebieden hier niet nader uitwerken, maar wijs er wel op dat de bestaande nadere uitwerkingen, met voorbeelden uit de rechtspraak en doctrine van wat er wel en niet onder die normen te scharen valt, een prachtige bron vormt om uit te putten, zowel voor advocaten als rechters, als zich een geval van (scheids)rechterlijke aansprakelijkheid aandient. Die bronnen zullen de goede verstaander dan ook leren dat er echt wel iets bij komt kijken voordat aansprakelijkheid (van de Staat) daadwerkelijk geaccepteerd kan worden, zodat de mogelijke vrees voor een te ruime aansprakelijkheid een onterechte vrees is.⁶⁷

5. Afronding

In deze bijdrage is nogmaals verdedigd dat de Hoge Raad met het *Greenworld*-arrest uit 2009 afstand heeft genomen

62 Die ombuiging en verlichting blijkt mijns inziens uit de laatste zin waar de Raad stelt ‘Of de arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt...’ waarmee terugverwezen wordt naar het ‘ernstig persoonlijk verwijt’ in de zin ervoor terwijl het daarbij wel over het te hanteren criterium voor aansprakelijkheid gaat. Eerder pleitten Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 198, voor het ‘ernstig verwijt’ als nieuw (lichter) criterium.

63 Zie ook de conclusie voor het arrest, nr. 2.12, van A-G Rank-Berenschot.

64 Volgens de A-G zijn hierbij de aard en objectieve ernst van de gedraging belangrijker dan de verwijtbaarheid als zodanig, zie de conclusie voor het arrest, nr. 2.25.

65 Zie bijv. HR 20 september 1996, NJ 1997/198 (Barkhuysen/Hoondert).

66 Zie bijv. HR 5 september 2014, NJ 2015/22 (Services); HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Air) en HR 17 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:275; RvdW 2017/253 (port).

67 Zie ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 199.

van zijn eerdere standaardrechtspraak als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat, en dat de lagere rechtspraak die de nieuwe standaard nog niet omarmd heeft, dus onjuist is. Maar waarschijnlijk zijn eerst nog prejudiciële vragen aan de Hoge Raad nodig om deze kwestie definitief te beslissen.

Aangezien die *Greenworld*-zaak uiteindelijk een zaak van arbitrale aansprakelijkheid betrof, is tevens besproken wat dan de mogelijke invloed op die nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest dat ook betrekking heeft op de aansprakelijkheid van arbiters. Bevestigd is dat de Hoge Raad de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid met dat arrest lichtjes versoepeld heeft, zodat aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak inmiddels iets eenvoudiger bereikbaar is geworden. Doordat de criteria voor onrechtmatigheid in gevallen van onrechtmatige rechtspraak na dit arrest nauw aansluiten bij reeds bekende maatstaven uit andere delen van het aansprakelijkheidsrecht, is aldaar verdere inspiratie te halen als het gaat om de toekomstige toepassing van de regels van onrechtmatige rechtspraak.

Met dit totaalpakket aan maatregelen heeft de Hoge Raad de rechtspraak inmiddels een aardig eind op weg geholpen om het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak uit de vergetelheid te rukken en tot (enige) wasdom⁶⁸ te laten komen, zonder de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open te zetten. Wie zet nu de laatste stap?

⁶⁸ Vgl. de verzuchting van Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 179, over gebrek aan dynamiek op dit terrein.

Rechtsvergelijkend perspectief: staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in de lidstaten

O&A 2017/32

Voor het Nederlandse staatsaansprakelijkheidsrecht voor onrechtmatige rechtspraak wordt in dit O&A-themanummer een versoepeling bepleit. Meer concreet wordt de lans gebroken voor een betere aansluiting op dit terrein op de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europese Hof van de Rechten van de Mens. In dit licht is het interessant om het leerstuk van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak rechtsvergelijkend te bezien en de vraag te stellen hoe beperkt of ruim staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden in andere landen is. De lessen die door de rechtsvergelijking te leren zijn voor de verdere ontwikkeling van het staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden staan in deze bijdrage centraal. Daarbij wordt bezien of kan worden gesproken van een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden dat binnen de Europese Unie min of meer een algemene gelding heeft. In het verlengde daarvan ligt de vraag voor of het Nederlandse recht in dat opzicht een inhaalslag heeft te maken.

1. Ter inleiding: Een roep om Europeanisering

Met een blik op het Europese recht, wordt in de Nederlandse literatuur (ook door mij) reeds jaren gepleit voor een verruiming van het Nederlandse staatsaansprakelijkheidsrecht voor rechterlijk optreden.² In brede kring wordt met recht getwijfeld aan de consistentie en houdbaarheid van het nationale regime van zeer beperkte aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak zoals dat in de Nederlandse feitenrechtspraak tot op heden wordt toegepast.³ Daarbij wordt erop gewezen dat de Nederlandse maatstaf niet strookt met de maatstaf die het Hof van Justitie van de

Europese Unie (hierna: HvJ) aanlegt voor staatsaansprakelijkheid voor schending van het Unierecht door een rechterlijke instantie in laatste aanleg en eveneens op gespannen voet staat met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM) inzake het recht op effectieve nationale rechtsbescherming.⁴ Het moeten hanteren van verschillende maatstaven voor schending van nationaal recht respectievelijk Europees recht is op zijn zachts gezegd ongelukkig. De roep om spontane Europeanisering wordt dan ook luid gehoord, ook in dit O&A-themanummer. Deze roep wint aan kracht als men afgaat op de toon van het *Köbler*-arrest waarin de EU-maatstaf voor aansprakelijkheid voor een schending van Unierecht door een rechterlijke instantie in laatste aanleg voor het eerst werd geformuleerd. Daarin valt immers te lezen dat de toepassing van het beginsel dat de Staat aansprakelijk is voor rechterlijke beslissingen in de meeste lidstaten is aanvaard.⁵ Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Léger claimt in zijn conclusie voor dit arrest daarenboven dat uit zijn rechtsvergelijkende analyse volgt dat de staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van hoogste rechterlijke instanties als een algemeen beginsel van Unierecht kan worden beschouwd.⁶

Wordt de blik vervolgens op onze zuiderburen gericht, dan wordt de voornoemde roep nog eens versterkt. Zoals in de bijdrage van Carton en Lierman (O&A 2017/33) aan de orde komt, is de aansprakelijkheidsdrempel voor rechterlijke fouten in België niet alleen minder hoog dan in Nederland, maar heeft het Belgische Grondwettelijk Hof ook uitdrukkelijk gekozen voor spontane harmonisatie van de EU-rechtspraak.⁷ In het Belgische *Schaarbeek*-arrest van 2014 is immers geoordeeld dat ook zonder dat het Unierecht in het geding is rekening moet worden gehouden met de *Köbler*-rechtspraak van het HvJ bij de beantwoording van de vraag of een door de hoogste rechter begane fout een aansprakelijkheid scheppende kennelijke schending van het recht vormt.⁸

Dit schept het beeld dat Nederland ernstig achterloopt daar waar het gaat om aansprakelijkheid voor fouten van de rechter. Dat zou op zich opmerkelijk zijn, aangezien het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht algemeen bezien juist niet uit de pas loopt met andere rechtsstelsels – zoals ik samen met Ortlep in het vorige nummer van dit

1 Prof. mr. A.L.M. (Anne) Keirse is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Daarnaast is zij parttime raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam.

2 Zie onder veel meer V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 467 e.v.; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. Van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulanter compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 235-253; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond', in: R. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199; J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer, nr. 182; A.L.M. Keirse, 'The Netherlands', in: K. Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 320; 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 2015, nr. 390.

3 Zie ook de bijdrage van Giesen (O&A 2017/31).

4 Zie de bijdragen van Ortlep & Widdershoven (O&A 2017/35) en Van Barkhuysen & Van Emmerik (O&A 2017/34).

5 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*), par. 30.

6 A-G P. Léger in zijn conclusie voor HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), par. 85.

7 Naast de bijdrage van Carton en Lierman (O&A 2017/33): R. Ortlep, 'Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', AB 2016/157, p. 921-941; R. Ortlep, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten dan de rechter', NJB 2016/1038, p. 1491-1494.

8 Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, R.W. 2014-2-15, p. 1573-1582, m.nt. Van Oevelen.

tijdschrift heb geïllustreerd –⁹ en Nederland op het terrein van aansprakelijkheid voor de rechtmatige overheidsdaad – door mij samen met andere collega's – zelfs een voorloper is genoemd.¹⁰ Reden te meer dus om voornoemd beeld te toetsen en dat is precies de insteek van deze bijdrage.

In deze bijdrage wordt onderzocht hoe beperkt of ruim staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten in een belangrijk aantal andere lidstaten van de Europese Unie is.¹¹ Centraal staat de vraag welke lessen uit rechtsvergelijking kunnen worden getrokken voor de ontwikkeling van het staatsaansprakelijkheidsrecht inzake rechterlijke fouten. Beoogd wordt eventuele leidende beginselen die de Europese rechtsstelsels gemeen hebben voor het voetlicht te brengen. Tevens wordt belicht of en zo ja in hoeverre Europeanisering de regimes inzake onrechtmatige rechtspraak in andere lidstaten reeds hebben beïnvloed.

Hieronder wordt, in paragraaf 2, eerst in vogelvlucht de lijn die in Nederland is uitgezet, afgezet tegen de Europese lijnen. Zoals meer uitgebreid uit de andere bijdragen in dit O&A-themanummer blijkt, is de Nederlandse koers, in vergelijking tot de Europese, minder burgervriendelijk. Vervolgens wordt in paragraaf 3 de koers die het HvJ vaart bezien in het licht van de vermeende koers in de verschillende lidstaten. Meer specifiek gezegd, breng ik daarin de rechtsvergelijkende analyse waarop de rechtspraak van het HvJ rust voor het voetlicht. In paragraaf 4 worden de rechtsstelsels van een belangrijk aantal verschillende lidstaten nader onder de loep genomen en worden de reikwijdtes van de diverse staatsaansprakelijkheidsregimes voor onrechtmatige rechtspraak in kaart gebracht. Vervolgens wordt in paragraaf 5 onderzocht of deze nationale regimes, die sterk uiteen blijken te lopen, door de Europese koers worden beïnvloed. De afsluitende paragraaf 6 brengt de uitgezette lijnen bij elkaar en resumeert wat de rechtsvergelijking ons leert over de ontwikkeling van de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in ons land en daarbuiten.

2. De Nederlandse koers in het licht van de Europese koers

Inzake de staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden vaart Nederland een terughoudende koers. In bestendige rechtspraak is uitgemaakt dat de Staat in de regel niet aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak.

Sinds het standaardarrest van de Hoge Raad uit 1971 (*Hotel Jan Luyken*)¹² is het (in ieder geval tot 2009) vaste lijn (geweest) dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak, nu dit onverenigbaar zou zijn

met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en het beginsel van gezag van gewijsde.¹³ Schade die burgers door rechterlijke fouten lijden, blijft in Nederland aldus in beginsel voor eigen rekening. Deze regel lijdt slechts uitzondering als bij de voorbereiding van de uitspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat niet meer met recht kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak en tegen de uitspraak geen rechtsmiddel openstaat of heeft **opgestaan**. Mogelijk heeft de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest van 2009 een nieuwe uitzondering geïntroduceerd,¹⁴ die inhoudt dat de Staat met succes aansprakelijk kan worden gesteld voor een vernietigde rechterlijke beslissing of een beslissing in laatste instantie in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechter dan wel kennelijke grove miskenning door de rechter van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.¹⁵ Hierover wordt evenwel in de literatuur getwist.¹⁶ In de feitenrechtspraak wordt in ieder geval tot op heden vastgehouden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals in 1971 vastgelegd in het arrest *Hotel Jan Luyken*.¹⁷

Zelfs als de verruimde *Greenworld*-maatstaf geldt, dan nog betreft het een zeer restrictieve aansprakelijkheidsmaatstaf. Daarbij rijst de vraag of deze houdbaar is in het licht van de lichtere maatstaf die het Unierecht aanlegt voor aansprakelijkheid van een Staat voor een onrechtmatige beslissing van de hoogste rechter en de rechtspraak van het EHRM inzake het beginsel van effectieve rechtsbescherming bij schending van mensenrechten.

Buiten kijf staat in ieder geval dat daar waar een rechterlijke schending van het Unierecht door de hoogste rechter in het geding is, niet de Nederlandse maatstaf, maar de maatstaf van het Europese Hof van Justitie leidend is. Er bestaat immers een in het Unierecht verankerde aansprakelijkheid van de Staat indien een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie een regel van het Unierecht, die erop gericht is particulieren rechten toe te kennen, voldoende gekwalificeerd (kennelijk) heeft geschonden en causaal verband bestaat tussen de schending en de schade.¹⁸ Terwijl dus een miskenning van het materiële Nederlandse recht door een overheidsrechter niet tot staatsaansprakelijkheid leidt, zolang sprake is van een eerlijke en onpartijdige behandeling, zal een kennelijke onjuiste interpretatie door de hoogste rechter van het Unierecht wel tot staatsaansprakelijkheid kunnen leiden.

9 A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', O&A 2017/2, p. 3-14.

10 E.F.D. Engelhard, G.M. van den Broek, F. de Jong, A.L.M. Keirse & E.N.F.M. de Kezel, 'Let's think twice before we revise! 'Égalité' as the Foundation for Lawful Public Sector Acts', *ULRev* 2014/3, p. 55.

11 Opmerking verdient dat ik hierbij steun op de rechtsvergelijkende studie van de European Group of Tort Law waarbij ik – als lid van die groep – betrokken ben, te weten: K. Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2016.

12 HR 3 december 1971, NJ 1972/137 (*Hotel Jan Luyken*).

13 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van Giesen (O&A 2017/31).

14 Zo bepleit Giesen (O&A 2017/31).

15 HR 4 december 2009, NJ 2011/131 (*Greenworld*). Zie ook HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215; *RvdW* 2016/1005 (QNOW).

16 Zie voor verwijzingen Giesen (O&A 2017/31).

17 Rb. Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13380; Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111.

18 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*); HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, NJ 2006/543 (*Traghetti*); HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1 (*Ferreira da Silva e Brito*), m.nt. Ortlep.

Daarnaast kan worden aangenomen dat onder invloed van de Europeanisering ook een minder stringente maatstaf van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak geldt, als Nederland door het EHRM veroordeeld is wegens schending van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Dan bestaat de verplichting tot rechtsherstel. Is herstel in de oude toestand niet mogelijk, dan kan de benadeelde aanspraak maken op schadevergoeding. Althans, in twee zogenoemde Straatsburgse vervolgzaken waarin een schending van artikel 6 EVRM is aangenomen, erkent de Hoge Raad zonder toepassing van strenge eisen de mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige rechtspraak die tot schadevergoeding kan leiden.¹⁹ Verdedigbaar is dat hetzelfde heeft te gelden als Nederland door het EHRM veroordeeld is wegens schending van andere mensenrechten.²⁰

Eveneens geldt in navolging van de rechtspraak van het EHRM dat de Staat aansprakelijk is voor immateriële schade wegens schending door de rechter van de eis van de redelijke termijn, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. Daarbij geeft de Hoge Raad geen toepassing aan de hierboven genoemde nationale rechtspraak inzake aansprakelijkheid van de (scheids)rechter, maar aan de rechtspraak van het EHRM inzake het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals verwoord in artikel 13 EVRM.²¹

Gezien deze discrepanties wordt in de Nederlandse literatuur, waaronder in dit themanummer door Ortlep en Widdershoven, een gelijktrekking en daarmee ruimer regime voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak bepleit. Deze roep om een geharmoniseerd regime vraagt om een bestudering van de verhouding tussen het Europese recht en het recht van de nationale rechtstelsels alsook om input vanuit andere landen voor de in te zetten koers. Dit zijn dan ook de onderwerpen van de hiernavolgende paragrafen.

3. De Europese koers in het licht van de vermeende koers in de lidstaten

Het HvJ heeft een uniform stelsel van aansprakelijkheid van de lidstaten voor schending van het Unierecht ontwikkeld, voortbouwend op de rechtsbeginselen die de lidstaten gemeen hebben.²² Anders dan in het initiële *Francovich*-arrest over lidstaataansprakelijkheid,²³ verwijst het HvJ in het arrest *Brasserie du Pêcheur & Factortame* naar de algemene beginselen die de rechtstelsels van de lidstaten gemeen hebben als een juridische basis en bron voor de ontwikkeling

van het Europese staatsaansprakelijkheid.²⁴ Nadat het HvJ in onder meer het arrest *Klaus Konle* reeds had uitgemaakt dat iedere lidstaat ervoor dient te zorgen dat de schade wordt vergoed die aan de burgers wordt toegebracht door een schending van het Unierecht, ongeacht welk overheidsorgaan dit recht heeft geschonden,²⁵ verklaart het HvJ in het *Köbler*-arrest in 2003 principieel dat het uniforme concept van lidstaatsaansprakelijkheid geen uitzondering lijdt, ongeacht of de schending die tot de schade heeft geleid, aan de wetgevende, de uitvoerende of de rechterlijke macht is toe te rekenen.²⁶ Ter onderbouwing van het uitbouwen van het concept naar rechterlijk optreden herhaalt het HvJ niet alleen dat het eerder geoordeeld heeft dat het beginsel dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van toerekenbare schendingen van het Unierecht, inherent is aan het systeem van het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie (hierna: VwEU),²⁷ maar claimt het ook dat de toepassing van het beginsel dat de Staat aansprakelijk is voor rechterlijke beslissingen, in de meeste lidstaten in de één of andere vorm is aanvaard, ook al zijn hieraan uiteenlopende beperkende voorwaarden verbonden.²⁸

Laatstgenoemde claim steunt uitdrukkelijk op de rechtsvergelijkende analyse in de conclusie voor dit arrest.²⁹ Vooropgesteld wordt dat A-G Léger in deze conclusie opmerkt dat naar vaste rechtspraak van het HvJ de erkenning van een algemeen rechtsbeginsel niet vereist dat de betrokken regel in alle rechtsordes bestaat. Het feit dat de draagwijdte en toepassingsvoorwaarden van de regel per lidstaat verschillen, doet evenmin ter zake. Bij de rechtsvorming beperkt het HvJ zich tot vaststelling dat het beginsel algemeen wordt erkend en dat er, afgezien van de verschillen, criteria bestaan die de nationale rechtsordes van de lidstaten gemeen hebben.³⁰ Desalniettemin constateert de A-G dat, voor zover hij weet, alle lidstaten het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor werkzaamheden van rechterlijke instanties erkennen. Het betreft de stand van het nationale recht anno 2003 in destijds 15 lidstaten, die alle in de conclusie aan bod komen. In de conclusie valt te lezen dat alle lidstaten, behalve Ierland zolang in dat land het ontwerp van de *European Convention on Human Rights Bill 2001* niet is goedgekeurd, dit beginsel van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke beslissingen

19 HR 1 februari 1991, NJ 1991/413, m.nt. Van Veen (*Mededaders Kostovski*); HR 18 maart 2005, NJ 2005/201, m.nt. Alkema (*Post-Van Mechelen*). Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik (*O&A 2017/3*).

20 Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik (*O&A 2017/34*) en voorts Rb. Den Haag 17 februari 2016, AB 2017/36, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; Spier, Hartlief, Keirse, Lindenbergh & Vriesendorp, a.w. 2015, p. 206.

21 HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*).

22 Vergelijk de bijdrage van Ortlep en Widdershoven; *O&A 2017/35*.

23 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428; AB 1994/482, m.nt. Van der Burg, NJ 1994/2 (*Francovich*).

24 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 96/249, m.nt. Van der Burg, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur & Factortame*), par. 27-28. Zie ook K.M. Scherr, 'Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches', *ERA* 2012-4, p. 568.

25 HvJ EG 1 juni 1999, C-302/97 (*Klaus Konle*), par. 62.

26 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*).

27 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*), par. 30.

28 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*), par. 48.

29 Het HvJ verwijst expliciet naar hetgeen de advocaat-generaal in de punten 77 t/m 82 van zijn conclusie heeft opgemerkt; HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*), par. 48.

30 Aldus A-G P. Léger in zijn conclusie voor HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), par. 85.

in eigenlijke zin aanvaarden, wanneer deze in strijd zijn met de op hun grondgebied geldende rechtsregels en met name met fundamentele rechten. Weliswaar verschilt de draagwijdte van dit beginsel naargelang van de aard van de geschonden rechtsregel of de vraag van wie de rechterlijke beslissing afkomstig is, maar geconcludeerd wordt in duidelijke taal:

“Uit deze rechtsvergelijkende gegevens blijkt dat de lidstaten ondanks de tot op heden bestaande verschillen het beginsel van staatsaansprakelijkheid – voor een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie waardoor een rechtsregel wordt geschonden – algemeen aanvaarden, dan wel dat zich op zijn minst een sterke tendens in deze richting aftekent. [...]”

Uit deze rechtsvergelijkende analyse volgt dat de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht kan worden beschouwd.³¹

Op basis van deze analyse is een warme ontvangst te verwachten van de *Köbler*-lijn die in latere rechtspraak van het HvJ is bestendigd.³² De werkelijkheid is evenwel anders. Niet alleen dienden lidstaten tijdens de *Köbler*-procedure kritische opmerkingen bij het HvJ in,³³ maar ook volgden daarop negatieve reacties vanuit de literatuur en rechtspraktijk in Europa.³⁴ Dit doet de vraag rijzen hoe deze furor over een arrest dat vermeend gebaseerd is op in de rechtsstelsels van de lidstaten algemeen aanvaarde beginselen, kan worden verklaard.³⁵ Het antwoord luidt dat er het nodige af te dingen valt op de aangehaalde claims in het *Köbler*-arrest en de daaraan voorafgaande conclusie, waarover hieronder meer.

4. Rechtsvergelijkend overzicht

4.1 Toetsing van het in Luxemburg geschetste beeld

Het feit dat er weinig enthousiasme te bespeuren valt in de reacties vanuit de lidstaten op de *Köbler*-rechtspraak, spreekt boekdelen. Terwijl het in Luxemburg geschetste beeld inhoudt dat staatsaansprakelijkheid voor fouten van de hoogste rechter gemeengoed is, heerst over dit aansprakelijkheidsregime in werkelijkheid verdeeldheid in de lidstaten.³⁶ Zoals hieronder de revue passeert, is in sommige landen aan de Staat immuniteit toegekend voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Andere landen zijn

meer toegevend, maar benaderen de kwestie op uiteenlopende wijzen en passen somtijds zeer stringente beperkingen toe. De reikwijdte van het aansprakelijkheidsregime wordt in een aantal rechtsstelsels ingeperkt naargelang de vraag van wie de rechterlijke beslissing afkomstig is, en in andere rechtsstelsels naargelang de ernst van de rechtschending of fout. Daarnaast worden procedurele drempels opgeworpen. Anders dan men op het eerste gezicht zou verwachten, is de drempel voor aansprakelijkheid van de Staat voor schade als gevolg van rechterlijke fouten in veel lidstaten niet bepaald lager dan in Nederland. Hieronder volgt in vogelvlucht een rechtsvergelijkend overzicht van achtereenvolgens uitsluiting van aansprakelijkheid (paragraaf 4.2), beperking naargelang de herkomst van de rechterlijke beslissing (paragraaf 4.3) en de inperking naargelang de aard van het rechterlijk handelen of de ernst van de fout (paragraaf 4.4). Restricties van procedurele aard komen aan het slot van deze sectie (in paragraaf 4.5) aan bod.

4.2 Uitsluiting van aansprakelijkheid

In Engeland en Wales is de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijk optreden uitgesloten.³⁷ Ook de rechters zelf zijn in de *common law* immuun voor civiele aansprakelijkheid voor schade als gevolg van hun gedragingen die zij binnen de uitoefening van het rechtersambt verrichten. Zij zijn alleen aansprakelijk voor te kwader trouw *onbevoegd* gerechtelijk handelen.³⁸ Gaat de rechter evenwel zijn bevoegdheid niet te buiten, dan strekt zijn immuniteit zich ook uit over zijn opzettelijk foutief handelen. Dit vindt uitzondering als sprake is van een claim onder de *Human Rights Act 1998*, waarin is bepaald dat de uitsluiting van aansprakelijkheid alleen geldt voor ‘*judicial acts done in good faith*’.³⁹ Het regime in Ierland is vergelijkbaar. Ook daar genieten rechters absolute immuniteit in de uitoefening van de rechterlijke taak.⁴⁰

Uitsluiting van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak is ook in Griekenland lange tijd de vaste lijn geweest. In de jurisprudentie is aangenomen dat de Griekse risicoaansprakelijkheid van de Staat voor schade die in de uitoefening van de publieke taak aan individuele belangen wordt toegebracht,⁴¹ geen toepassing verdient als rechterlijk optreden in het geding is.⁴² Echter, onder druk van de Europese erkenning van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten, heeft de Griekse Raad van State enkele jaren geleden een tegengesteld standpunt inge-

31 A-G P. Léger in zijn conclusie voor HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), par. 82 en 85.

32 HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, NJ 2006/543 (Traghetti); HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1 (Ferreira da Silva e Brito), m.nt. Ortlep.

33 Zie HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160 (*Köbler*), par. 16-29.

34 P.M. Rodríguez, ‘State Liability for Judicial Acts in European Community Law: The Conceptual Weaknesses of the Functional Approach’, *Columbian Journal of European Law* 2004/2005-11, p. 614-615; Scherr 2012, a.w., p. 571; Z. Varga, ‘Why is the Köbler principle not applied in practice?’, *MJ* 2016/6, p. 896.

35 Scherr 2012, a.w., p. 571.

36 Zie ook Scherr 2012, a.w., p. 584; Varga 2016, a.w., p. 989 e.v.

37 Crown Proceedings Act 1947, sec. 2 (5). Zie ook K. Oliphant, ‘England and Wales’, in: Oliphant 2016, a.w., p. 147 en 766.

38 Sirros/Moore [1975] QB 118; Re McC (A Minor) [1985] AC 528. Zie ook Oliphant 2016, a.w., p. 766.

39 Sec 9(3) van de *Human Rights Act 1998*. Zie ook Oliphant 2016, a.w., p. 766.

40 Scherr 2012, a.w., p. 576; Varga 2016, a.w., p. 989. Ook in de Verenigde Staten geldt het beginsel van absolute immuniteit voor rechterlijk optreden. Zie M.D. Green & J. Card, ‘The United States’, in: Oliphant 2016, a.w., p. 550. In Zuid-Afrika vervalt de uitsluiting van aansprakelijkheid in geval de rechter opzettelijk of te kwader trouw handelt. Zie J. Neethling, ‘South Africa’, in: Oliphant 2016, a.w., p. 448.

41 Neergelegd in artikel 105 van de *Introductory Law to the Greek Civil Code*.

42 Zie E. Dacoronia, ‘Greece’, in: Oliphant 2016, a.w., p. 217, ook voor verdere verwijzingen.

nomen en in een meerderheidsoordeel geoordeeld dat de Staat aansprakelijk is voor manifeste fouten van de rechterlijke macht.⁴³ Ik kom hier in paragraaf 5 op terug. Hier verdient overigens opmerking dat in Griekenland de rechters wel persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor *mistrial* van een zaak als gevolg van opzet of grove schuld of ongerechtvaardigde rechtsweigering.⁴⁴

4.3 *Inperking van aansprakelijkheid naargelang de vraag van wie de rechterlijke beslissing afkomstig is*

De meerderheid van de lidstaten kent weliswaar geen volledige uitsluiting van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten, maar vaak wel een stringente beperking daarvan. De beperkende voorwaarden kennen verschillende vormen, waaronder een restrictie naar het type actor, oftewel naar de herkomst van de foutieve rechterlijke beslissing. In Oostenrijk, bijvoorbeeld, kan de Staat alleen voor fouten van lagere rechters aansprakelijk worden gesteld. Een vordering tot schadevergoeding kan daar niet worden gebaseerd op een foutieve uitspraak van een van de drie hoogste rechtsinstanties, te weten het *Verfassungsgerichtshof*, het *Oberster Gerichtshof* of het *Verwaltungsgerichtshof*.⁴⁵ De hoogste constitutionele, civiele en administratieve rechters zijn derhalve uitgezonderd van toepassing van het nationale beginsel van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden.⁴⁶ Dit betekent dat er in Oostenrijk een aparte weg is voor de toepassing van het Europese beginsel van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht begaan door de hoogste rechters, waarover meer in paragraaf 5.

4.4 *Inperking van aansprakelijkheid naargelang de aard van de onrechtmatigheid of de ernst van de fout*

Daar waar een aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatige rechtspraak wordt erkend, is dit steeds gelimiteerd, zij het dat de wijze van limitering sterk varieert. In veel rechtsstelsels wordt de aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden begrensd door voorwaarden te stellen aan de aard van de onrechtmatigheid van het rechterlijk optreden dan wel aan de ernst van de fout. Hieronder volgt een overzicht.

In Duitsland is vereist dat de rechter ten aanzien van de rechterlijke beslissing opzettelijk een strafbaar feit heeft begaan, wil de Staat aansprakelijk zijn voor de schade als

gevolg daarvan.⁴⁷ Dit ziet op *Rechtsbeugung* en daar is zeer zelden sprake van. Deze zeer hoge drempel voor aansprakelijkheid geldt alleen voor rechterlijke beslissingen *stricto sensu*; voor oordelen in rechtszaken. Voor andere rechterlijke besluiten geldt als maatstaf voor aansprakelijkheid dat sprake is van grove schuld of opzet dan wel onaanvaardbaarheid (*Unvertretbarkeit*).⁴⁸ Als dus een rechter zich bij de interpretatie van het recht vergist, is dit verschoonbaar tenzij deze vergissing bijzonder ernstig is. Zoals in paragraaf 4.5 aan de orde komt, is een tweede voorwaarde voor aansprakelijkheid voor rechterlijke beslissingen – zowel in enge als in ruime zin – dat tegen het rechterlijk optreden geen rechtsmiddel meer openstaat.⁴⁹

Vergelijkbaar met het Duitse recht, kunnen burgers in Estland en Roemenië eveneens alleen dan van de Staat vergoeding vorderen van schade geleden als gevolg van rechterlijke procedures (waaronder bijvoorbeeld een onjuiste uitspraak), als de rechter bij deze procedure een strafbaar feit heeft begaan.⁵⁰

Ook volgens het Italiaanse rechtssysteem is de Staat uitsluitend aansprakelijk voor zeer ernstige fouten van een rechter.⁵¹ De wijze waarop het Italiaanse recht het beginsel van aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden benadert en inperkt, is evenwel bijzonder. In principe kent het Italiaanse recht een grote reikwijdte toe aan dit beginsel door het van kracht worden van de extraordinaire *legge n. 117, [sul] risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati* (wet nr. 117 inzake de vergoeding van de in de uitoefening van de rechtsprekende functie veroorzaakte schade en inzake de civiele aansprakelijkheid van magistraten) van 13 april 1988.⁵² De praktische toepassing van dit beginsel wordt evenwel door strikte criteria aan banden gelegd. Vooraf verdient opmerking dat de nieuwe regeling door de wetgever is vastgesteld na een in november 1987 gehouden referendum en dat daarvoor op grond van het Italiaanse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gold dat de Staat slechts in geval van opzettelijke misleiding, bedrog, knevelarij of ongerechtvaardigde rechtsweigering met succes aansprakelijk kon worden gesteld voor rechtsprekende werkzaamheden na de toestemming van de Minister van Justitie.⁵³ Door de

43 Council of the State 1501/2014, EII Dni 55 (2014) 1152. Zie E. Dacoronia 2016, a.w., p. 218.

44 Zie Dacoronia 2016, a.w., p. 217, ook voor verdere verwijzingen.

45 § 2, lid 3 van het Oostenrijkse Amtshaftungsgesetz luidt: "Aus einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes kann ein Ersatzanspruch nicht abgeleitet werden".

46 B.A. Koch, 'Austria', in: Oliphant 2016, a.w., p. 44.

47 § 839 lid 2 van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: BGB) luidt als volgt: "Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung." Zie ook U. Magnus, 'Germany', in: Oliphant 2016, a.w., p. 192.

48 Oliphant 2016, a.w., p. 769.

49 Dienaangaande bepaalt § 839 lid 3 BGB: "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden".

50 Zie Scherr 2012, a.w., p. 579; Varga 2016, a.w., p. 990.

51 Zie ook de noot van M.R. Mok bij HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, NJ 2006/543 (Traghetti).

52 Zie de conclusie van A-G P. Léger voor HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, (Traghetti); G. Comandé & L. Nocco, 'Italy', in: Oliphant 2016, a.w., p. 288.

53 Het betrof de artikelen 55 en 56 van de Italiaanse *codice di procedura civile*. Zie Comandé & Nocco 2016, a.w., p. 287.

nieuwe wet is dit oude aansprakelijkheidsregime, dat feitelijk geen toepassing vond,⁵⁴ verruimd. Hierin is vastgelegd dat eenieder die ten onrechte schade heeft ondervonden door een gedraging, een handeling of een beslissing van een rechter die in de uitoefening van zijn functie blijf heeft gegeven van opzettelijke misleiding of grove schuld, of door een rechtsweigering, tegen de Staat een vordering kan instellen tot vergoeding van de door hem geleden schade.⁵⁵ Hiervoor is wel vereist dat openstaande rechtsmiddelen zijn uitgeput. Wanneer sprake is van grove schuld wordt vervolgens nader uitgewerkt. Dit omvat, mits het gevolg van een onverschoonbare onzorgvuldigheid, een ernstige schending van de wet, een vaststelling van een feit dat door de processtukken onweerlegbaar wordt weersproken of een ontkenning van een onmiskenbaar uit de processtukken blijkend feit, alsook een vaststelling van een maatregel met betrekking tot de persoonlijke vrijheid buiten de door de wet toegestane gevallen of zonder motivering. Om de onafhankelijkheid van de rechters te waarborgen is toegevoegd dat de uitlegging van rechtsregels en de beoordeling van de feiten en het bewijs bij de uitoefening van de rechtsprekende functie niet kan leiden tot aansprakelijkheid. Onder druk van herhaalde kritiek van het HvJ op dit Italiaanse systeem, althans voor zover het ook werd toegepast op schending van EU-recht, is de Italiaanse regeling aangepast bij *Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, wet van 27 februari 2015, nr. 18. De voornoemde uitsluiting van aansprakelijkheid ter zake van de interpretatie van het recht en de beoordeling van bewijs is gecorrigeerd voor zover het gaat om schending van Unierecht of er opzettelijke misleiding in het spel is en als aansprakelijkheidscategorie is toegevoegd de onjuiste voorstelling van een feit of bewijs.⁵⁶ Bovendien is met deze wetswijziging de aanspraak op vergoeding tot immateriële schade uitgebreid, terwijl eerst, behoudens het geval van vrijheidsbeneming, een beperking tot aansprakelijkheid voor materiële schade gold. Voort is in lijn met de *Köbler*-rechtspraak de manifeste schending van Unierecht uitdrukkelijk als een grondslag voor staatsaansprakelijkheid toegevoegd. Daar waar in paragraaf 5 de invloed van het Europese recht op de nationale regimes centraal staat, refereer ik nogmaals aan deze ontwikkelingen van het Italiaanse recht.

In Frankrijk is staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak evenzeer hoogst uitzonderlijk. Eerst als sprake is van een zeer zware rechtsschending, een *faute lourde*, of een rechtsweigering, *déni de justice*, kan de Staat aansprakelijk zijn. Hiervan is gewoonlijk geen sprake. Afgezien van boos opzet, doet een *faute lourde* zich voor in geval van een fout die zo ernstig is dat een rechter die zich

bewust is van zijn taak, deze niet zou hebben gemaakt.⁵⁷ Daarbij komt dat voor aansprakelijkheid vereist is dat de rechterlijke beslissing geen gezag van gewijsde heeft verkregen, want als de eiser met zijn claim de inhoud van een definitieve beslissing in twijfel trekt, komt deze niet voor toewijzing in aanmerking.⁵⁸ Franse rechters kunnen overigens niet persoonlijk aansprakelijk worden gesteld, maar wel kan de Staat in geval van aansprakelijkheid regres nemen op de rechter die de *foute lourde* of *déni de justice* heeft begaan, hetgeen in praktijk haast nooit gebeurt.⁵⁹

Er zijn nog meer lidstaten die hun aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak begrenzen door een drempel te stellen aan de gradatie van de benodigde fout. Zo is in Spanje de Staat pas aansprakelijk voor schade als gevolg van een rechterlijke fout, als sprake is van een kennelijke en ongeachtvaardigde blunder.⁶⁰ De vergissing moet hebben geleid tot een onlogische, irrationele, groteske of absurde feitelijke of juridische uitkomst die de harmonie van de juridische orde verstoort, wil aansprakelijkheid in de rede liggen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in geval van een manifeste en duidelijke fout bij de vaststelling van de feiten of bij de toepassing van een rechtsregel die niet bestaat of op onzinnige wijze wordt geïnterpreteerd.

In Portugal is voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat voor schade die voortvloeit uit rechterlijke beslissingen, vereist dat een beslissing in het geding is die kennelijk ongrondwettelijk of onwettig is (*manifestamente inconstitucionais ou ilegais*) of ongerechtvaardigd ten gevolge van een kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten (*injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*).⁶¹ Daarenboven moet de schadeclaim zijn voorafgegaan door een vernietiging van de desbetreffende beslissing door de daartoe bevoegde rechterlijke instantie, waarop ik in de volgende paragraaf terug kom.

In België is de aansprakelijkheidsdrempel minder hoog dan in de andere landen, maar dat land laat ik hier buiten beschouwing, nu daaraan in dit themanummer door Carton en Lierman een aparte bijdrage is gewijd (*O&A* 2017/33).

4.5 Inperking van aansprakelijkheid door middel van procedurele drempels

Zoals hierboven al een aantal keren werd aangestipt, worden in verschillende rechtsstelsels ook procedurele barrières opgeworpen teneinde de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak binnen de perken te houden. In

54 Comandé & Nocco 2016, a.w., p. 287.

55 Op grond van de wet van 13 april 1988, nr. 117 strekte de aansprakelijkheid zich uit tot materiële schade en alleen voor immateriële schade voor zover deze uit vrijheidsbeneming voortvloeide. Bij wet van 27 februari 2015, nr. 18 is deze beperking komen te vervallen en sindsdien komt zowel de materiële als immateriële schade voor vergoeding in aanmerking.

56 Zie www.questionegiustizia.it/doc/guida_responsabilita_civile_magistrati_18_2015.pdf; Oliphant 2016, a.w., p. 772.

57 Oliphant 2016, a.w., p. 767.

58 D. Fairgrieve & F. Lichere, 'France', in: Oliphant 2016, a.w., p. 168.

59 J. de Mot & M. Faure, 'The Liability of Public Authorities: an Economic Analysis', in: Oliphant 2016, a.w., p. 602.

60 M. Martín-Casals & J. Ribot, 'Spain', in: Oliphant 2016, p. 495.

61 Artikel 13 van de Lei que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (wet inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Staat en van de andere overheidsorganen). Daarnaast geldt ook een beginsel van staatsaansprakelijkheid voor onterechte strafrechtelijke veroordeling en ongerechtvaardigde vrijheidsberoving. Zie ook de conclusie van A-G Y. Bot voor HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva e Brito*), nr. 10; M.J. Reis Rangel de Mesquita, 'Portugal', in: Oliphant 2016, a.w., p. 402, 407 en 416.

het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* is bepaald dat de aanspraak op vergoeding van schade als gevolg van een rechterlijk fout vervalt, indien de benadeelde opzettelijk of verwijtbaar heeft nagelaten de schade te beperken door geen rechtsmiddel tegen het rechterlijk optreden in te stellen.⁶² In Italië is eveneens vereist dat de mogelijke rechtsmiddelen tegen de bestreden beslissing zijn uitgeput, wil een vordering tot schadevergoeding succesvol kunnen zijn.⁶³ Ditzelfde geldt overigens voor de Tsjechische en Zwitserse rechtsstelsels.⁶⁴ In Denemarken strandt een claim tegenover de Staat eveneens als de benadeelde niet in actie komt; in een Deense zaak wees de *Højesteret* (de Deense Hoge Raad) aansprakelijkheid af voor een kennelijke fout van een rechter die ondanks de afwezigheid van de benadeelde een oordeel had geveld, omdat de benadeelde geen pogingen had ondernomen om die zaak te hervatten en het schadeveroorzakende oordeel te herstellen.⁶⁵

Naar Portugees recht kan een vordering tot vergoeding van schade die voortvloeit uit een foutieve rechterlijke beslissing slechts worden ingesteld, indien deze schadeveroorzakende beslissing voorafgaand is vernietigd door de bevoegde rechterlijke instantie.⁶⁶ Problematisch is evenwel dat een dergelijke vernietiging feitelijk niet altijd tot de mogelijkheden behoort. Immers, mede afhankelijk van de geldelijke waarde van de vordering, staat niet altijd hoger beroep open. Voorts kunnen beslissingen van het *Supremo Tribunal de Justiça* (het Portugees Hoogerechtshof) slechts in een uiterst beperkt aantal gevallen worden getoetst. Een vernietiging van de schadeveroorzakende beslissing en daarmee een kans op succes om vergoeding van die schade te kunnen verkrijgen, is derhalve meer dan eens feitelijk uitgesloten. Deze procedurele voorwaarde die tot gevolg heeft dat elke aansprakelijkheidsvordering die tegen de Portugese staat wegens onrechtmatige rechtspraak wordt ingesteld, niet-ontvankelijk is indien de schadeveroorzakende beslissing niet is vernietigd, is niet van kritiek onttrokken. Niet alleen is binnen de nationale context de vraag gerezen of deze restrictie niet ongrondwettelijk is, maar ook is de (on)verenigbaarheid van de regel met het uniforme Europese recht zoals dat uit de rechtspraak van het HvJ volgt, aan de orde gesteld.⁶⁷ Dit is een van de onderwerpen van paragraaf 5. In het Franse rechtsstelsel geldt, zoals gezegd, eveneens dat er geen schadevergoedingsvorderingen kunnen worden gegrond op rechterlijke beslissingen die gezag van gewijsde (*res judicata*) hebben verkregen. Dus nog daargelaten dat de

toetssteen in Frankrijk een hoge drempel kent, er moet immers sprake zijn van een *faute lourde*, komt de inhoud van een definitieve beslissing met gezag van gewijsde niet voor toetsing in aanmerking.⁶⁸ In Luxemburg is de uitsluiting van staatsaansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van een rechterlijke beslissing die gezag van gewijsde verkregen heeft, in de wet neergelegd.⁶⁹ Tot slot zij erop gewezen dat deze procedurele barrière ook in het Belgische recht parten speelt. Dit wordt evenwel niet door mij, maar in de bijdrage door Carton en Lierman (*O&A* 2017/33) besproken.⁷⁰

5. De koers in de lidstaten in het licht van de Europese koers

Het is aan de lidstaten zelf om uit te maken welke staatsaansprakelijkheid zij erkennen voor rechterlijke fouten en daarin maken zij, zoals in paragraaf 4 de revue passeerde, uiteenlopende keuzes. Echter als het Unierecht in het geding is, moeten de lidstaten zich houden aan de Europese maatstaf van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten in laatste instantie, zoals neergelegd in de *Köbler*-rechtspraak van het HvJ. Zo nodig moeten zij daartoe afwijkende nationale wetbepalingen buiten toepassing laten. Daarnaast verplichten de lidstaten zich het genot van EVRM-rechten zeker te stellen en kan de rechtspraak van het EHRM de nationale aansprakelijkheidsregimes inzake onrechtmatige rechtspraak dwingend beïnvloeden. Bovendien kan er een neiging zijn het nationale recht ook verder op het Europese recht af te stemmen. Het uit elkaar lopen van de nationale en de Europese juridische situatie is immers verre van ideaal. Het kan rechtzoekenden ertoe aansporen om Europese rechtsregels er eventueel met de haren bij te slepen.⁷¹

Het Nederlandse recht getuigt van deze tendenties. Allereerst is het in het licht van de Europese rechtspraak duidelijk dat het Nederlandse strengere criterium voor staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak niet kan worden toegepast als het gaat om een kennelijke schending van het Unierecht door een rechterlijke instantie die in laatste instantie uitspraak doet. Dat geldt zeker als de oude lijn uit het arrest *Hotel Jan Luyken* nog geldt, maar ook als inmiddels de ruimere nieuwe maatstaf uit het *Greenworld*-arrest dient te worden gehanteerd (vergelijk de bijdrage van Ortlep en Widdershoven; *O&A* 2017/35).⁷² Ook het EVRM en de rechtspraak van het EHRM heeft het leerstuk van staatsaan-

62 § 839 lid 3 BGB.

63 Artikel 4 lid 2 van de *legge 13 aprile 1998, n. 117, [sul] risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, zoals gewijzigd bij *Legge 27 febbraio 2015, n. 18*.

64 L. Tichy, 'Czech Republic', in: Oliphant 2016, a.w., p. 102; Oliphant 2016, a.w., p. 781.

65 Zie V. Ulfbeck, 'Denmark', in: Oliphant 2016, a.w., p. 120.

66 Artikel 13 lid 2 van de *Lei que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (wet inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Staat en van de andere overheidsorganen).

67 Reis Rangel de Mesquita 2016, a.w., p. 414. Zie HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1  *da Silva e Brito*, m.nt. Ortlep.

68 D. Fairgrieve & F. Lichere, 'France', in: Oliphant 2016, a.w., p. 168. Zie ook Varga 2016, a.w., p. 989.

69 Artikel 1 van de *Loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques*: "L'État et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre des ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée." Zie Scherr 2012, a.w., p. 583.

70 Zie ook I. Durant, 'Belgium', in: Oliphant 2016, a.w., p. 62.

71 M.R. Mok in zijn noot bij HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, *NJ* 2006/543 (*Traghetti*). Zie ook J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*).

72 Zie ook J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*); W.D.H. Asser in zijn noot bij HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*).

sprakelijkheid voor rechterlijk optreden in belangrijke mate beïnvloed. Dit kwam in de inleiding en in paragraaf 2 al kort naar voren (vergelijk tevens de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik; *O&A* 2017/34). In dit licht is het interessant om te onderzoeken in hoeverre dit alles ook in andere landen speelt en welke lessen daaruit voor ons volgen.

Zoals uit de bloemlezing in paragraaf 4 blijkt, is het algemene beeld dat de staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke vergissingen op het gebied van het Unierecht  ergaat dan die voor rechterlijke vergissingen op het terrein van het nationale recht, zoals dat in de genoemde lidstaten geldt. Weliswaar erkent elke lidstaat in een of andere vorm het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten, maar de drempels zijn hier een daar zo hoog dat het beginsel in de praktijk niet of nauwelijks toepassing vindt. Zo is het bijvoorbeeld in Noorwegen best denkbaar dat daar waar boosaardig opzet van de rechter in het spel is staatsaansprakelijkheid volgt, maar dit is schier een theoretische exercitie.⁷³ En het punt is dat het Europese beginsel zoals het HvJ dat aandraagt, niet draait om aansprakelijkheid voor boosaardige rechterlijke uitspraken die zelden voorkomen. Het gaat het HvJ om kennelijke rechterlijke vergissingen bij de uitleg en toepassing van het Unierecht door een nationale rechter in hoogste instantie.⁷⁴

Aldus bezien is een invloed van het Unierecht op nationale rechtsstelsels te verwachten. In België wordt inmiddels een duidelijke invloed van de Europese rechtspraak op het staatsaansprakelijkheidsregimeesignaleerd,⁷⁵ zoals in de bijdrage van Carton en Lierman (*O&A* 2017/33) uitgebreid aan de orde komt. In Zweden wordt de *Köbler*-doctrine toegepast via een informele schadevergoedingsprocedure voor de *Justitiekanslern*.⁷⁶ Er is evenwel zeker zoveel weerstand te observeren. In Hongarije, bijvoorbeeld, heeft de *Kúria* (de Hongaarse Hoge Raad) bij herhaling geoordeeld een definitieve uitspraak met kracht van gewijsde niet te kunnen heroverwegen.⁷⁷ In Engeland en Wales stuit de gedachte om het Unierecht inzake staatsaansprakelijkheid verder dan strikt noodzakelijk te integreren in het recht, op veel verzet. Het beginsel van lidstaataansprakelijkheid van het HvJ wordt in de *common law* als eigenaardig en *sui generis* beschouwd.⁷⁸ In Oostenrijk is het, ondanks de Europese rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid voor kennelijke schendingen van het Unierecht door rechterlijke instanties die in laatste instantie uitspraak doen, nog immer de heersende leer dat er geen staatsaansprakelijkheid voor het optreden van de hoogste rechterlijke instanties zou moeten bestaan.⁷⁹ Schendingen van louter nationaal recht door het *Verfassungsgerichtshof*, het *Oberster Gerichtshof* of het *Verwaltungsgerichtshof* kunnen dan ook niet tot staatsaansprakelijkheid leiden. Schadevergoedingsvorderingen tegen de

hoogste rechters wegens kennelijke schendingen van het Unierecht moeten echter gelet op de suprematie van het Europese recht wel met een kans op succes worden gehoord, reden waarom daarvoor een aparte rechtsingang bij het Oostenrijkse constitutionele Hof openstaat.⁸⁰

De heersende leer in Griekenland wees lange tijd staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden af. Dit is ook de lijn in de Griekse rechtspraak. In de Griekse doctrine is evenwel naar voren gebracht dat deze lijn tegenstrijdig is aan de Europese lijn. Op basis van dit argument heeft de Raad van State – dat is het hoogste administratieve rechtscollege in Griekenland – in 2014 in plenaire zitting in een meerderheidsoordeel bepaald dat de Griekse staatsaansprakelijkheid voor schade die in de uitoefening van de publieke taak aan individuele belangen wordt toegebracht,⁸¹ toch analoge toepassing verdient als dergelijke schade is toegebracht door een manifeste fout van de rechter.⁸² Hier staan echter twee minderheidsoordelen tegenover. Volgens een minderheid van twee leden van de Raad kan er geen sprake zijn van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden, nu dat in strijd is met de Griekse Grondwet. Alleen bij uitzondering is de Staat aansprakelijk te houden voor rechterlijk optreden dat een flagrante schending van het Unierecht inhoudt. Het tweede minderheidsoordeel, dat door tien Raadsleden wordt gesteund, wijst de voornoemde analoge toepassing af en meent dat het grondwettelijk gezien nodig is dat de wetgever bij wet in een aparte procedure voorziet voor schadevergoedingsvorderingen wegens onrechtmatige rechtspraak.⁸³ Mocht het hoogste civiele rechtscollege (*Areios Pagos*) in een toekomstige civiele zaak anders beslissen dan de Raad van State, dan zal de kwestie op de voet van artikel 100 van de Griekse Grondwet worden verwezen naar en beslist door een Speciaal Hoogst Rechtscollege. Daarin hebben de presidenten van de Griekse Hoge Raad, Raad van State en Algemene Rekenkamer zitting, alsook vier raadsleden van de beide eerstgenoemde hoogste rechtscollages en twee professoren rechtsgeleerdheid, alle tien bij loting gekozen.⁸⁴ Overigens is het natuurlijk ook mogelijk dat er alsnog een specifieke wettelijke basis komt.

De wetgever van de Tsjechische Republiek heeft in 2006 zijn excuses aangeboden voor het gebrek aan regelgeving inzake staatsaansprakelijkheid voor schending van het Europees recht, voor onrechtmatige wetgeving en voor onrechtmatige rechterlijk optreden. Hoewel de wetgever sindsdien genoeg tijd heeft gehad, is er nog niets veranderd, met als gevolg dat deze kwesties overgelaten zijn aan jurisprudentie.⁸⁵ Betwistbaar is voorts dat de zeer beperkte schendbaarheid

73 Oliphant 2016, p. 774-775.

74 M.R. Mok in zijn noot bij HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, NJ 2006/543 (Traghetti).

75 Durant 2016, a.w., p. 58 en 64-65.

76 Zie Varga 2016, a.w., p. 993.

77 Varga 2016, a.w., p. 993.

78 Oliphant 2016, a.w., p. 129-130.

79 Koch 2016, a.w., p. 22.

80 Op grond van artikel 137 van het *Bundes-Verfassungsgesetz*. Zie Koch 2016, a.w., p. 44.

81 Neergelegd in artikel 105 van de *Introductory Law to the Greek Civil Code*.

82 Council of the State 1501/2014, EIDni 55 (2014) 1152. Zie Dacornia 2016, a.w., p. 218. 30 leden van de Raad van State waren aanwezig, waarvan 25 met een beslissende stem. Er waren 3 leden zonder stemrecht omdat zij uitsluitend aanwezig waren om zo nodig een collega te vervangen. En 2 leden zijn jonge rechters die geen beslissende stem hebben.

83 Dacornia 2016, a.w., p. 219.

84 Vergelijk Dacornia 2016, a.w., p. 202.

85 Tichy 2016, a.w., p. 91.

van de rechterlijke macht in Duitsland verenigbaar is met de jurisprudentie van het HvJ.⁸⁶

Italië is door het HvJ meer dan eens op de vingers getikt.⁸⁷ In het *Traghetti*-arrest is beslist dat het Unierecht zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling, zoals de Italiaanse, die staatsaansprakelijkheid uitsluit voor schendingen door een rechterlijke instantie in laatste aanleg die voortvloeien uit een uitleg van rechtsvoorschriften of uit een beoordeling van feiten en bewijs. Blijkens dit arrest verzet het Unierecht zich tevens tegen een nationale wettelijke regeling die de mogelijkheid van aansprakelijkstelling beperkt tot de gevallen van rechterlijk handelen te kwader trouw of met grove schuld, althans voor zover deze beperking ertoe leidt dat de betrokken lidstaat niet aansprakelijk kan worden gesteld in andere gevallen waarin een kennelijke schending van het toepasselijke recht, zoals geëxpliciteerd in het *Köbler*-arrest, heeft plaatsgevonden. Na een inbreukprocedure gestart door de Europese Commissie is door het HvJ in 2011 vastgesteld dat Italië de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens het algemene EU-beginsel van lidstaatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten.⁸⁸ Dit is het gevolg van de constatering dat deze lidstaat destijds de staatsaansprakelijkheid voor schending van het Unierecht door een nationale rechterlijke instantie die uitspraak doet in laatste aanleg, uitsloot wanneer die schending voortvloeide uit een uitlegging van de rechtsregels of een beoordeling van de feiten of de bewijzen door die rechterlijke instantie, en die aansprakelijkheid bovendien beperkte tot gevallen van kwade trouw of grove schuld. Zoals in paragraaf 4.4 reeds aan de orde kwam, heeft dit uiteindelijk in 2015 tot een wetswijziging geleid.

Ook het Portugese recht verdient aanpassing. In het arrest *Ferreira da Silva e Brito* is immers beslist dat een regel van nationaal recht die de strekking heeft dat een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak alleen kan worden ingesteld indien de schadeveroorzakende beslissing voorafgaand is vernietigd, terwijl die beslissing slechts in een uiterst beperkt aantal gevallen kan worden getoetst en daarmee een kans op succes om schadevergoeding te verkrijgen feitelijk is uitgesloten, een ernstige belemmering is voor de effectieve toepassing van het Unierecht, die niet gerechtvaardigd kan worden door het beginsel van gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel.⁸⁹ Dit betekent dat kennelijke schendingen van Unierecht door een rechter in laatste instantie in de Portugese rechtspraak sneller tot staatsaansprakelijkheid leiden dan vergelijkbare schendingen van nationaal recht.

Dit laatste geldt ook voor een groot aantal andere lidstaten. Om te beginnen voor Nederland, Engeland, Wales, Oostenrijk en Italië, zoals reeds uit het bovenstaande blijkt. Voorts ook voor Bulgarije, Finland, Frankrijk, Duitsland en Letland.⁹⁰ In laatstgenoemde landen wordt de (theoreti-

sche) mogelijkheid van staatsaansprakelijk voor kennelijke schendingen van Unierecht door een hoogste rechter in navolging van de *Köbler*-rechtspraak in nationale rechtspraak erkend.⁹¹ Over hoe het in dit opzicht met de andere, hier niet genoemde lidstaten is gesteld, is nog weinig te zeggen bij gebreke aan relevante jurisprudentie.⁹² Opvallend is in ieder geval dat de praktische uitwerking van de *Köbler*-doctrine zeer beperkt is. Zoals Varga illustreert zijn er tot op heden binnen de EU slechts vier zaken bekend waarin in navolging van deze leer schadevergoeding is toegekend.⁹³ Zij speelden in Finland, Italië, Zweden en Bulgarije.

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat de rechtspraak van het EHRM tevens invloed heeft op de mogelijkheden om op nationale bodem een aanspraak op schadevergoeding wegens rechterlijk optreden waar te maken. Zo heeft de EHRM-rechtspraak aangaande de rechterlijke schending van de redelijke termijn tot wetswijzingen inzake staatsaansprakelijkheid geleid in Denemarken, Italië, Polen en de Tsjechische Republiek.⁹⁴ In Frankrijk is de EHRM-rechtspraak aldus geïncorporeerd dat de voorwaarde voor aansprakelijkheid dat sprake moet zijn van een *faute lourde* opzich wordt gezet als het gaat om een schending van het recht van behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn.⁹⁵ Ook het Nederlandse recht heeft, als gezegd, in dit opzicht invloed ondergaan van deze EHRM-rechtspraak (vergelijk de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik; *O&A* 2017/34).

6. Tot besluit: Rechtsvergelijkende lessen

Concluderend laat zich de centrale vraag welke lessen uit de bovenstaande rechtsvergelijking voortvloeien voor de ontwikkeling van het staatsaansprakelijkheidsrecht inzake rechterlijke fouten, als volgt beantwoorden. Een eerste les die is te trekken, is dat het Nederlandse staatsaansprakelijkheidsrecht voor onrechtmatige rechtspraak, anders dan men wellicht bij een vluchtige lezing van dit themanummer zou denken, niet werkelijk achterloopt op de regimes in andere rechtssystemen. Weliswaar bestaan er in dit rechtsgebied discrepanties tussen het nationale en het Europese recht, maar dat geldt elders ook en hier en daar zelfs nog in sterkere mate. Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten is in de onderzochte rechtssystemen onderhevig aan stringente beperkingen, van materiële of procedurele aard, die meer dan eens zelfs cumulatief gelden.

Dit betekent ook, en dat is de tweede les, dat de rechtsvergelijkende analyse die de basis vormde voor de *Köbler*-rechtspraak met de nodige korrels zout moet worden genomen. Het HvJ claimde in *Köbler* weliswaar dat de toepassing van het beginsel dat de Staat aansprakelijk is voor rechterlijke

86 Magnus 2016, a.w., p. 194.

87 Comandé & Nocco 2016, a.w., p. 288-289.

88 Aldus HvJ 24 november 2011, C-379/10 (*Commissie/Italië*).

89 R. Ortlep in zijn noot bij HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1 (*Ferreira da Silva e Brito*), m.nt. Ortlep.

90 Varga 2016, a.w., p. 992-993.

91 Varga 2016, a.w., p. 992.

92 Varga 2016, a.w., p. 993.

93 Varga 2016, a.w., p. 988; Z. Varga, 'National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts' *CMLRev* 2017/1, p. 57. Zie ook Z. Varga, 'In Search of a 'Manifest Infringement of the Applicable Law' in the Terms set uit in Köbler', *REALaw* 2016/2, p. 5-39.

94 Ulfbeck 2016, a.w., p. 121; Comandé & Nocco 2016, a.w., p. 284; E. Baginska, 'Poland', in: Oliphant 2016, a.w., p. 377; Tichy 2016, a.w., p. 84.

95 Fairgrieve & Lichere 2016, a.w., p. 168.

beslissingen in laatste instantie, in de meeste lidstaten in de één of andere vorm is aanvaard, maar feitelijk was de praktische toepassing daarvan gelet op de sterk beperkende voorwaarden in bijna alle van de toen 15 lidstaten zo goed als non-existent.⁹⁶ En ook in de hedendaagse Europese Unie met 28 lidstaten is het overheersende beeld een tendens van terughoudendheid daar waar het aansprakelijkheid voor rechterlijke fouten aangaat.⁹⁷

Dit brengt ons op een derde en afsluitende les. Uit de bovenstaande rechtsvergelijkende schets spreekt grote diversiteit. Van een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden dat min of meer algemene gelding heeft, is derhalve geen sprake. Desalniettemin is in de geschetste pluriformiteit toch ook *common ground* te ontwaren. Gemeengoed is immers dat het beginsel van aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke fouten nergens onverkort geldt. Gedeeld wordt het publieke belang van rechtszekerheid, van finaliteit van rechtspraak en van het voorkomen dat de juistheid van een rechterlijke beslissing steeds opnieuw onderwerp van een nieuw geding wordt. Er worden daarom alom uiteenlopende beperkende voorwaarden verbonden aan de toepassing van het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Dit geldt ten slotte ook voor het EU-recht zelf, nu ook het HvJ strikte restricties stelt. In zoverre spiegelt het Europese recht de rechtsstelsels van de lidstaten.

96 Zie Scherr 2016, a.w., p. 584.

97 Zie Scherr 2016, a.w., p. 584. Vergelijk Varga 2016, a.w., p. 989 e.v.



“Lessen uit België: aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden”

O&A 2017/33

Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 (nr. 99/2014) vormde in België een “mijlpaal-arrest” over overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht. Dit arrest over aansprakelijkheidsvorderingen die gebaseerd is op vermeend foutieve rechterlijke uitspraken verwijst naar de door het Hof van Justitie in de **Köbler**-rechtspraak opgelegde beperkingen in deze materie. Het beperkt zo op verregaande wijze de toepassingsmogelijkheid voor burgerlijke rechters van de uit de cassatierechtspraak voortvloeiende voorwaarde dat de foutieve uitspraak uit de rechtsorde moet zijn verdwenen. Deze bijdrage onderzoekt de motieven en de draagwijdte van dit arrest, geeft een kritische analyse van de door het Grondwettelijk Hof verdedigde oplossing en maakt voor de toekomst een inschatting van de slaagkansen van vorderingen op grond van fouten van de rechterlijke macht in België.

1. Inleiding

1. In het zgn. “**Anca**-arrest” van 19 december 1991 legde het Hof van Cassatie de basisprincipes vast voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht.² Sinds dit arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat een dergelijke aansprakelijkheidsvordering in beginsel slechts kan slagen als het foutief vonnis of arrest nadien door een in kracht van gewijsde gegane uitspraak is “*ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen (...)* wegens schending van een gevestigde rechtsnorm”. De uitspraak mag dus geen gezag van gewijsde meer hebben.³

2. Deze rechtspraak komt op de helling te staan na een arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014

(nr. 99/2014).⁴ Het Grondwettelijk Hof besluit tot de schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in zoverre artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek “*belet dat de Staat aansprakelijk kan worden gesteld wegens een fout begaan in de uitoefening van de rechtsprekende functie door een rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan, zolang die beslissing niet is ingetrokken, herroepen, gewijzigd of vernietigd, zelfs al bestaat die fout in een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels en zelfs al maakt die fout, gelet op de beperkte rechtsmiddelen die tegen de genoemde beslissing openstaan, het niet mogelijk de vernietiging ervan te verkrijgen*”. Opmerkelijk is dat het Grondwettelijk Hof hierbij steunt op de **Köbler**-rechtspraak van het Hof van Justitie inzake rechterlijke aansprakelijkheid (vergelijk de bijdrage van Orléan en Widdershoven; O&A 2017/35).⁵ Het bodemgeschil dat aanleiding gaf tot het stellen van de prejudiciële vraag hield nochtans geen enkel verband met het EU-recht.

3. In deze bijdrage bespreken we de draagwijdte van dit arrest en de toekomst van de **Anca**-rechtspraak, mede in het licht van andere relevante rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en het Hof van Justitie. Eerst lichten we de achtergrond toe van het bodemgeschil dat leidde tot de uitspraak van het Grondwettelijk Hof (§ 2). Daarna volgt een bespreking van de **Anca**-rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten (§ 3). Vervolgens analyseren we de door het Grondwettelijk Hof geïmpliceerde voorwaarde dat de foutieve uitspraak uit de rechtsorde moet zijn verdwenen (§ 4). In de volgende paragraaf bespreken we het vereiste foutbegrip. Daarbij behandelen we de klassieke rechtspraak van het Hof van Cassatie, de **Köbler**-rechtspraak van het Hof van Justitie en de visie van het Grondwettelijk Hof (§ 5). Daarna beoordelen we de draagwijdte van het arrest van het Grondwettelijk Hof (§ 6). Tot slot volgt een besluit over de toekomst van de **Anca**-rechtspraak (§ 7).

1 Arne Carton – Legal counsel en praktijkassistent KU Leuven en Prof. dr. S. (Steven) Lierman is hoogleraar aan het Leuven Instituut voor Gezondheidszorgbeleid en Centre for Public Law KU Leuven en deeltijds docent Universiteit Antwerpen. Dit artikel vormt een herwerkte versie van een artikel dat eerder in het Rechtskundig Weekblad is verschenen (A. Carton en S. Lierman, “De toekomst van de **Anca**-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014”, *RW* 2015-16, p. 763). De tekst is enkel in eigen naam van de auteurs geschreven.

2 Cass. 19 december 1991, *Arr Cass* 1991-92, p. 364, *Pas* 1992, I, p. 316, concl. J.  *RW* 1992-93, p. 396; *JT* 1992, p. 142, concl. J.  *TBBR* 1992, p. 10, m.nt. A. Van Oevelen. Dit arrest is genoemd naar  okken partij nl. de bvba Anderlecht-café, afgekort **Anca**.

3 Deze rechtspraak is vervolgens telkens bevestigd: cfr. Cass. 27 juni 2008, *JLMB* 2009, p. 58, m.nt. D. Philippe; Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, afl. 239, p. 227, m.nt. I. Boone.

4 GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, *JLMB* 2014, p. 1462, noot; *NJW* 2014, p. 884, m.nt. S. Guiliams; *APT* 2014, p. 637, m.nt. F. Glansdorff; *RGAR* 2015, p. 15164, m.nt. F. Tulkens; *RW* 2014-15, p. 1573, m.nt. A. Van Oevelen; *JT* 2015, p. 458, m.nt. K. Munungu Lungungu en B. Nelissen. Zie over dit arrest ook P. Peeters en J. Vanhoenacker, “Het Grondwettelijk Hof en de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht” in P. Peeters, W.



h W. Verrijdt (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, p. 359-371; M. Wathelet en J. Wildemeersch, “La responsabilité extracontractuelle de l’Union Européenne” in D. Renders (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d’études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, p. 563; F. Bouhon en B. Lagasse, “La responsabilité de l’Etat pour le fait du juge, De l’arrêt Anca à l’arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014” in Glansdorff, F. (ed.), *Droit de la responsabilité, Questions choisies*, Brussel, Larcier, 2015, p. 264; I. Samoy en F. Auvray, “Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht... het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht” (te verschijnen).

5 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, **Köbler**; HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

2. **Achtergrond van het bodemgeschil dat geleid heeft tot het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014**

4. Het arrest van het Grondwettelijk Hof kwam er na een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.⁶ Deze burgerlijke procedure tot schadevergoeding kent een heel aantal procedurevoorgaanden. Begin 2009 besliste het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Schaarbeek om de domicilie van een persoon te schrappen, omdat na controle was gebleken dat deze persoon niet daadwerkelijk op het grondgebied van deze gemeente verbleef. Het Rechtscollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest oordeelde echter in beroep dat onvoldoende bewijs voorhanden was om het vermoeden van domicilie te weerleggen. Bij arrest van 22 november 2010 verwierp de Raad van State vervolgens het door de gemeente Schaarbeek tegen deze beslissing ingestelde beroep.⁷ De gemeente Schaarbeek stelde hierna bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel een vordering tot schadevergoeding in tegen de Belgische Staat op grond van artikel 1382 BW. De gemeente Schaarbeek meende dat er sprake was van een rechterlijke fout die haar nadeel had berokkend. Zo zou de Raad van State ten onrechte geen toetsing met volle rechtsmacht hebben uitgeoefend, zou hij zijn beslissing niet correct hebben gemotiveerd en zou hij een reglementair bepaalde termijn hebben geschonden. De verwijzende rechter legde het Grondwettelijk Hof de vraag voor of de beoordeling van de Raad van State in twijfel mag worden getrokken in het raam van een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat wegens een rechterlijke fout. Omdat het arrest van de Raad van State volgens de verwijzende rechter niet vatbaar was voor hoger beroep, verzocht hij het Grondwettelijk Hof om te oordelen of de Anca-rechtspraak verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel en het recht op toegang tot de rechter. De voorwaarde dat de foutieve uitspraak volgens het Hof van Cassatie uit de rechtsorde moet zijn verdwenen, leidt er immers toe dat een categorie van personen het recht wordt ontzegd om vergoeding te verkrijgen voor schade veroorzaakt door een rechterlijke fout.

3. **De Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie**

5. Als uitgangspunt geldt dat de overheid, zoals elke burger, onderworpen is aan rechtsregels, met inbegrip van het aansprakelijkheidsrecht. De rechtspraak heeft de aansprakelijkheid voor de fouten van de uitvoerende, rechterlijke en wetgevende macht weliswaar slechts stapsgewijs erkend. Voor de uitvoerende macht zijn er tal van oude precedents, die teruggaan tot het Flandria-arrest uit 1920.⁸ In het eerder genoemde Anca-arrest van 19 december 1991

aanvaardde het Hof van Cassatie ook het principe van de overheidsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van magistraten.⁹ Pas in 2006 erkende het Hof ten slotte de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgevende macht.¹⁰

6. In het Anca-arrest oordeelde het Hof van Cassatie dat de overheid verplicht is om op grond van artikel 1382 BW de schade te vergoeden die door zijn fout of de fout van een van zijn organen aan derden is veroorzaakt bij “het verrichten van handelingen die het rechtstreeks voorwerp zijn van de rechtsprekende functie”. De beginselen van de scheiding der machten, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het gezag van het rechterlijk gewijsde kunnen de overheid in deze context niet vrijstellen van die verplichting.

7. Dat het Hof in dit arrest de tegenargumenten gebaseerd op het beginsel van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht verwerpt, hoeft niet te verbazen. Op grond van de orgaantheorie is het mogelijk om de overheid aansprakelijk te stellen voor de fouten van één van zijn organen, wanneer het orgaan binnen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheden heeft gehandeld of wanneer ieder redelijk en voorzichtig mens moet aannemen dat het orgaan binnen die grenzen heeft gehandeld. In het licht hiervan valt niet in te zien hoe een eventuele burgerlijke aansprakelijkheid van de overheid de onafhankelijkheid van een rechter in het gedrang kan brengen.¹¹ De basis van het Belgisch grondwettelijk stelsel is bovendien niet de absolute scheiding der machten, maar wel het evenwicht en de samenwerking tussen de machten.¹² Ook het gezag van gewijsde, dat verhindert dat een rechter opnieuw een oordeel uitsprekt over al eerder beslechte geschilpunten tussen dezelfde partijen,¹³ kan de mogelijkheid van een aansprakelijkheidsvordering op zich niet uitsluiten. Meestal zullen immers zowel de partijen als het voorwerp en de oorzaak van de vordering verschillen, en dit terwijl artikel 23 Ger.W. net vereist dat al deze elementen identiek zijn.

8. Een vordering tot schadevergoeding moet volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen vooraleer er sprake kan zijn van overheidsaansprakelijkheid wegens een fout in de uitoefening van een jurisdictionele functie.¹⁴

6 De prejudiciële vragen werden gesteld in een vonnis van 16 januari 2013 *Gemeente Schaarbeek/Belgische Staat*.

7 De Raad van State oordeelde dat de beslissing van het Rechtscollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest afdoende gemotiveerd is (RvS 22 november 2010, nr. 209.060).

8 Cass. 5 november 1920, *Pas* 1920, I, p. 193.

9 Cass. 19 december 1991, *Arr Cass* 1991-92, p. 364, *Pas* 1992, I, p. 316, concl. J. Velu.

10 Cass. 1 juni 2006, *Arr Cass* 2006, afl. 6-7-8, p. 1267, concl. M. DE Smaef; *NJW* 2006, afl. 145, p. 559, m.nt. I. Boone; *RW* 2006-07, afl. 6, p. 213; Cass. 28 september 2006, *Arr Cass* 2006, afl. 9, p. 1848; *TBP* 2007 afl. 9, p. 546, m.nt. E. Maes.

11 In die zin ook: concl. J. Velu bij Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, p. 143.

12 A. Alen, ‘De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen’, in A. Alen en S. Sottiaux, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten – Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, p. 12.

13 P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 45-46.

14 Cfr. A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Deventer: Kluwer 2014, p. 1082-1083.

- De eisende partij moet eerst alle beschikbare rechtsmiddelen hebben aangewend vooraleer de vordering tot schadevergoeding in te stellen. Als gevolg van de aanwending van die rechtsmiddelen moet de betrokken rechterlijke handeling vervolgens door een in kracht van gewijsde gegane beslissing zijn ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen; zij mag dus geen gezag van gewijsde meer hebben.

Er dient aan alle klassieke voorwaarden van artikel 1382 BW te zijn voldaan (fout, schade en oorzakelijk verband). De rechter mag hierbij geen strengere aansprakelijkheids criterium hanteren.

In het arrest van 30 juni 2014 acht het Grondwettelijk Hof de eerste voorwaarde (het vereiste dat de vermeend foutieve uitspraak na uitputting van de beschikbare rechtsmiddelen uit de rechtsorde moet verdwenen zijn) in bepaalde gevallen problematisch. Waar het Hof echter deze voorwaarde terzijde schuift, brengt het gelijktijdig een correctie aan op het klassieke foutbegrip in de zin van artikel 1382 BW. We belichten achtereenvolgens beide vernieuwingen.

4. De voorwaarde dat de betwiste uitspraak uit de rechtsorde moet zijn verdwenen

4.1 Draagwijdte in de rechtspraak van het Hof van Cassatie

9. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie veronderstelt de aansprakelijkheid op grond van een rechterlijke fout in beginsel dat de foutieve uitspraak is *"ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen (...) wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft"*.¹⁵

10. Concreet vereist het Hof van Cassatie dat op succesvolle wijze gebruik moet zijn gemaakt van de gewone rechtsmiddelen. Een hoger beroep moet bijvoorbeeld een wijziging of vernietiging van een eerdere uitspraak tot gevolg hebben. Als de betrokken partij verzet aantekende, moet dit verzet resulteren in de intrekking van een eerdere uitspraak.

Indien buitengewone rechtsmiddelen voorhanden zijn die kunnen leiden tot een intrekking of een herroeping, vereist het Hof van Cassatie dat een partij ook die (succesvol) aanwendt. De uitspraak waarin de fout werd begaan moet dus *"uit de juridische ordening verdwenen [zijn]"* door een latere uitspraak.¹⁶

11. De hoven en rechtbanken maken meestal consequent gebruik van deze toepassingsvoorwaarde,¹⁷ die het Grondwettelijk Hof in het arrest van 30 juni 2014 de voorwaarde van *"de voorafgaande uitwissing van de betwiste beslissing"* noemt. Wanneer we hierna verwijzen naar *"uit-*

wissing", wordt dan ook de voormelde toepassingsvoorwaarde bedoeld.

12. De ratio voor deze voorwaarde is in hoofdzaak te vinden in de coherentie van het jurisdictioneel systeem. Volgens het Hof van Cassatie kan het niet de bedoeling zijn om op grond van om het even welke (foutieve) rechterlijke beslissing een aansprakelijkheidsvordering in te stellen.¹⁸ Het niet toepassen van deze voorwaarde *"zou het gezag ondermijnen van de rechtsmiddelen en in strijd zijn met de wezenlijke regels van de rechterlijke organisatie en met de opdracht gegeven aan de hoven en rechtbanken"*.¹⁹

13. Het vereiste van de uitwissing van de schadeveroorzakende rechterlijke beslissing als *een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van vergoedbare schade* is niet vrij van kritiek. Het staat immers vast dat iemand schade kan lijden door (de gevolgen van) een foutieve rechterlijke beslissing in laatste aanleg, waartegen geen (doeltreffend) rechtsmiddel kan worden aangewend. Deze voorwaarde lijkt bovendien moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie, op grond waarvan overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht niet noodzakelijk een herziening veronderstelt van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt.²⁰

14. Door te stellen dat het vereiste van voorafgaande intrekking of verbreking slechts *"in de regel"* geldt, gaf het Hof van Cassatie zelf al aan dat uitzondering(en) mogelijk zijn.

De voorwaarde van voorafgaande uitwissing van de rechterlijke uitspraak lijkt vooreerst niet toepasbaar nadat het Europees Hof van de Rechten van de Mens ("EHRM") heeft vastgesteld dat die uitspraak in strijd is met het EVRM, althans in de mate andere internrechtelijke rechtsmiddelen de schadelijke gevolgen van de rechterlijke handeling niet ongedaan kunnen maken of de aard van de schending een herstel van die gevolgen uitsluit.²¹

Een andere uitzondering geldt als de benadeelde buiten zijn toedoen tegen de betrokken rechterlijke handeling geen rechtsmiddel kan aanwenden omdat de beslissing zelf is ingetrokken. In die omstandigheid heeft de schadelijder uiteraard geen belang meer om een vordering in te stellen om deze beslissing te laten intrekken of verbreken.

4.2 Beoordeling door het Grondwettelijk Hof

15. Het Grondwettelijk Hof gaat in het arrest van 30 juni 2014 in op de doelstellingen die het Hof van Cassatie via het vereiste van voorafgaande uitwissing wil bereiken. Het gaat vooral om de coherentie van het jurisdictioneel systeem en daarnaast het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het gezag van gewijsde.

15 Cfr. Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, afl. 239, p. 227, m.nt. I. Boone.

16 R.o. B.9.2 van het arrest nr. 99/2014.

17 Zie bvb. vrij recent nog Brussel 5 november 2013, *RW* 2014-15, afl. 20, 791 en Brussel 23 december 2015, 2013/AR/2292 (onuitg.).

18 Zie ook: concl. J. Velu bij Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, p. 146.

19 Cass. 5 juni 2008, *NJW* 2008, 192, p. 881, m.nt. I. Boone.

20 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, r.o. 39; HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, r.o. 55.

21 Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, afl. 239, p. 227, m.nt. I. Boone.

16. Een coherent rechterlijk systeem impliceert dat elke partij die meent geschaad te zijn door een rechterlijke uitspraak, in de eerste plaats de rechtsmiddelen benut waarover ze beschikt om deze schade te laten herstellen.²² Bij het ontbreken van substantiële drempels om een vordering in te stellen, bestaat het risico dat partijen de procedure op grond van een onrechtmatige daad gaan beschouwen als een “normaal” rechtsmiddel.²³

17. De doelstelling om te vermijden dat een aansprakelijkheidsvordering definitieve rechterlijke beslissingen in vraag kan stellen, is volgens het Grondwettelijk Hof dus legitiem. Het vereiste van een uitwissing van een rechterlijke beslissing gaat volgens het Hof echter verder dan noodzakelijk om die doelstelling te bereiken. Het Hof hecht hierbij veel belang aan het recht op toegang tot de rechter voor rechtzoekenden op basis van artikel 6 EVRM. Volgens het Grondwettelijk Hof moet er een belangenafweging gebeuren tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de toegang tot de rechter voor wie meent schade te lijden door een rechterlijke fout.

Het door artikel 6 EVRM toegekende recht moet volgens het Grondwettelijk Hof de bovenhand krijgen als aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. Er moet sprake zijn van een vermeende fout van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie waartegen slechts “beperkte” of “niet doeltreffende” rechtsmiddelen openstaan. Bovendien moet het gaan om een voldoende gekwalificeerde fout.

18. De draagwijdte van het prejudiciële arrest lijkt ruim te zijn en betrekking te hebben op om het even welke rechterlijke uitspraak (andere administratieve rechtscolleges, burgerlijke hoven...). Het Hof verwijst in het grootste deel van zijn motivering en het beschikkend gedeelte van het prejudicieel arrest consequent naar “een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie”. Bovendien steunt het Hof zijn motivering op “de beslissende rol die de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instanties spelen”.²⁴

19. Het arrest van het Grondwettelijk Hof lijkt dus te impliceren dat de gewone burgerlijke rechter ook het al dan niet foutief karakter van uitspraken van het Hof van Cassatie of het Grondwettelijk Hof kan beoordelen.²⁵ Hierbij kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst.

20. Door de rechtmatigheid van de uitspraken van hiërarchisch lagere rechters te toetsen en gevolgen te verbin-

den aan de schending van de wet, oefent het Hof van Cassatie een controlerende en coördinerende taak uit, zonder uitspraak te doen over de feiten zelf. Hierdoor zou twijfel kunnen rijzen of een rechter in eerste aanleg die zich over een aansprakelijkheidsvordering moet uitspreken, wel goed geplaatst is om een cassatiearrest te beoordelen.

Het Grondwettelijk Hof beoogt in zijn recente arrest echter de door het recht van de Europese Unie en het interne recht toegekende waarborgen inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten op elkaar af te stemmen.²⁶ In dit verband is het Hof van Justitie van oordeel dat een verregaande bescherming van de rechten van particulieren die zich op het EU-recht beroepen, noodzakelijk is. Het moet met name mogelijk zijn om schadevergoeding te verkrijgen wegens de schending van deze rechten door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie,²⁷ waaronder ook een fout begaan door een cassatierechter.²⁸

In de mate dat een procedure op grond van een fout begaan door het Hof van Cassatie zou leiden tot een cassatieberoep, heeft dit wel een bijzonder gevolg. In dat geval zal het Hof van Cassatie – als orgaan die de beweerde fout beging – zelf de uitlegging van het foutbegrip, toegepast op haar beweerd eigen foutief handelen, decisief kunnen beïnvloeden. Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat, gelet op het onpartijdigheidsbeginsel, de cassatierechters die de betwiste uitspraak gedaan hebben, zich dan niet mogen uitspreken over deze aansprakelijkheidsvordering.²⁹

21. Opvallend is nog de overweging van het Grondwettelijk Hof dat de Anca-rechtspraak van het Hof van Cassatie tot gevolg kan hebben dat “het slachtoffer (...) tegelijkertijd het recht om de Staat aansprakelijk te stellen en de mogelijkheid om de vermeende onregelmatigheid die door die rechtsprekende instantie zou zijn begaan aan een jurisdictionele beoordeling te onderwerpen, [wordt] ontzegd”.³⁰

Er zijn beperkingen op het recht op toegang tot de rechter mogelijk, voor zover zij een gewettigd doel nastreven en er een redelijke verhouding van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Dit grondrecht impliceert dus niet dat elke persoon steeds het recht heeft om een onregelmatigheid van die rechtsprekende instantie aan een nieuwe jurisdictionele beoordeling te onderwerpen.³¹

Wel heeft het EHRM in het verleden al een billijke genoegdoening toegekend indien een rechterlijke uitspraak de verplichtingen op grond van artikel 6 EVRM miskent omdat deze op basis van onduidelijke motieven een vordering

22 A. Durviaux, “La responsabilité de l’Etat pour les fautes commises par ses magistrats”, noot onder Brussel 14 januari 2000, *JLMB* 2000, p. 597.

23 T. Barkhuysen, M.L. Van Emmerik en R. Van Der Hulle, ‘Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?’, In T. Barkhuysen, W. Den Ouden en M.K.G. Tjepkema (eds.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitik*, Deventer: Kluwer 2012, p. 251.

24 R.o. B.20.1.

25 In een recent arrest bevestigt het Grondwettelijk Hof dat de beginselen van het arrest nr. 99/2014 kunnen toegepast worden in geval van een aansprakelijkheidsvordering op grond van een fout begaan door het Hof van Cassatie (GwH nr. 29/2017 van 23 februari 2017).

26 R.o. B.21.

27 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, r.o. 36.

28 Cfr. HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, waarin het Hof van Justitie zich uitsprak over de overheidsaansprakelijkheid op grond van een fout van het Italiaanse Corte Suprema di Cassazione (Italiaanse cassatierechter).

29 GwH nr. 29/2017 van 23 februari 2017, r.o. B.11-B.13.

30 R.o. B.13.2.

31 EHRM 22 november 2011, *Andrejev/Estland*, r.o. 68; EHRM 19 november 2013, *Avdić e.a./Bosnië en Herzegovina*, r.o. 34.

als onontvankelijk afwijst.³² In dezelfde zin oordeelde het EHRM dat indien *"the domestic courts have applied the law in a particular case manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions"* dit een *"denial of justice"* inhoudt.³³ Indien een rechterlijke beslissing voorligt waarvan de onredelijkheid *"so striking and palpable on the face"* is, kan de onmogelijkheid om deze uitspraak nadien nog te betwisten, het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengen.³⁴ Wellicht valt de voormelde overweging van het Grondwettelijk Hof dan ook te begrijpen als een verwijzing naar de onmogelijkheid om een vermeende *manifeste* onregelmatigheid aan een jurisdictionele beoordeling te onderwerpen. Het Hof vereist in haar arrest van 30 juni 2014 immers dat de betreffende fout (begaan door een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie) *"aantoonbaar en ernstig"* is. Dit brengt ons naadloos bij het volgende vraagstuk.

5. De beoordelingsmaatstaf voor het vaststellen van een rechterlijke fout

5.1 De rechtspraak van het Hof van Cassatie

22. Wanneer is er sprake van een fout die de magistraat in de uitoefening van zijn rechtsprekend ambt begaat? In verscheidene arresten maakt het Hof toepassing van het klassieke dubbele foutcriterium.³⁵ Ofwel is er sprake van een resultaatsverbintenis, waarbij de schending van een norm die een bepaald gedrag voorschrijft of verbiedt, op zich leidt tot de vaststelling van een fout.³⁶ Ofwel moet een beoordeling gebeuren op basis van de zorgvuldigheidsnorm, waarbij de betwiste handeling *in abstracto* wordt getoetst aan de hypothetische handelswijze van een normaal zorgvuldig en voorzichtig magistraat.

23. Er bestaat weliswaar weinig rechtspraak die de strikte opvatting van de eenheid van fout en onwettigheid toepast bij de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid voor de rechterlijke macht. De afdeling Wetgeving van de Raad van State meent dat de aansprakelijkheidsnorm inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten steeds meer neigt naar de opvatting dat niet elke schending van een hogere rechtsnorm noodzakelijk een fout oplevert.³⁷

Ook in recente rechtspraak houdt het Hof van Cassatie weliswaar vast aan het klassieke dubbele foutcriterium. Vaak

is echter een concrete beoordeling vereist in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat er geen bijzondere regels zijn die een rechter opleggen om in een bepaalde zin te oordelen over een specifiek geschil.³⁸ Het bestaan van een wettelijk kader sluit evenmin een toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel uit. Voorts beschikt de rechter over de keuzevrijheid om voor een bepaalde minderheidsstrekking in de rechtspraak of rechtsleer te opteren.³⁹ Er moet rekening worden gehouden met de rol van de rechter en de dynamiek in de rechtspraak, die tot gevolg hebben dat verschillende interpretaties van wetteksten door magistraten mogelijk zijn.⁴⁰ Een feitenrechter handelt evenmin automatisch foutief door een wetsbepaling toe te passen zonder zelf de ongrondwettigheid ervan op te werpen die het Grondwettelijk Hof pas later vaststelt.⁴¹ In geen van deze gevallen volstaat de loutere vaststelling dat een rechter een norm verkeerd heeft geïnterpreteerd of toegepast om tot het bestaan van een fout te besluiten.

5.2 De Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie: vereiste van een gekwalificeerde schending

24. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit voort dat elke persoon een EU-lidstaat aansprakelijk kan stellen voor schade ten gevolge van een schending van het EU-recht. Het is daarbij niet relevant welk orgaan van de Staat die schending door een handeling of verzuim heeft veroorzaakt (vergelijk de bijdrage van Ortlep en Widdershoven; *O&A* 2017/35).⁴²

Het Hof oordeelde in het *Brasserie du Pêcheur*-arrest dat het EU-recht een recht op schadevergoeding toekent wanneer is voldaan aan drie voorwaarden. Met name is vereist (1) dat de geschonden rechtsregel tot doel heeft aan particulieren rechten toe te kennen; (2) dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending; en (3) dat een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de door de benadeelde persoon of personen geleden schade.⁴³

De vraag of er sprake is van "een voldoende gekwalificeerde schending" is afhankelijk van de aard van de schending van het EU-recht. Deze fout kan bestaan:

- ofwel in de niet-nakoming van een resultaatsverplichting, wanneer een lidstaat bij de toepassing of de uitvoering van het EU-recht slechts een zeer beperkte of helemaal geen beoordelingsbevoegdheid heeft;⁴⁴

32 EHRM 21 maart 2000, *Dulaurans/Frankrijk*, r.o. 34. Zie in dit verband ook EHRM 5 februari 2015, *Bochan/Oekraïne*, r.o. 62 en de verwijzing van het Hof van Justitie naar het *Dulaurans*-arrest van het EHRM in het *Köbler*-arrest (HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, r.o. 49).

33 EHRM 9 april 2013, *Andelković/Servië*, r.o. 24.

34 EHRM 5 februari 2015, *Bochan/Oekraïne*, r.o. 62.

35 Cfr. Cass. 8 december 1994, *RW* 1995-96, p. 183, m.nt. A. Van Oevelen; Cass. 5 juni 2008, *RW* 2008-09, p. 800, m.nt. A. Van Oevelen; Cass. 25 maart 2010, *NJW* 2011, afl. 239, p. 227, m.nt. I. Boone. Voor een recente toepassing: zie Brussel 5 november 2013, *RW* 2014-15, afl. 20, p. 791.

36 Onder voorbehoud van een rechtvaardigingsgrond zoals overmacht, een noodtoestand of onoverwinnelijke dwaling.

37 Advies RvS bij een wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de heropening van de rechtspleging in burgerlijke zaken, *Parl. St. Kamer* 2012-13, nr. 2014/2, p. 8.

38 P. Van Ommeslaghe, "La responsabilité des pouvoirs publics", in F. Tulkens en J. Sautois (coord.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 2014, p. 24.

39 In die zin: Brussel 8 december 1999, *JR* 2000, p. 338.

40 I. Samoy en F. Auvray, 'Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht... het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht' (te verschijnen).

41 Bergen, 27 februari 2007, *JT* 2009, afl. 6346, p. 213.

42 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, r.o. 37-41 (sindsdien vaste rechtspraak).

43 HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 51; HvJ EU 10 juli 2014, C-244/13, *Ogierakhi*, r.o. 50; conclusie Advocaat-Generaal Kokott van 15 mei 2014 bij de procedure HvJ EU C-318/13, r.o. 68.

44 HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 46; HvJ EU 17 april 2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET Srl*, r.o. 81.

- ofwel in de kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat van de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid.⁴⁵

25. Het criterium van de manifeste schending kan in hoofdzaak worden verklaard door de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten om bij de uitoefening van normatieve bevoegdheden in materies die onder het EU-recht vallen in het algemeen belang maatregelen vast te stellen die de rechten van particulieren aantasten. Het risico op vorderingen tot schadevergoeding mag deze bevoegdheid niet systematisch belemmeren.⁴⁶ In de zaak Köbler⁴⁷ en later in de zaak Traghetti del Mediterraneo⁴⁸ heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de drie voormelde voorwaarden van het Brasserie du Pêcheur-arrest ook gelden voor schendingen van het EU-recht door rechterlijke beslissingen.

Van een gekwalificeerde schending kan volgens het Hof dan slechts sprake zijn “in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden”.⁴⁹ Volgens het Hof moet bij de beoordeling van een uitspraak van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie, rekening worden gehouden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met eisen van rechtszekerheid.⁵⁰

26. Bij de (marginale) beoordeling of er sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing, moet een burgerlijke rechter volgens het Hof van Justitie, in functie van alle aspecten die de hem voorgelegde situatie kenmerken, in elk geval rekening houden met de volgende criteria:⁵¹

- In welke mate is de geschonden norm duidelijk en nauwkeurig?
- Gaat het om een opzettelijke schending?
- Is de rechtsdwaling verschoonbaar?
- Werd in het verleden door een EU-instelling standpunt ingenomen?
- Is er sprake van de schending van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen?

Vooralsnog heeft het Hof van Justitie het relatieve gewicht van deze criteria niet verduidelijkt.⁵² Het komt toe aan de rechter die zich over de aansprakelijkheidsvordering uitsprekt om in het licht van alle elementen het al dan niet manifeste karakter van de eventueel vastgestelde schending te beoordelen.

In het licht van deze criteria lijkt het duidelijk dat de loutere verkeerde toepassing van het materiële recht op zich onvol-

doende is om te besluiten tot overheidsaansprakelijkheid.⁵³ Het Hof laat echter de deur op een kier om bij een schending van het EU-recht toch automatisch tot overheidsaansprakelijkheid te besluiten. Zo geldt er “een vermoeden van een fout” als een rechter “kennelijk voorbijgaat aan de rechtspraak van het Hof op het betrokken gebied”, m.a.w. indien de rechter categoriek weigert bestaande (vaste) rechtspraak van het Hof van Justitie toe te passen.⁵⁴

27. Het Hof van Justitie gaat inzake de overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten uit van een “jurisprudentiële minimumharmonisatie”.⁵⁵ Het criterium van de gekwalificeerde schending is “noodzakelijk en voldoende” om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen. Dit sluit volgens het Hof echter niet uit dat de Staat op grond van het nationale recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn. Een wetelijke regeling die de mogelijkheid tot schadevergoeding wegens een verkeerde uitleg of toepassing van EU-recht daarentegen beperkt tot gevallen van opzet of grove nalatigheid, is daarom voor het Hof van Justitie onaanvaardbaar.⁵⁶

28. Het standpunt dat het vereiste van de voorafgaande uitwissing niet toepasbaar is in geval van een aansprakelijkheidsvordering die gesteund is op een miskenning door een rechterlijke uitspraak van het EU-recht, lijkt ook te zijn bevestigd door een uitspraak van het Hof van Justitie van na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014.

In het arrest *Ferreira da Silva e Brito* van 9 september 2015 moest het Hof van Justitie prejudiciële vragen beantwoorden naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering op grond van een vermeend onrechtmatige uitspraak van het Portugese *Supremo Tribunal de Justiça*.⁵⁷ De cassatierichter zou, naar de mening van de eisende partijen in de bodemprocedure, in een eerdere uitspraak een onjuiste uitlegging hebben gegeven van een begrip vermeld in een Europese richtlijn. Op grond van Portugese wetgeving kon een aansprakelijkheidsvordering weliswaar slechts worden ingesteld na vernietiging van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt.

Het Hof benadrukt dat het mogelijk moet zijn om een kennelijke schending van het Unierecht door een rechterlijke beslissing in te roepen als die schadeveroorzakende rechterlijke beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep en een

45 HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 55; conclusie Advocaat-Generaal Bot in de procedure C-244/13, r.o. 57.

46 HvJ EU 26 maart 1996, C-392/93, *British Telecommunications*, r.o. 40.

47 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*.

48 HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

49 HvJ EU, Köbler, r.o. 53.

50 HvJ EU, Köbler, r.o. 53.

51 HvJ EU, Köbler, r.o. 55; HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, r.o. 43.

52 P. Cabral en M.C. Chaves, ‘Member State Liability for Decisions of National Courts Adjudicating at Last Instance’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 1, p. 120.

53 J. P. V. R. Van Bogaert, noot onder HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, SEW 2004, p. 264.

54 J. P. V. R. Van Bogaert, noot onder HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, SEW 2004, p. 264.

55 V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Antwerpen: Maklu, 2005, p. 264.

56 HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, r.o. 33-40; HvJ EU 24 november 2011, C-379/10, *Commissie t. Italië*, r.o. 35.

57 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*.

vernietiging ervan “*in feite uitgesloten is*”.⁵⁸ De voorwaarde van een voorafgaandelijke vernietiging van de rechterlijke beslissing vormt in die omstandigheden een “*ernstige belemmering voor de effectieve toepassing van het Unierecht*”, die niet gerechtvaardigd kan worden door het beginsel van het gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel.⁵⁹ De Portugese regeling is volgens het Hof dan ook onverenigbaar met het EU-recht in de mate dat deze toepasbaar is op aansprakelijkheidsvorderingen voor de schade die particulieren lijden wegens een schending van het Unierecht.

Vanzelfsprekend zijn de juridische context en de randvoorwaarden van de Portugese vereiste van de “voorafgaande vernietiging” niet identiek aan die van de Belgische voorwaarde van de “voorafgaande uitwissing” (met de hoger besproken uitzonderingen). Het standpunt van het Hof van Justitie lijkt echter principieel te zijn en te gelden voor elke aansprakelijkheidsvordering gesteund op een miskenning van het EU-recht door een uitspraak in laatste aanleg.⁶⁰ Het lijkt o.i. dan ook zeer aannemelijk dat het oordeel van het Hof van Justitie identiek zou zijn indien het zich over de Belgische cassatierechtspraak zou moeten uitspreken in gelijkaardige omstandigheden (nl. een aansprakelijkheidsvordering gesteund op een miskenning van het EU-recht tegen een rechterlijke beslissing in laatste aanleg).

Dit brengt ons tot het volgende punt, met name de aansluiting die het Grondwettelijk Hof zoekt bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in deze materie, en dit ook voor fouten die zich buiten de toepassingssfeer van het EU-recht bevinden.

5.3 Standpunt van het Grondwettelijk Hof: zonder voorafgaande uitwissing van de betwiste rechterlijke beslissing in laatste aanleg, is een voldoende gekwalificeerde schending vereist

29. Het Grondwettelijk Hof is in het arrest van 30 juni 2014 van oordeel dat ook een niet uitgewiste foutieve rechterlijke uitspraak tot overheidsaansprakelijkheid aanleiding kan geven. Dit is met name het geval voor aansprakelijkheidsvorderingen over rechterlijke uitspraken in laatste aanleg, waarvan de uitwissing onmogelijk is omwille van de beperkte rechtsmiddelen die tegen die beslissing openstaan. In die gevallen zoekt het Grondwettelijk Hof aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Justitie en moet de rechter het criterium toepassen van “een voldoende gekwalificeerde schending”. De vraag of de vermeende fouten zich al dan niet binnen de toepassingssfeer van het EU-recht bevinden, blijkt voor het Hof niet doorslaggevend te zijn.

30. Deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake rechterlijke aansprakelijkheid staat in scherp contrast met de hoger besproken rechtspraak van het Hof van Cassa-

tie. Vooreerst ziet het Hof van Cassatie toe op het respecteren van de voorwaarde van voorafgaande uitwissing, zij het dat het hieraan zelf geen absolute invulling geeft. Daarnaast meent het Hof van Cassatie dat het hanteren van de Köbler-aansprakelijkheidscriteria van het Hof van Justitie in strijd is met artikel 1382 BW (zelfs voor vorderingen in een Europeesrechtelijke context).⁶¹

Het Grondwettelijk Hof is daarentegen van oordeel dat een rechterlijke uitspraak in laatste aanleg die niet voorafgaandelijk is uitgewist enkel tot aansprakelijkheid kan leiden als er sprake is van een “voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel” of een “aantoonbare en ernstige fout”.⁶² Zo wil het Hof vermijden dat elke “lichte fout” in een bestaande rechterlijke uitspraak aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid van de overheid. Hiermee vervangt het Hof de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing van vonnissen of arresten gewezen in laatste aanleg, die een te verregaande inmenging vormt op het recht op toegang tot de rechter, door een aansprakelijkheids criterium dat wel verenigbaar is met dit fundamentele recht.

31. Hoe moet de door het Grondwettelijk Hof gecreëerde voorwaarde van een “fout bestaande uit een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke rechtsregels” nu worden begrepen in het licht van de vijf bovenvermelde criteria die het Hof van Justitie hanteert?

- Een belangrijk criterium lijkt de vraag of de geschonden norm duidelijk en nauwkeurig is. Hoe duidelijker en nauwkeuriger de norm, hoe groter de kans dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending.
- Het criterium inzake het duidelijke en nauwkeurige karakter van de toegepaste norm houdt ook onlosmakelijk verband met de vraag wat de stand was van het recht (zowel wetgeving, rechtspraak als rechtsleer) op het ogenblik van de bestreden beslissing. In het arrest *Milena Tomášová* van het Hof van Justitie werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de datum van het arrest waarbij het Hof bepaalt welke verplichtingen het Unierecht aan de nationale rechter oplegt, relevant is voor de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten (uiteraard naast andere aspecten die de voorgelegde situatie kenmerken).⁶³
- De vraag of de fout gerechtvaardigd (of verschoonbaar) is, lijkt vaak ook te zullen samenvallen met het criterium inzake het duidelijk en nauwkeurig karakter en de stand van de rechtspraak.⁶⁴
- Het criterium van opzet lijkt minder gemakkelijk toepasbaar. Uitspraak doen over het opzettelijke karakter van een fout, veronderstelt immers een beoordeling

58 HvJ EU 9 september 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, r.o. 60. Het Hof verduidelijkt dat de beslissingen van het *Supremo Tribunal de Justiça* slechts in een beperkt aantal gevallen kunnen worden getoetst (HvJ EU, *Ferreira da Silva e Brito*, r.o. 52).

59 HvJ EU 9 september, *Ferreira da Silva e Brito*, r.o. 59.

60 Zie beschikkend gedeelte van het *Ferreira da Silva e Brito*-arrest.

61 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2001-02, p. 1096-1097, m.nt. A. van Oevelen. R.o. B.20.1-B.20.2.

62 HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, *Milena Tomášová*.

64 In die zin: opinie van Advocaat-Generaal Leger van 8 april 2003 bij HvJ EU, C-224/01, *Köbler*, r.o. 139.

van het subjectieve karakter van deze fout en lijkt dan ook bijzonder moeilijk.

- De vraag of een schending voorligt van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen, lijkt zeker in een Europeesrechtelijke/internationaalrechtelijke context belangrijk. Op grond van artikel 267 VWEU geldt (in beginsel) voor een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, een verplichting om een door een partij opgeworpen prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.⁶⁵ Ook is er de (principiële) verplichting om op grond van artikel 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof als een partij daartoe een vraag stelt.⁶⁶

Het valt af te wachten hoe de Belgische rechtspraak de voormelde door het Hof van Justitie gehanteerde criteria in de praktijk zal toepassen. Meer bepaald is het voornamelijk onduidelijk in welke mate de toetsingsintensiteit van de “voldoende gekwalificeerde schending” daadwerkelijk verschilt met die van het hoger besproken klassieke dubbele foutcriterium bij het beoordelen van het bestaan van een rechterlijke fout.

Het vonnis van de Franstalige Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 28 april 2016 in de zaak ingesteld door de gemeente Schaarbeek, dat werd gewezen na de prejudiciële vraag en het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014, is op dit punt alvast dubbelzinnig.⁶⁷ Hoewel de rechtbank gebonden is door het voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof en het daarin vermelde vereiste van een “zware en manifeste fout”, besluit zij in casu tot een fout omdat de Raad van State haar bevoegdheden niet heeft uitgeoefend op een zorgvuldige en diligente manier.⁶⁸

6. Kritische analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

32. De motieven die het Grondwettelijk Hof aanhaalt om af te wijken van de klassieke toets voor de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid op grond van een foutieve uitspraak in laatste aanleg, verschillen van die van het Hof van Justitie. Terwijl het Hof van Justitie in het Köbler-arrest als rechtvaardiging voor het vereiste van een gekwalificeerde schending louter *in abstracto* verwees naar het rechtszekerheidsbeginsel en de aard van de rechterlijke functie, houdt het Grondwettelijk Hof meer concreet rekening met de “*beslissende rol*” van de in laatste aanleg oordelende rechterlijke instanties voor de interpretatie en de

toepassing van het recht. Daarnaast wil het Hof het risico op vergissingen door de rechter die over de overheidsaansprakelijkheidsvordering moet oordelen, zoveel mogelijk minimaliseren (waartegen weliswaar opnieuw rechtsmiddelen openstaan).⁶⁹

Dat het Grondwettelijk Hof verwijst naar het risico op vergissingen door de rechter die over de aansprakelijkheidsvordering uitspraak doet, hoeft niet te verbazen. Een belangrijk gevolg van het arrest van 30 juni 2014 is immers dat een hiërarchisch lagere rechtbank zich, na een procedure die geleid heeft tot een uitspraak in laatste aanleg, zal moeten uitspreken over het al dan niet foutief karakter van die eerdere uitspraak. Een en ander zal wellicht leiden tot een versterking van de rol van hiërarchisch lagere rechters, die hierdoor de mogelijkheid hebben om de uitspraken van hiërarchisch hogere rechterlijke instanties te beoordelen.⁷⁰

33. Het Grondwettelijk Hof verantwoordt de invoering van dit nieuwe criterium op grond van een “noodzaak” om de waarborgen die in het EU-recht gelden ook toepasselijk te maken op het interne recht.⁷¹ Het Grondwettelijk Hof beoogt op die manier een eenvormige rechtspraak te creëren.

Deze redenering gaat echter voorbij aan de hoger besproken Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie, die een nationale aansprakelijkheidsregeling onder minder beperkende voorwaarden toelaat.⁷²

Daarnaast lijkt deze verantwoording moeilijk verzoenbaar met bepaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over “zuiver” internrechtelijke situaties. Als uitgangspunt geldt daarbij dat het EU-recht in beginsel niet geldt in “zuiver interne situaties” die niet door dit recht worden beheerst.⁷³ De zaak die voorlag bij de Raad van State en in de navolgende burgerlijke procedure aanleiding gaf tot de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof, lijkt net te kwalificeren als een dergelijke “zuiver interne situatie”. Het geschil had betrekking op de vraag of een natuurlijk persoon al dan niet daadwerkelijk was gedomicilieerd in een bepaalde gemeente.

34. Uit het arrest van 30 juni 2014 kan afgeleid worden dat het Grondwettelijk Hof een *spontane harmonisatie* van het overheidsaansprakelijkheidsrecht betracht. Spontane harmonisatie houdt in dat de nationale wetgever of nationale rechters op vrijwillige basis oplossingen van het

65 Aldus kan de weigering van een rechter om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie een kennelijke schending van het EU-recht opleveren (Brussel 23 december 2015, 2013/AR/2292 – onuitg.).

66 Ook op deze verplichting gelden evenwel onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen, zoals bvb. de “*acte claire*” (wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat een bepaling klaarblijkelijk niet geschonden is).

67 Franstalige Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, vonnis van 28 april 2016, A.R. 2011/2591/A, onuitg.

68 De Belgische Staat wordt echter niet veroordeeld; de rechter stelt vast dat in die zaak het causaal verband ontbreekt.

69 R.o. B.20.2.

70 J. Komarek, ‘Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order’, *CML Rev* 2005, p. 14, voetnoot 23.

71 R.o. B.21.

72 HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 66; HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, r.o. 53; HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, r.o. 50.

73 Cfr. GwH 2 februari 2012, nr. 13/2012, r.o. B.5.3. Bij arrest GwH 26 september 2013, nr. 121/2013 lijkt het Grondwettelijk Hof deze rechtspraak te nuanceren (zie r.o. B.58.1 e.v.).

EU-recht toepassen op gelijkaardige interne situaties.⁷⁴ Van Gerven verwijst in dit verband naar *"the growing together of rules through voluntary or even spontaneous action – and therefore not necessarily occurring because of a legal obligation, but for reasons of consistency, natural justice or simply convenience"*.⁷⁵

Deze spontane harmonisatie lijkt in het bijzonder gerechtvaardigd omdat bepaalde onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht niet ontsnappen aan de steeds toenemende regulering op EU-niveau en hierdoor verkoking dreigt te ontstaan. Zo voorziet de richtlijn 2014/104/EU bijzondere regels inzake rechtsbescherming bij inbreuken op mededingingsregels. Deze richtlijn geldt niet enkel voor inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU, maar ook op nationale regels die overwegend dezelfde doelstelling nastreven en parallel met het EU-mededingingsrecht worden toegepast.⁷⁶

Voorts zijn uitiem de lidstaten zelf (via regulering of via rechterlijke beslissingen) verantwoordelijk en het best geplaatst om de problemen die gepaard gaan met omgekeerde discriminatie op te lossen.⁷⁷ De doelstelling om een consistente rechtsbescherming inzake aansprakelijkheidsvorderingen op grond van artikel 1382 BW te garanderen lijkt in dit verband zeker verdedigbaar.

35. Mogelijk steunde het Grondwettelijk Hof voor het aan de kant schuiven van het vereiste van de voorgaande uitwissing op die bekommernis om de eenheid van de rechtsbescherming te waarborgen.

Als gevolg van de Köbler-rechtspraak moet een nationale rechter een vordering gegrond verklaren zodra er sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht, op voorwaarde dat de relevante Europeesrechtelijke bepaling rechten toekent aan particulieren en bij hen schade veroorzaakt. Dit automatisme bestond echter niet voor "zuiver" nationaalrechtelijke bepalingen en een heel aantal grondwettelijke rechten die gelijktijdig in het EVRM worden gewaarborgd.⁷⁸ Vanuit het perspectief van de rechtzoekende rijst dan ook de vraag waarom rechten die binnen de toepassingssfeer van het EU-recht vallen, een ruimere bescher-

ming behoeven dan rechten op basis van het nationale recht of de nationale Grondwet.⁷⁹

Niettegenstaande de staatsrechtelijke fundering van het onderscheid tussen de toepassingssfeer van het EU-recht en het interne recht, kan om redenen van rechtseenheid kritiek worden gegeven op dit verschil in jurisdictionele waarborgen. Het lijkt bijvoorbeeld weinig billijk dat een beperkte rechtsbescherming geldt inzake de schending van grondwettelijke rechten, maar een ruimere rechtsbescherming voor de schending van een richtlijn die louter een technische reglementering omvat. Met het arrest van 30 juni 2014 maakte het Grondwettelijk Hof een einde aan deze asymmetrie. Tot voor dit arrest viel aan te nemen dat er voor rechterlijke fouten twee aansprakelijkheidsregimes golden (met of zonder voorwaarde van voorafgaande uitwissing), afhankelijk van de vraag of situaties al dan niet beheerst werden door het EU-recht (zie hoger). Voortaan geldt dat het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen een bestaande (niet uitgewiste) uitspraak in laatste aanleg in beginsel mogelijk is, ongeacht de vraag of een situatie al dan niet beheerst is door het EU-recht. In beide gevallen geldt dan hetzelfde gekwalificeerde foutcriterium, waardoor – althans in de hypothese dat de uitwissing van de betwiste uitspraak niet kon worden verkregen door de uitoefening van de beschikbare rechtsmiddelen – een gelijkwaardige bescherming geldt als voor vorderingen op grond van het EU-recht.

36. De draagwijdte van de in het arrest van het Grondwettelijk Hof vooropgestelde toetsingsnorm van een "voldoende gekwalificeerde schending" lijkt beperkt tot niet uitwisbare rechterlijke uitspraken in laatste aanleg. Dit arrest roept aldus de vraag op of het gekwalificeerde foutcriterium niet moet worden veralgemeend. Door te opteren voor het criterium van "een voldoende gekwalificeerde schending" is immers een nieuw onderscheid in behandeling gecreëerd tussen aansprakelijkheidsvorderingen op grond van rechterlijke fouten. Als een uitspraak voorafgaandelijk is uitgewist, vindt het gemeenrechtelijke foutbegrip toepassing. Zonder voorafgaande uitwissing is een voldoende gekwalificeerde schending noodzakelijk. Het onderscheid dreigt opnieuw de eenheid in de rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten te verstoren.

De toekomst zal overigens uitwijzen hoe groot het verschil is tussen het gewone en het gekwalificeerde foutbegrip.⁸⁰

74 T. Heukels en J. Tib, 'Towards Homogeneity: Convergence and Divergence', in P. Beaumont, C. Lyons en N. Walker, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 128.

75 W. Van Gerven, 'Two Twin-Principles of EU Law', in U. Bernitz, J. Nergelius en C. Cardner (eds.), *General principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, p. 44.

76 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pub.L.* 5 december 2014.

77 D. Hanf, 'Reverse Discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity or Judicial Choice?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, p. 57.

78 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van de rechtsbescherming in de veelzijdige Europese rechtsorde*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 2006, p. 15.

79 T. Heukels en J. Tib, "Towards Homogeneity: Convergence and Divergence", in P. Beaumont, C. Lyons en N. Walker, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 128.

80 Zo wordt verdedigd dat de invulling van het nationale zorgvuldigheidsnorm en de Europeesrechtelijke vereiste van het voldoende gekwalificeerde foutbegrip in grote lijnen met elkaar overeen lijken te stemmen en beide een gelijkaardige mate van beoordelingsvrijheid toekennen aan de rechter (I. Samoy en F. Auvray, 'Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht... het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht' – te verschijnen).

De rechter die uitspraak doet over de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechter zal steeds oog moeten hebben voor het wettelijke kader en de rechterlijke beoordelingsruimte. De taken van een rechter zijn niet beperkt tot de loutere toepassing en interpretatie van wettelijke en reglementaire normen. Steeds vaker moet de rechter in onze gelaagde rechtsorde evenwichten zoeken tussen belangen, rechten en beginselen op verschillende niveaus. Het standpunt dat een rechter een fout die wordt begaan door een andere (zelfs hiërarchisch hogere) rechter soms eenvoudig kan vaststellen, lijkt deze rechterlijke appreciatiemarge en de dialectiek van het rechterlijk proces te miskennen. Daarnaast kunnen zowel wettelijke als reglementaire normen onduidelijk zijn. Een rechter past die normen niet louter mechanisch toe, maar heeft een eigen dynamische inbreng in de ontwikkeling en vooruitgang van ons rechtssysteem, bijvoorbeeld door te kiezen voor een minderheidsstrekking. Het bepalen van een hypothetische “juiste” handelswijze lijkt in het licht van deze rechterlijke beoordelingsmarge geenszins evident.

Bovendien lijkt het ook belangrijk om zoveel mogelijk risico's op vergissingen door hiërarchisch lagere rechtscolleges te vermijden.⁸¹ Ook dit vormt een belangrijke reden om rechterlijke beslissingen in een navolgende burgerlijke procedure slechts beperkt te toetsen.

De meeste van de voormelde argumenten gelden onafhankelijk van de vraag of de betrokken uitspraak voorafgaandelijk werd uitgewist. Er lijkt dan ook geen noodzaak om voor rechterlijke uitspraken op basis van dit criterium een verschillende toetsingsnorm te hanteren. Deze vraag viel weliswaar buiten het bestek van het arrest van het Grondwettelijk Hof en het valt af te wachten of het Hof van Cassatie bereid zal zijn om zijn rechtspraak in die zin aan te passen.

7. Welke toekomst voor vorderingen op grond van fouten van de rechterlijke macht in België?

37. Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 daagt uit om het huidige beoordelingskader voor de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht te herdenken en bij uitbreiding het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Hierbij dient een evenwicht te worden nagestreefd tussen de vereisten van de nationale rechtsorde en het supranationale kader, zoals vormgegeven in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM, en in het bijzonder het fundamentele recht op toegang tot de rechter. Het arrest van het Grondwettelijk Hof en navolgende rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigen dat het effectiviteitsbeginsel zich verzet tegen het vereiste van de voorafgaande uitwissing van de bestreden

rechterlijke uitspraak voor geschillen binnen de toepassingssfeer van het EU-recht.

Dit besef en de aandacht voor een spontane harmonisatie van het interne en het EU-recht noopte het Grondwettelijk Hof ertoe om het gekwalificeerde foutbegrip in te voeren in het Belgische recht. Het blijft afwachten op welke wijze de rechtspraak dit in de toekomst concreet zal invullen.

⁸¹ Het Grondwettelijk Hof wijst in r.o. B.20.2 van het arrest nr. 99/2014 zelf ook terecht op het risico op vergissingen bij de rechter die uitspraak doet over de aansprakelijkheid, die zelf aanleiding kunnen geven tot een nieuwe aansprakelijkheidsvordering.

Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden vanwege scheiding van het EVRM

O&A 2017/34

In deze bijdrage wordt nagegaan hoe het zit en zou moeten zitten met de staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden (waaronder ook nalaten dient te worden verstaan) bij schending van het EVRM. In dat kader wordt ook gezien of en zo ja in hoeverre de verplichting van artikel 6 en 13 EVRM tot effectieve nationale rechtsbescherming bij vermeende schending van het EVRM nog een bijzondere rol speelt bij het bepalen van deze aansprakelijkheid. Dit in navolging van de redelijke termijn jurisprudentie. De conclusie is dat hoewel er in beginsel geen sprake is van een verplichting daartoe op grond van het EVRM, er wel reden is om de drempel voor het aannemen van dergelijke staatsaansprakelijkheid te verlagen. Daarbij spelen ontwikkelingen op het vlak van het EU-recht een belangrijke rol.

1. Inleiding

Het onderwerp van de onrechtmatig rechtspraak is niet onbesproken gebleven.² Dat geldt ook voor de invloed van het EVRM op dit leerstuk. Wij schreven daarover regelmatig, meest recent nog in de bundel ter gelegenheid van de tienderste verjaardag van het Hoge Raad arrest **Noordwijkerhout/Guldemond**.³ Tegelijkertijd begrijpen wij dat in een themanummer over onrechtmatige rechtspraak het EVRM-perspectief niet kan ontbreken. Vandaar dat wij mede op

basis van onze eerdere publicaties⁴ in deze bijdrage nagaan hoe het zit en zou moeten zitten met de staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden (waaronder ook nalaten dient te worden verstaan) bij schending van het EVRM. In dat kader gaan wij ook na of en zo ja in hoeverre de verplichting van artikel 6 en 13 EVRM tot effectieve nationale rechtsbescherming bij vermeende schending van het EVRM nog een bijzondere rol speelt bij het bepalen van deze aansprakelijkheid.

Daartoe gaan we in paragraaf 2 in op de verschillende situaties die kunnen worden onderscheiden waarin de vraag aan de orde is van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het EVRM. Daarbij maken wij een uitstapje naar het Handvest Grondrechten EU nu dat in bepaalde gevallen naast het EVRM van toepassing kan zijn. Vervolgens volgt in paragraaf 3 een analyse van de aldus in kaart gebrachte rechtspraak en wordt nagegaan of eventuele verschillen per situatie wel te rechtvaardigen zijn. Deze analyse is het opstapje om in diezelfde paragraaf de niet onambitieuze vraag centraal te stellen of er een nieuwe aansprakelijkheidsstandaard moet komen voor onrechtmatige rechtspraak en, zo ja, hoe deze (in grote lijnen) zou moeten worden ingevuld. Daarna volgt een afronding (paragraaf 4).

2. EVRM en onrechtmatige rechtspraak: te onderscheiden situaties

In dit hoofdstuk belichten wij kort de diverse mogelijke situaties die zich kunnen voordoen als het gaat om claims op grond van onrechtmatige rechtspraak wegens schending van het EVRM.

2.1 'Klassieke' onrechtmatige rechtspraak

In het klassieke geval wordt een beroep op het EVRM gedaan zonder Straatsburgse uitspraak in de betreffende zaak. Het betreft hier het arrest uit 1971 waarin de Hoge Raad de volgende standaardformule hanteert die tot op de dag van vandaag leidend is:

“dat slechts, 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 openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schen-

1 Prof. mr. T. (Tom) Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger bij de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Midden-Nederland.

2 Vgl. C.J. van Zeben, 'Onrechtmatige daad van de rechter', in: *Van Opstall-bundel: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall* (Opstall-bundel), Deventer: Kluwer 1972; C.A.J.M. Kortmann, 'Aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: *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; S.C.J.J. Kortmann, 'Onrechtmatige civiele rechtspraak', in: *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. 279; A.W. Jongbloed (red.), *Aansprakelijkheid voor optreden van de rechterlijke macht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 16-25; V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Antwerpen: Maklu 2005 met nadere verwijzingen.

3 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199.

4 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulant compenseren?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 235-253; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Accountability of the Judiciary on the National Level for Violations of the European Convention on Human Rights', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, British Institute of International and Comparative Law: London 2006, p. 419-429.

ding van het in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld (...)”⁵

Deze restrictieve formule lijkt anno 2017 in alle onrechtmatige rechtspraakzaken nog steeds recht overeind te staan (vergelijk evenwel de bijdrage van Giesen; *O&A* 2017/31),⁶ zij het mogelijk met enige hierna te noemen versoepelingen, namelijk in Straatsburgse vervolgzaken, bij geschillen over de redelijke termijn en mogelijk daar waar mede door het EU-recht beschermde EVRM-rechten in het geding zijn.

2.2 Onrechtmatige rechtspraak na een Straatsburgse veroordeling

In zogenaamde Straatsburgse vervolgzaken lijkt de Hoge Raad minder strenge eisen te stellen aan een succesvolle claim op basis van onrechtmatige rechtspraak (wanneer een herzieningsmogelijkheid ontbreekt). Zo heeft de Hoge Raad in twee vervolgzaken waarin het EHRM een schending van artikel 6 EVRM heeft aangenomen wegens het gebruik van anonieme getuigen in een strafzaak de mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige rechtspraak erkend, die zou kunnen leiden tot het niet tenuitvoerleggen van het strafvonnis, dan wel een schadevergoeding.⁷ Onlangs erkende de Rechtbank Den Haag de mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige rechtspraak na een Straatsburgse veroordeling in de zaak Romet wegens schending van artikel 8 EVRM, zij het dat de schadeclaim werd afgewezen wegens het verstrijken van de verjaringstermijn.⁸ Vraag is of dit voor personen in een vergelijkbare positie als de in Straatsburg in het gelijk gestelde klagers niet ook voor dit regime in aanmerking zouden moeten komen waarbij artikel 13 EVRM een rol zou kunnen spelen. Wij zouden daar vóór zijn.⁹

2.3 De redelijke termijn als buitenbeentje?

De Hoge Raad heeft zijn restrictieve jurisprudentie op één terrein doorbroken, namelijk indien het gaat om overschrijding van de redelijke termijn door de rechter. In 2014 komt de civiele kamer van de Hoge Raad in navolging van de belastingkamer en de hoogste bestuursrechters tot het oordeel dat de Staat aansprakelijk is voor immateriële schade als gevolg van schending van de redelijke termijn door de rechter. Daarbij wordt niet het criterium uit 1971 gehanteerd maar wordt toepassing gegeven aan Straatsburgse

jurisprudentie¹⁰ en het vereiste van effectieve nationale rechtsbescherming.¹¹ Er dient daartoe wel een aparte procedure tegen de Staat te worden geëntameerd bij de kantonrechter. Aangetekend kan worden dat het hierbij niet gaat om klassieke aansprakelijkheidszaken, maar dat het EHRM¹² deze lijn, die door de nationale rechters is opgevolgd, vooral heeft ingezet om bij wijze van ‘punitive damages’ de nationale rechters tot spoed aan te zetten en op nationaal niveau rechtsmiddelen te creëren tegen te trage rechtspraak om zelf te ontkomen aan een stortvloed aan klachten op het Europese toneel.

2.4 De invloed van het EU-grondrechtenhandvest

Nu er in het kader van de tenuitvoerlegging van EU-recht steeds vaker sprake is van de toepasselijkheid van het Handvest Grondrechten EU én het EVRM, is het interessant te bezien in hoeverre dit nog iets betekent voor het klassieke leerstuk van de staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak, die in Nederland dus geënt is op artikel 6 EVRM blijkens de genoemde uitspraak van de Hoge Raad uit 1971. Van belang hierbij is het bekende Luxemburgse Köbler-arrest (vergelijk de bijdrage van Ortlep/Widdershoven; *O&A* 2017/35).¹³ Uit onder meer deze zaak volgt dat EU-lidstaten jegens burgers aansprakelijk dienen te kunnen zijn voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen in laatste aanleg. Met rechterlijke beslissingen in laatste aanleg wordt bedoeld op rechterlijke beslissingen waartegen geen rechtsmiddel openstaat. Naar het oordeel van het HvJ EU zijn EU-lidstaten aansprakelijk voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing indien (i) sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing; (ii) tegen de rechterlijke beslissing geen rechtsmiddel openstaat; (iii) de geschonden norm ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen (relativiteitsvereiste); én (iv) sprake is van causaliteit. De voorwaarde dat sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht komt er met betrekking tot de rechtspraak op neer dat sprake moet zijn van een kennelijke schending van het EU-recht door de rechter, hetgeen een hogere aansprakelijkheidsdrempel impliceert dan geldt ten aanzien van met EU-recht strijdige wetgeving, besluiten en feitelijk handelen of nalaten.¹⁴ Bij de beoordeling of sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing moet volgens het HvJ EU rekening worden gehouden met diverse gezichtspunten zoals de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden norm, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, een

5 Hoge Raad 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten.

6 Zie recent Rechtbank Den Haag 7 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12183.

7 HR 1 februari 1991, *NJ* 1991/413, m.nt. Van Veen, *NJCM-Bulletin* 16-4 (1991) (p. 325-334), m.nt. Van der Velde en De Hullu (*Mededaders Kostovski*) in vervolg op: EHRM 20 november 1989, *NJ* 1990/245, m.nt. Alkema (*Kostovski/Nederland*). Hoge Raad 18 maart 2005, *NJ* 2005/201, m.nt. Alkema (Post-Van Mechelen in vervolg op: EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997/635, m.nt. Knigge (*Van Mechelen e.a./Nederland*)).

8 Rechtbank Den Haag 17 februari 2016, *AB* 2017/36, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, naar aanleiding van EHRM 14 februari 2012, *AB* 2012/275, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik; EHRC 2012/87, m.nt. Groothuis (*Romet/Nederland*).

9 Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg*, in: 55 jaar EVRM, Leiden 2006.

10 Waaronder EHRM 3 maart 2009, *NJ* 2010/223, m.nt. Alkema (*Voorhuis/Nederland*).

11 Hoge Raad 28 maart 2014, *AB* 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl. ABRvS van 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (belasting). Eerder al: HR 11 januari 2013, *AB* 2013/149, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*vreemdelingen*).

12 In EHRM 26 oktober 2000, *AB* 2001/275, m.nt. L. Verheij (*Kudla/Polen*).

13 HvJ EU 30 september 2003, nr. C-224/01, *AB* 2003/429, m.nt. Widdershoven, *NJ* 2004/160, m.nt. Mok.

14 Zie r.o. 51 en verder van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Köbler.

eventueel door een EU-instelling ingenomen standpunt en de schending van de verplichting een prejudiciële vraag te stellen.¹⁵

Dergelijke 'Köbler-claims' zijn vooralsnog zonder succes gebleken voor de Nederlandse rechter,¹⁶ hetgeen ook geldt voor de andere lidstaten.¹⁷ Ook de Rechtbank Den Haag heeft een dergelijke claim afgewezen in een zaak van verkeersvliegers van de KLM die klaagden over een arrest van de Hoge Raad waarbij hun verplichte vervroegde pensionering werd gesanctioneerd.¹⁸ In deze uitspraak wijst de rechtbank de 'Köbler'-claim allereerst af, aangezien niet is komen vast te staan dat het nalaten prejudiciële vragen te stellen leidt tot een voldoende gekwalificeerde – kennelijke – schending van het Unierecht. Daarnaast sluit de rechtbank aan bij het oude criterium uit 1971:

“Voor aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak wegens schending van het EVRM geldt, evenals in het geval van aansprakelijkheid wegens schending van het nationale recht, dat het uitgangspunt is dat de Staat niet aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak omdat dit ‘onverenigbaar’ is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Een uitzondering hierop is volgens de Hoge Raad slechts toegelaten indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. Allereerst moeten bij de voorbereiding van de rechtspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Daarnaast mag tegen de onrechtmatige rechtspraak geen rechtsmiddel openstaan of hebben opengestaan.”

Ter zake van het beroep van eisers op een schending van artikel 6 EVRM overweegt de rechtbank:

“Het nemen van een onjuiste beslissing, of het nalaten van het stellen van prejudiciële vragen, brengt op zichzelf niet mee dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak, zoals voor de vaststelling van een schending van artikel 6 EVRM is vereist. Zoals reeds is vastgesteld is ook niet gebleken dat eisers in de procedure bij de Hoge Raad hebben verzocht om een concrete prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU. Zij hebben alleen, buiten het partijdebat, in algemene zin opgemerkt dat het stellen van prejudiciële vragen aangewezen lijkt. Daarmee zijn er onvoldoende aanknopingspunten voor de conclusie dat de Hoge Raad fundamentele rechtsbeginselen heeft veronachtzaamd. De uitspraak van het EHRM in de zaak Dhahbi/Italië maakt het vorenstaande niet anders. De zaak van eisers is

niet vergelijkbaar met die van Dhahbi. In de zaak Dhahbi/Italië overwoog het EHRM dat de hoogste Italiaanse rechterlijke instantie artikel 6 EVRM had geschonden, omdat zij een uitdrukkelijk verzoek van klager om prejudiciële vragen te stellen, in haar uitspraak onbesproken had gelaten, en in haar verdere motivering niets had overwogen over het relevante Unierecht. Eisers hebben, anders dan die klager, niet verzocht om prejudiciële vragen. Daarnaast geldt dat, anders dan in de Italiaanse zaak, in het arrest van de Hoge Raad op alle relevante punten het relevante Unierecht is meegewogen. Een beroep op de zaak Dhahbi/Italië kan eisers daarom niet baten”.

In hoger beroep heeft het Gerechtshof Den Haag de claims van de verkeersvliegers eveneens afgewezen.¹⁹ Dat geldt in de eerste plaats voor hun ‘klassieke’ Köbler-claim, nu er naar het oordeel van het hof geen sprake is van een voldoende gekwalificeerde – kennelijke – schending van het EU-recht. Bijzonder daarbij is dat het hof anders dan de rechtbank de vermeende artikel 6 EVRM schending niet behandelt in het licht van het klassieke HR-criterium uit 1971. Evenzeer bijzonder is dat het gerechtshof bereid is gebleken de vermeende schendingen van het Unierecht (inclusief de naar artikel 47 Handvest Grondrechten EU vertaalde klacht over de schending van artikel 6 EVRM) zowel te leggen langs de lat van Köbler en – nog opmerkelijker – de maatstaf die de Hoge Raad heeft aangelegd bij de aansprakelijkheid van arbiters in het *Greenworld*-arrest (vergelijk de bijdrage van Giesen; *O&A* 2017/31).²⁰ Het hof overweegt in dit verband:

“(…)

4.2 De eerste vraag die het hof moet beslissen is aan de hand van welk criterium moet worden beslist of de Staat aansprakelijk is voor het gestelde verzuim van de Hoge Raad. De rechtbank heeft het handelen van de Staat getoetst aan het in de jurisprudentie van de Hoge Raad verankerde criterium van onrechtmatige rechtspraak, hetgeen inhoudt dat voldaan moet zijn aan twee voorwaarden: bij de voorbereiding van de rechterlijke beslissing moeten zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tevens mag tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaan of hebben opengestaan (HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137). De piloten verdedigen dat de rechtbank het criterium had moeten toepassen dat de Hoge Raad heeft geformuleerd in het arrest *Greenworld/NAI* (HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131). De door de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest ontwikkelde maatstaf luidt dat aansprakelijkheid wordt aangenomen indien blijkt dat de

15 Zie r.o. 55 van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Köbler*.

16 Zie nader Barkhuysen & Van Emmerik 2015.

17 Zie het onderzoek van Z. Varga, ‘Why is the *Köbler* principle not applied in practice?’, *MJ* 2016, p. 984-1008; idem, ‘In search of a ‘manifest infringement of the applicable law’ in the terms of *Köbler*’, *REALaw* 2016, nr. 2, p. 5-40; idem, ‘National remedies in the case of a violation of EU-law by member state courts’, *CMLR* 2017, p. 51-80. Vgl. HvJ EU 28 juli 2016, *AB* 2016/296, m.nt. Ortlep.

18 Rechtbank Den Haag 3 juni 2015, *AB* 2016/26, m.nt. Widdershoven.

19 Gerechtshof Den Haag 25 juni 2016, *AB* 2017/71, m.nt. Widdershoven.

20 Zie Hoge Raad, 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. Franken. Het criterium dat de Hoge Raad voor aansprakelijkheid introduceert is dat van de arbiter die opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Zie met name ook F. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2010/2191 (p. 2696-2699). Zie nader B.J.M.P. Cremers, ‘De aansprakelijkheid van rechters en arbiters: hoe zit het ook alweer?’, *Juridisch up to Date* 2016/23.

rechter opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. In hun pleidooi pleiten de piloten er echter voor op het onderhavige geval het criterium uit het Köbler-arrest toe te passen. Overigens zijn de piloten van mening dat óók voldaan is aan het vereiste dat de Hoge Raad fundamentele rechtsbeginselen heeft veronachtzaamd.

4.3 Het hof is met de piloten van oordeel dat ten aanzien van het onderhavige verwijt (schending van art. 6 EVRM), het Köbler criterium (zoals hiervoor samengevat onder 3.1) moet worden toegepast. Op grond van art. 6 lid 3 van het verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) maken de grondrechten, zoals zij onder meer worden gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie. Bovendien correspondeert art. 6 EVRM met art. 47 Handvest. Op grond van art. 6 lid 1 VEU erkent de Unie de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgelegd in het Handvest. Daar komt in dit geval bij dat het verwijt van de piloten inhoudt dat de Hoge Raad ten onrechte zijn beslissing om art. 267 lid 3 VWEU niet toe te passen niet heeft gemotiveerd. Tegen deze achtergrond moet dit verwijt worden beoordeeld aan de hand van het Köbler-criterium.

4.4 De vraag is dan ook of in dit geval sprake is van een voldoende ernstige, kennelijke schending van art. 6 EVRM. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. In het arrest van de Hoge Raad wordt met velerlei verwijzingen naar de rechtspraak van het HvJEU uiteengezet waarom op grond van die jurisprudentie het cassatieberoep van de piloten moet worden verworpen. Het is uit dat arrest dan ook volkomen duidelijk dat de Hoge Raad van oordeel was dat hij de aan hem voorgelegde vragen kon beslissen aan de hand van de bestaande jurisprudentie van het HvJEU. Ook voor de piloten moet duidelijk zijn geweest dat de Hoge Raad om die reden geen aanleiding zag prejudiciële vragen te stellen. De eisen die art. 6 EVRM aan de motivering van een rechterlijke uitspraak stelt gaan niet zover, dat de Hoge Raad in dit geval expliciet had moeten overwegen dat hij geen aanleiding zag om prejudiciële vragen te stellen omdat de rechtspraak van het HvJEU voldoende duidelijk is. Een dergelijke overweging zou inhoudelijk niets aan de motivering van het arrest van de Hoge Raad hebben toegevoegd. Van een schending van art. 6 EVRM is dan ook geen sprake. In ieder geval is geen sprake van een voldoende gekwalificeerde, kennelijke schending van art. 6 EVRM.

4.5 Om dezelfde redenen is niet voldaan aan het criterium dat de Hoge Raad zulke fundamentele rechtsbeginselen heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en evenmin aan het criterium dat de Hoge Raad opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

4.6 De conclusie luidt dat de stelling van de piloten, dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld doordat de Hoge Raad art. 6 EVRM heeft geschonden, niet opgaat.”

Ondertussen is het nog maar de vraag in hoeverre dit arrest een heel principiële duiding toekomt. Het is niet helemaal duidelijk of het hof de overwegingen ten aanzien van artikel 6 EVRM en de toepasselijkheid van het Köbler-criterium ook zou hebben gegeven als er helemaal geen connectie was met het EU-recht of als partijen (met name de Staat) anders op de stellingen van de piloten zouden hebben gereageerd. Verder valt op dat het hof in één moeite door overweegt (in r.o. 4.5) dat de restrictieve 1971-toetssteen alsook het Greenworld-criterium evenmin tot toewijzing van de claim leiden.²¹ Het is nu afwachten of de Hoge Raad op dit punt een principiële en meer precieze uitspraak gaat doen waarvan wel duidelijke precedentwerking uit kan gaan als het gaat om de vraag welk criterium nu moet worden aangelegd bij vermeende aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak.

3. Op weg naar een nieuwe standaard voor onrechtmatige rechtspraak?

3.1 *Resumé van de klassieke bezwaren tegen uitbreiding aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak*

In onze eerder genoemde bijdragen (waarvan één samen met Van der Hulle) hebben wij de klassieke argumenten tegen (ruime) aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak gewogen en te licht bevonden, in ieder geval om het strenge criterium uit 1971 nog langer te rechtvaardigen.²² In het bijzonder ook als het gaat om het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dat in veel van de hiervoor behandelde uitspraken een hoofdreden is om staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak af te wijzen.²³ Het belangrijkste argument dat hier tegenin kan worden gebracht is dat bij een procedure uit onrechtmatige rechtspraak de uitkomst van de vermeend onrechtmatige procedure overeind blijft. Deze uitkomst blijft volledige rechtskracht houden tussen de partijen in dit geschil. De aparte procedure uit onrechtmatige rechtspraak wordt tegen de Staat gevoerd. Daarmee is evenmin de rechtszekerheid in het geding, een argument dat eveneens vaak is aangevoerd tegen staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Daarnaast kan er op worden gewezen dat het systeem van rechtsbescherming lang niet altijd even doordacht is en dat de Hoge Raad om die reden bijvoorbeeld doorbreking van appelverboden mogelijk acht ingeval sprake is van schending van essentiële vormvereisten, zoals het

21 Vgl. Rechtbank Den Haag 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386; Rechtbank Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190.

22 Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012; Barkhuysen & Van Emmerik 2015 en de daar genoemde literatuur; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV. De verbintenis uit de wet, 2011/385 met vele nadere verwijzingen.

23 In het verlengde van dit argument worden vaak genoemd het gezag van gewijsde van reeds gewezen rechterlijke beslissingen, het feit dat de ene rechter de andere moet beoordelen, het beginsel van rechtszekerheid, de idee dat procedures eens tot een einde moeten komen, de bijzondere positie van de rechter en de gedachte dat procederen voor eigen risico is. Ook deze argumenten leggen onvoldoende gewicht in de schaal, zie nader Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012, p. 241-242.

recht van hoor en wederhoor.²⁴ Tegelijk is er ook reden om aandacht te hebben voor het probleem dat bij een procedure uit onrechtmatige rechtspraak dezelfde geschilpunten en rechtsvragen – zij het in een ander jasje en in een andere partijconstellatie – opnieuw aan de rechter (vaak in drie instanties) worden voorgelegd. Dat is een serieuze belasting van het apparaat en bergt ook het risico in zich dat partijen een verloren zaak steeds opnieuw aan de rechter blijven voorleggen. Om deze reden moet er gezocht worden naar een uitbreiding van de aansprakelijkheid op een wijze die niet een te grote aanzuigende werking heeft.

3.2 *Uitbreiding aansprakelijkheid: eerste stap Köbler-drempel en daarna verder richting gewone aansprakelijkheidsdrempel?*

Argumenten vóór verruiming van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak kunnen worden ontleend zowel aan de Luxemburgse als de Straatsburgse jurisprudentie. Uit onder meer de hiervoor genoemde Köbler-zaak volgt dat EU-lidstaten jegens burgers aansprakelijk dienen te kunnen zijn voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen in hoogste instantie ingeval sprake is van een ‘kennelijke’ schending van het formele en materiële Unierecht. Het gaat hierbij weliswaar om een hogere drempel dan in geval van aansprakelijkheid voor met het EU-recht strijdige wetgeving, besluiten, feitelijk handelen of nalaten. Tegelijkertijd zou dit criterium – met een vertaalslag zoals wij hierna zullen behandelen – eerder tot aansprakelijkheid kunnen leiden dan de zeer restrictieve maatstaf van de Hoge Raad uit 1971. Het ‘Luxemburgse’ criterium maakt het immers mogelijk dat aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak ontstaat ook als het gaat om schending van normen die niet fundamenteel van aard zijn. Daarnaast is de mogelijke aansprakelijkheid niet beperkt tot de overtreding van procedurele normen maar zou deze ook materiële normen kunnen betreffen.

Onze eerder gedane voorstellen ter uitbreiding van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak gelden anno 2017 nog onverkort. Mede op basis van de genoemde Luxemburgse en Straatsburgse jurisprudentie bepleiten wij nog steeds een uniforme regeling. Dit betekent dat het niet uitmaakt of de – gestelde – onrechtmatigheid van de rechterlijke beslissing zijn oorsprong vindt in een schending van nationaal recht, het EVRM (of andere mensenrechtenverdragen) of EU-recht en dat het ook niet zou moeten uitmaken of er in de concrete zaak al dan niet een Straatsburgse veroordeling ligt. Verder zou het geen verschil moeten maken of het gaat om overtreding van procedurele of materiële normen. Bovendien hoeven deze normen geen fundamenteel karakter te hebben, nu het HvJ EU deze eis niet stelt en anders niet tot een uniform aansprakelijkheidsregime kan worden gekomen. Tegelijkertijd bestaat als gezegd ook het gevaar van een stortvloed van procedures tegen de Staat uit

onrechtmatige rechtspraak als alle tot nu geldende restricties worden losgelaten. Om die reden is het criterium van de ‘kennelijke schending’ van EU-recht uit de zaak Köbler een mooi startpunt.²⁵ Deze maatstaf zou dan ook moeten gelden in geval van overtreding van nationale of EVRM-normen. De rechter moet met andere woorden een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van de overtreding van de betrokken rechtsnorm. Dit betekent dus zeker niet dat de rechter te pas en te onpas aansprakelijk kan worden gehouden, maar wel dat de drempel lager ligt dan in de huidige zeer restrictieve benadering van de Hoge Raad uit 1971. Ook mag de lat niet zo hoog worden gelegd dat het zou moeten gaan om een opzettelijke schending door de rechter. Hierbij ligt het wel voor de hand dat de rechter bij schending van procedurele normen (zoals bij het niet respecteren van het recht op hoor en wederhoor) eerder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan bij de schending van meer materiële normen (zoals het recht op ‘family life’ uit artikel 8 EVRM in een omgangszaak), tenzij de rechter een duidelijke uitspraak van het EHRM hierover aan zijn laars zou lappen, dan wel verzuimt een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen (en als gevolg daarvan een schending van materieel EU-recht plaatsvindt).

In de jurisprudentie zal dit nieuwe criterium nader vorm gegeven moeten worden, waarbij als ondergrens heeft te gelden de eisen die het HvJ EU stelt voor een actie uit onrechtmatige rechtspraak in geval van de kennelijke schending van EU-recht, een grens die ook lijkt aan te sluiten bij het genoemde Greenworld-criterium van de Hoge Raad. Anders dan Widdershoven suggereert in zijn aangehaalde AB-noot bij de uitspraak van het gerechtshof inzake de KLM-piloten, zijn wij er niet per se voor om het bij dit minimum te houden. De lat mag iets lager worden gelegd dan de Köbler-aansprakelijkheid, zij het dat wij deze dus zeker niet willen verlagen tot het ‘normale’ niveau voor aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad (waarbij met de onrechtmatigheid de toerekenbaarheid is gegeven) en evenmin de (lagere) drempel die het EHRM zelf hanteert bij het vaststellen van een schending van het EVRM tot uitgangspunt willen nemen (wij bepleiten op dit punt dus geen ‘reflexwerking’ van de EHRM-praktijk). Zoals zojuist aangegeven, mag er voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak wel iets extra’s worden gevraagd in die zin dat het gaat om een toerekenbare fout van de rechter. Dat komt naar onze mening ook niet in strijd met het recht op een effective remedy uit artikel 13 EVRM. Het EHRM heeft immers als bekend in het genoemde arrest Kudla alleen in geval van overschrijding van de redelijke termijn een uitzondering aanvaard op het uitgangspunt dat artikel 13 EVRM niet verplicht tot een doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen op nationaal niveau teneinde op die manier op te kunnen komen tegen een uitspraak van de rechter in hoogste nationale instantie. Het is zoeken naar de juiste maatstaf en deze zou wat ons betreft ergens tussen kennelijkheid in de zin van Köbler en toerekenbaarheid in

24 Zie bijv. HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. Wichers Hoeth en Heemskerk, HR 4 maart 1988, *NJ* 1989/4, m.nt. Heemskerk en HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/572, m.nt. Snijders. Motiveringsgebreken worden blijkens deze jurisprudentie vooral nog niet gezien als schending van essentiële vormvoorschriften die een doorbreking van het appelverbod rechtvaardigen.

25 Vgl. ook het hiervoor aangehaalde onderzoek van Varga.

kunnen zitten, maar zou in ieder geval op korte termijn ten minste naar de Köbler-drempel toe moeten.

4. **Besluit**

Aldus staan wij een uniform systeem van staatsaansprakelijkheid ten aanzien van rechterlijk optreden voor. Voor een stortvloed aan geslaagde aansprakelijkstellingen van de Staat hoeft afgaand op het jurisprudentieonderzoek uit onze eerdergenoemde publicatie in de Guldemondbundel uit 2015 en het al aangehaalde onderzoek van Varga overigens niet gevreesd te worden. Slechts een kleine minderheid daarvan komt in de buurt van een mogelijke kennelijke schending. Dit blijkt ook uit de recente hiervoor genoemde uitspraak inzake de KLM-vliegers. Bovendien zou er van het nieuwe, ruimere aansprakelijkheidsregime een prikkel kunnen uitgaan voor nog zorgvuldigere rechtspraak. Zelfs wanneer de drempel nog iets lager zou worden gelegd, lijkt een stortvloed aan zaken niet aan de orde al was het maar omdat procederen kostbaar is en in dat licht niet veel partijen reden en ruimte zullen zien om nog weer een lang procedureel traject in te gaan. De reden voor dit pleidooi voor verruiming zit dan ook niet in een kwantitatieve oorzaak maar in een principiële: het gaat niet aan dat rechtzoekenden moeten opdraaien voor kennelijke fouten in rechterlijke uitspraken en de daarmee samenhangende procedure die niet via normale rechtsmiddelen kunnen worden geadresseerd.

Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak?

O&A 2017/35

Uit de diverse bijdragen in dit themanummer is gebleken dat er in Nederland thans zeker twee en wellicht zelfs drie maatstaven worden gehanteerd voor de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, de aloude Jan **Luycken**-maatstaf, de Köbler-maatstaf (voor schendingen van het Unierecht) en wellicht de Greenworld-maatstaf. Dit roept de volgende vraag op: zijn er voor Nederland goede redenen om tot een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak te komen en, zo ja, welke moet dat dan zijn. Deze vraag staat centraal in deze slotbeschouwing. Bij de beantwoording ervan wordt gebruikgemaakt van de andere bijdragen in dit themanummer, maar voegen wij er op onderdelen wel eigen accenten aan toe. De conclusie van de slotbeschouwing is dat Nederland inderdaad zou moeten kiezen voor een geharmoniseerde maatstaf voor alle schendingen van het recht door rechters in laatste aanleg, namelijk de Köbler-maatstaf. Die maatstaf zou dan ook gelden voor schendingen van louter nationaal recht en van internationaal recht, meer in het bijzonder het EVRM.

1. Inleiding

In het voorwoord van dit themanummer is geconstateerd dat staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak de gemoederen blijft bezighouden, zowel door de rechtspraak vanuit Europa, als door de – deels daardoor geïnspireerde – Nederlandse en Belgische rechtspraak. Als gevolg van deze rechtspraak zijn er barsten gekomen in het hechte bastion van een slechts in theorie bestaande mogelijkheid om de Staat met succes aansprakelijk te stellen wegens onrechtmatige rechtspraak. Zien wij het goed, dan spelen daarbij twee, deels samenhangende ontwikkelingen een rol. De eerste ontwikkeling is in gang gezet door de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna veelal: Hof van Justitie), die – volgens van Oevelen² – ertoe heeft geleid dat de (Europese) literatuur er thans vrij algemeen vanuit gaat dat argumenten als het ge-

sloten stelsel van rechtsmiddelen, het beginsel van kracht (en gezag) van gewijsde, het beginsel van onafhankelijkheid en het beginsel van de scheiding der machten, geen absolute hinderpaal meer vormen voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, maar dat vanwege de bijzondere positie van de rechter voor die aansprakelijkheid wel een strengere maatstaf moet gelden dan voor de aansprakelijkheid van de andere actoren in de Trias. Deze opvatting wordt gedeeld door Uzman en Boogaard (O&A 2017/30), die in hun bijdrage de staatsrechtelijke bezwaren tegen staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak sterk relativeren. Uit de rechtspraak van zowel de Nederlandse als de Belgische rechtscollèges blijkt dat ook zij die opvatting uit de literatuur delen.³ Het rechtsvergelijkend overzicht van Keirse (O&A 2017/32) maakt weliswaar duidelijk dat het enthousiasme voor deze ontwikkeling in veel andere lidstaten minder groot is. Niettemin ontwaart ook zij uiteindelijk als *common ground* in de lidstaten, dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid in de regel ook geldt voor rechtspraak, zij het dat deze aansprakelijkheid wel op diverse manieren wordt beperkt. De tweede – deels samenhangende – ontwikkeling is dat thans in zowel de Nederlandse literatuur als in de rechtspraak de nu nog geldende zeer strikte Nederlandse maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak van het arrest *Hotel Jan Luycken* ter discussie staat, ook buiten het toepassingsgebied van het Unierecht.

De centrale vraag van deze slotbeschouwing is of er voor Nederland goede redenen zijn om tot een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak te komen en, zo ja, welke dat dan moet zijn.⁴ Bij de beantwoording van die vraag wordt uiteraard gebruikgemaakt van de andere bijdragen in dit themanummer, ook al voegen wij er op onderdelen eigen accenten aan toe.⁵ Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, gaan we eerst in op de twee aanleidingen om de vraag naar een geharmoniseerde maatstaf in dit themanummer op de agenda te zetten. Dat is in de eerste plaats de Köbler-rechtspraak van het Hof van Justitie en de rechtspraak van het

1 Mr. dr. R. (Rolf) Ortlep (universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht) en prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht) zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Montaigne Centrum voor conflictoplossing en rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

2 A. van Oevelen, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgisch Hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten', in: *Liber amicorum TPR en Marcel Storme*, Gent: Story-Scientia 2004, p. 903-943.

3 Vergelijk R. Ortlep, 'Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak: spontane harmonisatie van de Köbler-rechtspraak', AB 2016/157 (p. 921-941), alsmede de bijdrage van Carton en Lierman (O&A 2017/33).

4 Op de problematiek van de persoonlijke aansprakelijkheid van rechters voor onrechtmatige rechtspraak wordt – vergelijk ook het voorwoord (O&A 2017/29) – niet ingegaan, mede omdat de belangrijkste aanleiding voor de vraagstelling van de beschouwing, de Köbler-rechtspraak, daarop geen betrekking heeft.

5 Onze verkenning zijn wij hoofdzakelijk begonnen in AB 2017/71 en AB 2016/157. Op bepaalde punten wijken wij (in gezamenlijkheid na uitvoerige discussie) af van hetgeen wij (afzonderlijk) toen stelden. Voor de geschiedschrijving (van dit blad) verwijzen wij tevens naar R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', O&A 2004 (p. 34-48).



Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), meer in het bijzonder – maar niet uitsluitend – die waarin het EHRM heeft uitgemaakt dat het ongemotiveerd niet prejudicieel verwijzen door een hoogste nationale rechter, terwijl een partij daarom heeft verzocht, in strijd is met artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Zoals hierna zal worden onderbouwd – en ook blijkt uit de Nederlandse rechtspraak⁶ – zijn beide lijnen met elkaar verbonden. Zij worden besproken in paragraaf 2. De tweede aanleiding is nationaal, namelijk het *Greenworld*-arrest, waarover – onder meer door Giesen (*O&A* 2017/31) – wordt gesteld dat de Hoge Raad daarin zou zijn teruggekomen op de zeer strikte maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak uit het arrest *Hotel Jan Luycken*. Deze nationale aanleiding wordt besproken in paragraaf 3, waarbij ook de relevante Nederlandse lagere rechtspraak wordt betrokken.

Na deze opmaat is het tijd voor de beantwoording van de centrale vraag van deze bijdrage. Daartoe gaan we eerst kort in op de staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van onrechtmatige rechtspraak door een lagere nationale rechter. Vervolgens komt de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak door een hoogste nationale rechter aan de orde, waarbij wij drie opties bespreken en vervolgens gemotiveerd een keuze maken. Dit alles gebeurt in paragraaf 4. Deze bijdrage wordt afgesloten met een samenvattende conclusie in paragraaf 5.

2. Europese ontwikkelingen

2.1 Het Unierecht

Dat het thema van de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak thans op de agenda van de rechtswetenschap en de Hoge Raad staat, is, als gezegd, eerst en vooral te danken aan de aansprakelijkheidsrechtspraak van het Hof van Justitie, meer in het bijzonder aan het arrest *Köbler*. Omdat over deze invloed in dit themanummer welbewust geen aparte bijdrage is opgenomen,⁷ gaan we daarop iets uitvoeriger in.

In het arrest *Köbler* bepaalde het Hof van Justitie dat de lidstaten aansprakelijk zijn voor schade die particulieren leiden als gevolg van schendingen van het Unierecht door een in laatste aanleg rechtsprekende instantie.⁸ De zaak kwam niet uit de lucht vallen, maar betreft de op de rechtspraak in laatste instantie toegespitste vertaling van het – in het arrest *Francovich* ‘gevonden’ – beginsel van lidstaatan-

sprakelijkheid voor alle schendingen van het Unierecht.⁹ Wat betreft de rechtsbasis voor dit beginsel verwijst het Hof van Justitie in beide zaken naar het systeem van de EU-Verdragen, het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het beginsel van loyale samenwerking, zoals thans gecodificeerd in artikel 4, derde lid, Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Die laatste rechtsbasis maakt duidelijk dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid binnen het Unierecht ook fungeert als instrument om een effectieve doorwerking van het EU-recht te bewerkstelligen, dit in aanvulling op de twee andere Unierechtelijke doorwerkingsinstrumenten, te weten: het beginsel van rechtstreekse werking en het beginsel van EU-rechtconforme interpretatie. Deze functie verklaart op haar beurt dat de in het Unierecht gefundeerde staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht alleen betrekking heeft op een in laatste aanleg rechtsprekende instantie. In geval van schendingen van het Unierecht door een lagere rechter kan de doorwerking van het Unierecht immers worden bereikt door gebruik te maken van de in het nationale recht bestaande rechtsmiddelen. Met een ‘in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie’ wordt overigens bedoeld op een nationaal rechterlijke instantie waarvan de beslissing niet vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel (hoger beroep of cassatie).¹⁰ Dit kan dus ook een rechter in eerste aanleg zijn tegen wiens uitspraak geen gewoon rechtsmiddel kan worden aangewend.

Voor lidstaatsaansprakelijkheid wegens de schending van het Unierecht moet volgens het Hof van Justitie voldaan zijn aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden: 1) de geschonden EU-rechtelijke regel moet ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen; 2) de schending moet voldoende gekwalificeerd zijn; en 3) er moet een rechtstreeks causaal verband bestaan tussen de schending en een door een justitiabele geleden schade. Deze voorwaarden zijn – aldus het Hof van Justitie – ‘voldoende en noodzakelijk’ om voor particulieren een rechtstreeks op het Unierecht gebaseerd recht op schadevergoeding in het leven te roepen, maar sluiten niet uit dat een lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn. De lidstaten mogen derhalve geen strengere maar wel minder strenge voorwaarden toepassen (minimumharmonisatie). Het verbod van strengere voorwaarden is bijvoorbeeld aan de orde in het arrest *Traghetti del Mediterraneo*, waarin het Hof van Justitie, in de context van met het Unierecht strijdige rechtspraak in laatste instantie, oordeelde

6 Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71, m.nt. Widdershoven.

7 ‘Welbewust’, omdat anders de onderhavige auteurs niets te doen zouden hebben gehad. Overigens wordt in alle bijdragen wel enige aandacht aan de *Köbler*-rechtspraak besteed.

8 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513; AB 2003/429, m.nt. Widdershoven. Hierover recent Z. Varga, ‘National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts’, *CMLRev* 2017/1, p. 51–80; Z. Varga, ‘Why is the Köbler principle not applied in practice?’, *MJ* 2016/6, p. 984–1008 (hierna; Z. Varga 2016a); Z. Varga, ‘In Search of a ‘Manifest Infringement of the Applicable Law’ in the Terms set uit in Köbler’, *REALaw* 2016/2, p. 5–39 (hierna; Z. Varga 2016b).

9 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428; AB 1994/482, m.nt. Van der Burg. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, ‘Twee bevoegdheidssystemen, twee aansprakelijkheidsregimes? Tussen *objectum litis* en *Francovich*’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 705–726. Zie K. Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 559 e.v.; D. Tietjen, *Das System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts*, Berlin: Duncker & Humblot 2012; F. Schütter, *Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich*, Baden-Baden: Nomos 2012; M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

10 Vergelijk recent nog HvJ EU 15 maart 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209; AB 2017/140, m.nt. Ortlep (*Aquino*).

dat de nationale rechter deze niet mag beperken 'tot de gevallen van handelen te kwader trouw of grove schuld van de rechter, indien een dergelijke beperking ertoe leidt dat de betrokken lidstaat niet aansprakelijk kan worden gesteld in andere gevallen waarin een kennelijke schending van het toepasselijke recht [...] heeft plaatsgevonden'.¹¹ Minder strenge voorwaarden voor aansprakelijkheid mogen, als gezegd, wel. Hanteert een lidstaat dergelijke voorwaarden in louter nationale zaken, dan moeten deze op grond van het Unierechtelijke beginsel van gelijkwaardigheid ook worden toegepast in Unierechtelijke zaken. Nederland hanteert voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten en wetten (in formele zin) in alle, ook EU-rechtelijke zaken, een burgervriendelijker systeem, in de zin dat hiervoor de enkele schending al onrechtmatigheid en in-beginsel-toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) oplevert. In zoverre hoeft er dus niet sprake te zijn van een voldoende gekwalificeerde schending.¹² Een dergelijk burgervriendelijker nationaal regime heeft – zoals in paragraaf 3 nader wordt uitgewerkt – Nederland tot nu toe echter niet bij de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak.

De hiervoor genoemde minimumvoorwaarden voor de op het Unierecht gebaseerde aansprakelijkheid, gelden in beginsel ook voor schendingen door een rechterlijke instantie in laatste aanleg. Wel heeft het Hof van Justitie in het *Köbler*-arrest over de tweede voorwaarde ('voldoende gekwalificeerde schending') geoordeeld dat hieraan, gelet op de specifieke aard van de rechtsprekende functie, pas is voldaan als de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie het EU-recht 'kennelijk' heeft geschonden. Deze maatstaf is derhalve nog strenger bedoeld dan de toch al behoorlijk strenge maatstaf van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. Om vast te stellen of een schending 'kennelijk' is, moet – aldus het Hof – rekening worden gehouden met:

"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 rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om [op grond van art. 267 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VWEU)] een prejudiciële vraag te stellen."

Van een kennelijke schending is in elk geval sprake als een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie met zijn uitspraak kennelijk is voorbijgegaan aan het toepasselijke Unierecht of als zij die schending begaat hoewel

dienaangaande vaste rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat.¹³

Uit het arrest *Köbler* blijkt verder dat het aanknopingspunt voor een schadevordering wegens schending van het Unierecht door een in laatste aanleg rechtsprekende instantie *niet* is het – al dan niet ten onrechte – niet stellen van een prejudiciële vraag, maar het (kennelijk) schenden van een regel van materieel Unierecht. In dat arrest onderzoekt het Hof van Justitie de eerste voorwaarde voor de op het Unierecht gebaseerde aansprakelijkheid (strekt de geschonden regel ertoe aan particulieren rechten toe te kennen?) immers met betrekking tot de door de hoogste rechter geschonden artikelen 45 VWEU en 7(1) Verordening (EEG) 1612/68, en niet met betrekking tot de (mogelijke) schending van de prejudiciële verwijzingsverplichting van de hoogste nationale rechters van artikel 267, derde lid, VWEU.¹⁴ De schending van die verplichting, zo blijkt uit het hiervoor geciteerde afwegingskader, is wel een belangrijke factor om te bepalen of een schending van het materiële EU-recht 'kennelijk' is, in die zin dat daarvan eerder sprake is als de hoogste nationale rechter het materiële Unierecht heeft geschonden zonder te verwijzen, terwijl de niet-verwijzing niet kan worden gerechtvaardigd door het Hof van Justitie in het arrest *Cilfit* erkende – uitzonderingen op die verwijzingsplicht.¹⁵

De opvatting dat de enkele niet-verwijzing onvoldoende is voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak wordt gedeeld door vrijwel de gehele onderzochte Europese literatuur.¹⁶ De eerste reden voor die opvatting is dat het onmogelijk is om causaal verband vast te stellen tussen materiële schade en schending van de verwijzingsplicht, omdat die schade niet wordt geleden door de niet-verwijzing maar door de schending van het materiële Unierecht.¹⁷ De tweede reden is dat de verwijzingsplicht op zich (onafhankelijk van het eventueel geschonden materiële Unierecht) niet ertoe strekt om aan particulieren individuele, afdwingbare rechten toe te kennen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de prejudiciële procedure immers geen rechtsmiddel voor partijen, maar een 'instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties', waarmee de uniforme uitlegging en toepassing van het materiële Unie-

11 HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391; AB 2006/248, m.nt. Steyger. Vergelijk HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, (*Brasserie du Pêcheur*); AB 1996/249, m.nt. Van der Burg; AB *Klassiek* 2016/21, m.nt. De Moor-van Vugt. Zie Widdershoven onder HR 18 september 2015, AB 2016/30 (*Staat/Habing*).

12 Vergelijk Widdershoven 2015, p. 705-726 en zijn annotatie onder HR 18 september 2015, AB 2016/30 (*Staat/Habing*). Zie ook het commentaar op dit arrest van Uzman in O&A 2015/90.

13 Vergelijk HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602; AB 2016/296, m.nt. Ortlep (*Tomášová*). Zie hierover Z. Varga 2016a, p. 984-1008; Z. Varga 2016b, p. 5-39.

14 Vergelijk het *Köbler*-arrest, punt 103 en verder.

15 HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

16 Vergelijk J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 361-362, alsmede Varga 2016a, p. 30-34, met verwijzingen naar andere literatuur.

17 Zie ook HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166 (*Leth*), waaruit blijkt dat het Hof van Justitie bij schendingen van EU-rechtelijke procedurele voorschriften (die geen materiële consequenties hebben) geen causaal verband met de schade aanneemt. Deze lijn is vermoedelijk geïnspireerd door het Franse recht, waarin procedurele fouten niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid als een beslissing inhoudelijk juist is. Vergelijk Conseil d'Etat 15 juli 1964, Prat-Flottes.

recht wordt verzekerd.¹⁸ Daarbij 'staat het uitsluitend aan de nationale rechterlijke instanties' om 'zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van hun vonnis als de juridische relevantie van de vragen die zij het Hof willen stellen, te beoordelen'. De opvatting van partijen over het al dan niet-verwijzen speelt geen rol.

Hiervoor is gesignaleerd dat lidstaten op grond van het Unierecht aansprakelijk zijn voor schendingen van het Unierecht door (onder meer) rechterlijke instanties in laatste aanleg en bovendien dat voor deze aansprakelijkheid drie minimumcondities gelden. De inbedding van deze aansprakelijkheidsactie in het nationale recht is, op grond van het beginsel van procedurele autonomie, echter een kwestie van nationaal recht, met als randvoorwaarden de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals dat thans is gecodificeerd in artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: Handvest Grondrechten EU). Zo is het een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van een lidstaat om een bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven die voor deze schadevordering gelden. Een belangrijk arrest van het Hof van Justitie waarin een nationale procesregel, in de context van de aansprakelijkheid van een met het Unierecht strijdige uitspraak van een rechterlijke instantie in laatste aanleg, in strijd werd geacht met het doeltreffendheidsbeginsel is het arrest inzake *Ferreira da Silva e Brito*.¹⁹ In dat arrest oordeelde het Hof dat een regel van nationaal recht, met als strekking dat een schadevergoedingsvordering alleen mogelijk is als de schadeveroorzakende rechterlijke beslissing voorafgaand is vernietigd, terwijl die beslissing slechts in een uiterst beperkt aantal gevallen kan worden getoetst en daarmee een kans op succes om schadevergoeding te verkrijgen feitelijk is uitgesloten, in strijd is met het beginsel van doeltreffendheid, omdat zij de effectuering van de uit het Unierecht voortvloeiende aansprakelijkheid vrijwel onmogelijk maakt en deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd door het beginsel van gezag van gewijsde en het rechtszekerheidsbeginsel.

Zoals ook wordt gesuggereerd in de bijdrage van Carton en Lierman (*O&A* 2017/33), zou deze zaak mede aanleiding kunnen zijn geweest voor het *Schaarbeek*-arrest van het Grondwettelijk Hof van België.²⁰ Als gevolg van de voorafgaande *Anca*-rechtspraak combineerde het Belgische recht, voor wat betreft de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak de reguliere, ruime aansprakelijkheidsvoorwaarden van artikel 1382 Belgisch BW, met de eis dat de foutieve rechterlijke uitspraak wel eerst 'uitgewist' moet worden. Blijkens het arrest *Ferreira da Silva e Brito* kan die laatste voorwaarde bij schendingen van het Unierecht niet

langer worden toegepast. Ter compensatie hiervan ligt het dan bij rechterlijke fouten die niet eerst zijn 'uitgewist' wel enigszins voor de hand om bij schending van het Unierecht de ruime voorwaarden van artikel 1382 Belgische BW te vervangen door de – ook aan het Unierecht, namelijk het *Köbler*-arrest, ontleende – strikte voorwaarde van de 'voldoende gekwalificeerde' (kennelijke) schending; een voorwaarde die op grond van het Belgische constitutionele gelijkheidsbeginsel dan ook heeft te gelden voor de niet eerst 'uitgewiste' rechterlijke uitspraken die in strijd zijn met ander recht dan het Unierecht. Had het Grondwettelijk Hof van België deze compensatie niet toegepast, dan zouden voor rechterlijke fouten in laatste aanleg immers dezelfde voorwaarden hebben gegolden als voor schendingen van de andere actoren in de Trias, en zou de lat voor aansprakelijkheidsactie – zoals in de paragraaf 1 aangegeven – wel erg laag hebben gelegen.

Het heeft enige tijd geduurd voordat in Nederland de eerste op het *Köbler*-arrest gebaseerde rechtszaken zijn gevoerd, maar sinds eind 2015 is het raak. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (sector kanton) van 23 november 2016,²¹ waarin zij een op het *Köbler*-arrest gebaseerde schadevordering wegens overschrijding door de rechtbank van de beslistermijn van artikel 7 Europese Verordening voor Geringe Vorderingen afwijst, omdat volgens haar de enkele overschrijding van die termijn 'onvoldoende is om te kunnen spreken van een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het *Köbler*-arrest'. Volgens de rechtbank is van een dergelijke schending in beginsel pas sprake als de rechtbank de redelijke termijn in de zin van artikel 47, tweede alinea, Handvest Grondrechten EU, zou hebben overschreden, hetgeen niet het geval is. Verder is op 23 september 2016 door een Afghaanse 1F-vreemdeling en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) een rechtszaak bij de Rechtbank Den Haag aanhangig gemaakt,²² waarin zij met een op *Köbler* gebaseerde schadevordering, de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State betreffende de zogenoemde '1F-ers' aan de kaak stelt. De term '1F-er' verwijst naar artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag, dat aan asielzoekers, waarvan sterke vermoedens bestaan dat zij in het land van herkomst mensenrechten hebben geschonden, in hun asielprocedure kan worden tegengeworpen. Volgens het Nederlands beleid geldt de 1F-status in beginsel voor alle Afghanen die in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw voor de Afghaanse veiligheidsdienst hebben gewerkt. De status heeft als gevolg dat zij geen verblijfsvergunning krijgen, waardoor ze geen aanspraak kunnen maken op sociale rechten en niet kunnen werken in Nederland. Tegelijkertijd is voor hen terugkeer naar hun eigen land vaak onveilig of onmogelijk en zitten sommigen onder deze omstandigheden daarom al meer dan tien jaar 'vast' in Nederland. In hun vordering stellen de Afghaanse vreemdeling en het NJCM dat de Nederlandse Staat het Unierecht heeft geschonden,

18 Vergelijk onder meer HvJ EG 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360 (*Dzodzi*), en recentelijk HvJ EU 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X & Van Dijk*); AB 2015/408, m.nt. Ortlep; HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1, m.nt. Ortlep (*Ferreira da Silva*); HvJ EU 15 maart 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209; AB 2017/140, m.nt. Ortlep (*Aquino*).

19 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1, m.nt. Ortlep.

20 Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, R.W. 2014-2015, p. 1573-1582, m.nt. Van Oevelen; AB 2016/157, m.nt. Ortlep.

21 Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190.

22 Zie voor de zaak en voor de dagvaarding: <https://pilpnjcm.nl/raad-van-state-schendt-eu-recht-pilp-njcm-vecht-dit-aan-samen-met-afghaanse-1f-er>.

doordat de Afdeling bestuursrechtspraak, de hoogste instantie in vreemdelingenzaken, het EU-recht heeft geschon- den, omdat zij geen individueel onderzoek zou doen naar de '1F-er', en bovendien heeft nagelaten hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

De meeste aandacht is tot nu echter uitgegaan naar de zaak van de KLM-piloten tegen de Staat waarin schadevergoe- ding is gevorderd vanwege de beweerdelijke schending van het Unierecht en artikel 6 EVRM door de Hoge Raad in een arrest van 13 juli 2012, waarin het, kort gezegd, ging over de vraag of de gedwongen vervroegde pensionering van de piloten in strijd was met het Unierechtelijke gelijkheidsbe- ginsel.²³ Het is deze zaak van de KLM-piloten die inmiddels de Hoge Raad heeft bereikt.²⁴ De beweerdelijke schending in die zaak betreft het ten onrechte en ongemotiveerd niet- verwijzen van een prejudiciële vraag door de Hoge Raad naar het Hof van Justitie. Omdat in die zaak het Unierecht samenloopt met het EVRM, gaan wij hierna eerst nader in op het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.

2.2 Het EVRM en de invloed van het Handvest Grondrechten EU

De eventuele betekenis van het EVRM voor de staatsaan- sprakelijkheid wegens schendingen van het EVRM door de rechter wordt besproken in de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik (O&A 2017/34). Daaruit blijkt dat de zelfstan- dige betekenis tamelijk beperkt is. Volgens de rechtspraak van het EHRM, waaronder het *Kudla*-arrest,²⁵ moeten de verdragsstaten op grond van artikel 13 EVRM voorzien in een schadevergoedingsmogelijkheid in het geval van rech- terlijke overschrijdingen van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Volgens de genoemde auteurs is deze rechtspraak, die in de Nederlandse rechtspraak inmiddels volledig is ge- implementeerd, een buitenbeentje waarvan de creatie kan worden verklaard door de wens van het EHRM om de na- tionale rechter bij wijze van 'punitive damages' tot spoed te bewegen. Buiten het terrein van de redelijke termijn zou artikel 13 EVRM niet verplichten tot een doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Wel bepleiten zij dat de Nederlandse rechter op dit punt een stapje verder zou gaan dan het EHRM strikt genomen voorschrijft door in elk geval bij kennelijke rechterlijke schendingen van het EVRM – en in de toekomst bij schendingen die tussen de toerekenbare en kennelijke schending in kunnen worden gesitueerd – naar nationaal recht een recht op schadever- goeding te erkennen. Dit omdat zij het onwenselijk vinden dat een betrokkene zoals thans het geval is steeds blijft zitten met schade veroorzaakt door rechterlijke fouten. En omdat de vereiste coherentie van onze rechtsorde pleit

voor het tenminste aansluiten bij het regime dat op grond van het *Köbler*-arrest geldt voor het EU-recht. Dit pleidooi zou, zoals Uzman en Boogaard (O&A 2017/30) suggereren, kunnen worden gebaseerd op een ook als nationaal begin- sel te erkennen beginsel van effectieve rechtsbescherming. Bovendien wijzen wij erop dat, volgens Carton en Lierman (O&A 2017/33) en Keirse (O&A 2017/32), zowel de Belgische als de Nederlandse rechter al een recht op schadevergoe- ding erkennen wanneer het EHRM een schending van het EVRM door een hoogste rechter heeft vastgesteld en deze schending niet op andere wijze ongedaan kan worden ge- maakt.²⁶

In aanvulling op het voorgaande, past een opmerking over de wijze waarop het Hof van Justitie de door het *Kudla*- arrest geëiste schadevergoedingsactie heeft geïmplemen- teerd in zijn rechtspraak betreffende de overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht (van eerste aanleg). Volgens het arrest *Groupe Gascogne* moeten particulieren daartoe een aparte – op artikel 340 VWEU gebaseerde – schadevergoedingsprocedure starten bij het Gerecht en kunnen zij in die procedure zowel materiële als immate- riële schadevergoeding vorderen.²⁷ Voor zover de kwestie waarin het Gerecht de redelijke termijn heeft overschreden in hoger beroep door het Hof van Justitie is beoordeeld, stelt het Hof, indien daarom verzocht, in die procedure ook vast of het Gerecht de redelijke termijn al dan niet heeft overschreden. Bovendien – en dat is belangrijk voor het vervolg – heeft het Hof gesteld dat de enkele schending van de redelijke termijn al kwalificeert als 'voldoende gekwali- ficeerd' (kennelijk). Aldus kan die enkele schending worden geredresseerd, terwijl het *Köbler*-criterium formeel over- eind blijft.

Terug naar het EVRM. Belangrijk voor de verdere ontwik- keling van de rechtspraak betreffende de staatsaansprake- lijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, is de lijn in de rechtspraak van het EHRM volgens welke het in strijd is met artikel 6 EVRM als een nationale hoogste rechter een ver- zoek van een partij om prejudicieel te verwijzen (ongemo- tiveerd) afwijst zonder te verwijzen naar de uitzondering die het Hof van Justitie heeft erkend in het arrest *Cilfit*.²⁸ Het is deze lijn, waarop de KLM-piloten beroep hebben gedaan in de hiervoor, aan het einde van paragraaf 2.1, genoemde

23 HR 13 juli 2012, NJ 2012/547, m.nt. Mok (KLM/Vereniging Nederlandse Ver- keersvliegers).

24 Na Rb. Den Haag 3 juni 2015, AB 2016/26, m.nt. Widdershoven; O&A 2016/3, m.nt. Meijer, en (hoger beroep) Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71, m.nt. Widdershoven.

25 Vgl. voor het *Kudla*-arrest, andere relevante EHRM-rechtspraak en de wijze waarop de Nederlandse rechtspraak deze rechtspraak hebben geïm- plementeerd, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Hoofdstuk 26, Kudla', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (zevende druk), p. 397-420.

26 Cass. 25 maart, NJW 2011, afl. 239, 227, m.nt. Boone, en HR 18 maart 2005, NJ 2005/201, m.nt. Alkema.

27 HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, ECLI:EU:C:2013:770; AB 2014/63, m.nt. Widdershoven (*Groupe Gascogne*). Zie voor de eerste zaak waarin het Gerecht schadevergoeding toekent wegens overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht in een eerdere zaak, GvEA EG 1 februari 2017, T-479/14, ECLI:EU:T:2017:48 (*Kendrion/EU*). In die zaak wijst het Gerecht een materiële schadevergoeding van € 588.769, en *ex aequo et bono* een immateriële schadevergoeding van € 6000 EUR.

28 Vergelijk EHRM 23 mei 2016, nr. 17502/07 (*Avotipš/Letland*); EHRM 21 juli 2015, nr. 38369/09 (*Schipani/Italië*); EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09; AB 2015/44, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Dhabbi/Italië*); EHRM 10 april 2012, nr. 4832/04 (*Vergauwen/België*); EHRM 20 september 2011, nrs. 3989/07 en 38353/07, *Ullens de Schooten en Rezabek/België*; AB 2012/26, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik. Zie J. Krommendijk, 'De prejudiciële verwijzingsdans tussen het Europees Hof van Justitie en nationale rech- ters', *Trema* 2017/1, p. 10-16 en diens 'Open sesame!': Improving access to the ECJ by requiring national courts to reason their refusals to refer', *European Law Review* 2017/1, p. 46-72.

zaak. In de zaak wordt hun schadeclaim zowel door de Haagse rechtbank als in het hoger beroep door het Haagse hof afgewezen. Interessant is dat het Haagse hof het beroep op artikel 6 EVRM beschouwt als een beroep op het met dat artikel corresponderende artikel 47 Handvest Grondrechten EU, om vervolgens, vanwege het daardoor toepasselijke *Köbler*-criterium van de voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending, te beoordelen of de Hoge Raad zijn motiveringsplicht kennelijk heeft geschonden. Omdat de Hoge Raad in het omstreden arrest uitvoerig heeft verwezen naar de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie, en het daardoor ook voor de KLM-piloten duidelijk had moeten kunnen zijn dat de Hoge Raad van oordeel was dat de kwestie aan de hand van die rechtspraak kon worden beslist en verwijzing dus niet nodig was, acht het Haagse hof het ongemotiveerd niet prejudicieel verwijzen niet in strijd met artikel 6 EVRM, laat staan kennelijk. Deze uitspraak geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Dat het Haagse hof artikel 47 Handvest Grondrechten EU van toepassing acht op de schadevordering wegens het ongemotiveerd niet-verwijzen is volgens ons juridisch correct, ook al had het hof de zaak dan wel moeten afdoen op grond van artikel 47 Handvest Grondrechten EU (en niet op grond van artikel 6 EVRM). Ter toelichting daarvan het volgende. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de lidstaten op grond van artikel 52, eerste lid, Handvest Grondrechten EU, zoals uitgelegd in het arrest *Åkerberg Fransson*, aan het Handvest Grondrechten EU gebonden als zij handelen 'binnen het toepassingsgebied (of de reikwijdte) van het Unierecht'.²⁹ Deze bijdrage is niet de plaats om uitvoerig in te gaan op de vraag wanneer het nationale recht binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Wel staat vast dat dit gebied al ruim is, vooralsnog alleen ruimer wordt en dat het aan de randen ervan niet altijd even duidelijk is of een nationale zaak wel of niet binnen dat toepassingsgebied valt.³⁰ Hoe dan ook, de kwestie waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld in het omstreden arrest, valt ongetwijfeld binnen dat toepassingsgebied en dat geldt dan ook voor de schadevordering wegens de mogelijke schending van het Unierecht in dat arrest.³¹ In dat geval moet de grondrechtenconformiteit van het handelen van de lidstaat volgens het Hof van Justitie 'uitsluitend' worden beoordeeld in het licht van de door het Handvest Grondrechten EU gewaarborgde grondrechten en niet in het licht van het EVRM, omdat het EVRM, ook al maken de daarin opgenomen mensenrechten als algemene beginselen deel uit van het Unierecht, 'geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is' zolang de Europese Unie geen

partij is bij het EVRM.³² Wel geldt daarbij op grond van artikel 52, derde lid, Handvest Grondrechten EU, dat 'voorzover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door dat Verdrag aan worden toegekend', en wordt die inhoud volgens de toelichting op artikel 52, derde lid, Handvest Grondrechten EU, 'met name ook bepaald door de rechtspraak van het EHRM'. Daarom moet het Hof van Justitie het Handvestrecht uitleggen in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de rechtspraak van het EHRM.³³

Gelet op het voorgaande moet de schadevordering wegens het ongemotiveerd niet prejudicieel verwijzen worden beoordeeld in het licht van artikel 47 Handvest Grondrechten EU, en kunnen of moeten daarover in het geval van twijfel over de uitlegging van het Unierecht prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie worden gesteld. Daartoe bestaat volgens ons wel enige aanleiding, omdat het Hof van Justitie, anders dan het EHRM en ondanks een praktijk van bijna 60 jaar prejudiciële verwijzingen, nog nooit heeft bepaald dat hoogste nationale rechters een niet-verwijzing zouden moeten motiveren als partijen een verzoek tot verwijzing hebben ingediend.³⁴ Een dergelijke motiveringsplicht is evenmin opgenomen in de in 2016 geactualiseerde Aanwijzingen voor prejudiciële verwijzingen. Zoals ook door Fierstra is opgemerkt, gaat achter dit verschil tussen beide hoogste Europese rechter vermoedelijk een verschil in visie op de prejudiciële procedure schuil.³⁵ Terwijl het Hof van Justitie deze procedure beschouwt als een samenwerkingsinstrument 'van rechter tot rechter', waarin de opvattingen van partijen geen rol spelen (zie reeds paragraaf 2.1), beschouwt het EVRM haar wel mede als een rechtsmiddel voor partijen. Overigens denken wij dat, als de motiveringskwestie ooit naar het Hof van Justitie wordt verwezen, dat Hof zich zal schikken in de benadering van het EHRM. Gelet op artikel 52, derde lid, Handvest Grondrechten EU is dat in feite onontkoombaar. In dat geval vloeit die motiveringsplicht ook voort uit artikel 47 Handvest Grondrechten EU, en – zo voegen wij eraan toe – ligt het in de rede om aan te nemen dat deze plicht er alsdan bovendien toe strekt om rechten toe te kennen aan de partij die om verwijzing heeft verzocht.

Vervolgens is het de vraag of dat zonder meer impliceert dat een schadevordering wegens mogelijke rechterlijke schending van artikel 47 Handvest Grondrechten EU moet worden beoordeeld in het licht van het strikte *Köbler*-criterium van de kennelijke schending. Het Haagse hof acht dit vanzelfsprekend. Wij hebben op dit punt iets meer twijfel. Eerst

29 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105; AB 2013/131, m.nt. Widdershoven (*Akerberg Fransson*).

30 Zie voor een onderbouwing: T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk 39, Akerberg Fransson', in: T. Barkhuysen e.a. (red.) 2016, p. 629-647, in het bijzonder p. 635-639. Die 'randen' betreffen de toepasselijkheid van het Handvest Grondrechten EU in zuiver interne situaties met mogelijk grensoverschrijdende consequenties en de nationale handhaving van het Unierecht in het geval de Unieregeling in kwestie geen specifieke maatregelen voorschrijft.

31 Zie naar analogie, HvJ EG 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811; AB 2011/222, m.nt. Widdershoven (*DEB*).

32 Zie, behalve *Akerberg Fransson*, ook HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*), en HvJ EU 28 juli 2016, C-543/14, ECLI:EU:C:2016:605 (*Orde der barreaux francophones et germanophone*).

33 HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499; AB 2016/321, m.nt. Widdershoven (*Toma*).

34 Ook niet in: HvJ EU 15 maart 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209; AB 2017/140, m.nt. Ortlep (*Aquino*).

35 M.A. Fierstra, 'Nieuwe aanbevelingen voor het stellen van prejudiciële vragen', *Trema* 2017/2, p. 52-59, in het bijzonder p. 54. Zie voor dezelfde verklaring, de annotatie van Widdershoven onder Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71.

en vooral, omdat – zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven – de *Köbler*-criteria voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak minimumcriteria zijn en zij er niet aan in de weg staan dat de Staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is. Of daartoe aanleiding bestaat wordt in paragraaf 4 besproken. In dat verband moet in elk geval ook aandacht worden besteed aan de opvatting van het Hof van Justitie in het hierboven vermelde arrest *Groupe Gascoigne*, dat schendingen van de redelijke termijn van artikel 47, tweede lid, Handvest Grondrechten EU per definitie voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schendingen zijn. De vraag die in dat verband moet worden beantwoord is of deze kwalificatie dan niet evenzeer zou moeten gelden voor de – eveneens op artikel 47 Handvest Grondrechten EU gebaseerde – motiveringsplicht. Ook op dat punt komen we in paragraaf 4 terug.

3. Ontwikkelingen in de nationale rechtspraak

Dat de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak thans op de agenda staat, heeft ook te maken met de ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak. Deze worden met name beschreven in de bijdrage van Giesen (*O&A* 2017/31). Daaruit blijkt dat de Hoge Raad – volgens velen nog steeds, zie hierna – sinds het arrest inzake het *Hotel Jan Luyken* uit 1971³⁶ de vaste lijn hanteert dat de Staat in beginsel niet aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak. Een uitzondering hierop is slechts toegelaten indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden. Allereerst moeten bij de voorbereiding van de rechterlijke uitspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat niet meer met recht kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Verder mag tegen de onrechtmatige rechterlijke uitspraak geen rechtsmiddel openstaan of hebben opengestaan. Wat betreft de laatstgenoemde voorwaarde gaat het niet alleen om een gewoon rechtsmiddel maar ook om een buitengewoon rechtsmiddel, zoals het rechtsmiddel van herroeping/herziening. Zoals besproken in de bijdrage van Giesen (*O&A* 2017/31), heeft deze maatstaf als resultaat dat de kans dat de Staat op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van onrechtmatige rechtspraak zeer beperkt is. Er kan met Kortmann zelfs worden verdedigd dat de uitzondering voor deze niet-aansprakelijkheid, meer precies het voldoen aan die twee cumulatieve criteria, om de volgende reden een ‘wassen neus’ is:³⁷

“Voor een afwijking van de hoofdregel van niet-aansprakelijkheid is immers mede vereist dat er geen rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan. Een dergelijk mid-

del is er echter steeds, omdat de Hoge Raad zo nodig een buitenwettelijk rechtsmiddel toekent als er fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd, waardoor er geen sprake is van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.”³⁸

De enige ‘uitzondering’ op de toepassing van de maatstaf uit het *Jan Luyken*-arrest is geformuleerd in het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014,³⁹ waarin hij heeft geoordeeld dat de Staat aansprakelijk is voor immateriële schade vanwege schending door de rechter van de eis van de redelijke termijn, zoals deze is neergelegd in artikel 6 EVRM. De Raad geeft daarin geen toepassing aan de maatstaf uit het *Jan Luyken*-arrest, maar aan de rechtspraak van het EHRM (onder meer het *Kudla*-arrest), zoals besproken in met name de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik (*O&A* 2017/34). Mede gelet op ‘wassen neus’-kritiek van Kortmann is het niet heel verwonderlijk dat door een deel van de literatuur – waaronder Giesen (*O&A* 2017/31) – het *Greenworld*-arrest wordt beschouwd als breuk door de Hoge Raad met de strikte *Jan Luyken*-maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak.⁴⁰ De nieuwe maatstaf zou dan zijn dat de rechter ‘met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’. Uit het *QNOW*-arrest van de Hoge Raad blijkt verder, aldus Giesen (*O&A* 2017/31), dat bij de betreffende misslag geen onderscheid moet worden gemaakt tussen ‘enerzijds procedurele fouten – of bepaalde processuele fouten – en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak’.⁴¹ Voor beide geldt de *Greenworld*-maatstaf. Bovendien bepaalt de Hoge Raad in dat arrest dat de maatstaf of is gehandeld met ‘kennelijk grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ (grof plichtsverzuim):

“Uitgaat van een lichtere graad van verwijtbaarheid dan de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, maar dat niettemin ook in eerstgenoemde maatstaf de nadruk erop ligt dat de betrokken arbiter een ernstige persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten kan worden gemaakt, zij het dat die verwijtbaarheid in zekere mate is geobjectiveerd. Of een arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval.”

In zijn bijdrage betoogt Giesen (*O&A* 2017/31) met kracht van argumenten dat de *Greenworld*-maatstaf, zoals nader ingevuld in het *QNOW*-arrest, niet alleen de (persoonlijke)

36 HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten; *AB* 1972/27, m.nt. Stellinga; *AA* 1973, p. 156 e.v., m.nt. Stein. Zie verder over deze rechtspraak de bijdragen van Uzman en Boogaard (*O&A* 2017/30), Giesen (*O&A* 2017/31) en Barkhuysen/Van Emmerik (*O&A* 2017/34).

37 S.C.J.J. Kortmann, ‘Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het *Anca*-arrest’, *NJB* 1993/25 (p. 921-926), in het bijzonder p. 924.

38 S.C.J.J. Kortmann 1993, p. 922. Vergelijk S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.P. Kortmann, ‘Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken’, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht (Kortmann-bundel I)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 207-231, in het bijzonder p. 213 e.v.

39 HR 28 maart 2014, *AB* 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; *NJ* 2014/525, m.nt. Van Wijmen en Asser; *O&A* 2014/53, m.nt. Sluysmans (*Gemeente De Bilt*).

40 HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. Vranken; *JOR* 2010/175, m.nt. Kortmann.

41 HR 30 september 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2215*.

aansprakelijkheid voor arbiters betreft, maar ook de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, en dat de *Jan Luycken*-maatstaf daarmee verleden tijd is. De door hem aangevoerde argumenten zijn wat ons betreft behoorlijk overtuigend, maar tegelijkertijd stellen wij (ook met hem) vast dat de lagere rechtspraak en een deel van de literatuur hierover anders denken. Volgens de Haagse rechtbank heeft de *Greenworld*-maatstaf alleen betrekking op arbiters.⁴² Welke opvatting de juiste is, zal de Hoge Raad (hopelijk) bepalen in de – in de vorige paragraaf genoemde – zaak van de KLM-piloten die thans in cassatie aanhangig is, tenminste als in cassatie gronden zijn aangevoerd tegen het oordeel van het Haagse gerechtshof dat, omdat de ongemotiveerde niet-verwijzing geen voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending is van artikel 6 EVRM, evenmin is voldaan aan de maatstaven van *Jan Luyken* en *Greenworld*. Hoe dan ook op grond van tekstuitleg van het *Greenworld*-arrest zelf, blijken Giesen en een deel van de literatuur over de vraag of de *Greenworld*-maatstaf die van *Jan Luycken* heeft verdrongen een heel ander standpunt te kunnen innemen dan de lagere rechtspraak en een ander deel van de literatuur. Wie gelijk heeft, zal dan ook moeten worden bepaald door de Hoge Raad, waarbij waarschijnlijk andere argumenten dan tekstuitleg, meer in het bijzonder rechtspolitieke argumenten de doorslag zullen geven.⁴³ Op dit punt komen wij in paragraaf 4 terug. Wel maken wij in verband met het oog op onze keuze nu al twee opmerkingen.

In de eerste plaats vinden wij, anders dan Giesen (*O&A* 2017/31), maar met Keirse (*O&A* 2017/32), dat de *Greenworld*-maatstaf – ervan uitgaande dat die ook voor de rechtspraak in laatste instantie de *Jan Luycken*-maatstaf heeft verdrongen – slecht past bij de *Köbler*-maatstaf van de voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending. In de *Greenworld*-maatstaf, zoals verduidelijkt in het *QNOW*-arrest, wordt immers de nadruk gelegd op de (ernstige) persoonlijke verwijtbaarheid van de arbiter/rechter, ook al moet die verwijtbaarheid dan wel weer in zekere mate worden geobjectiveerd, terwijl in de *Köbler*-maatstaf die verwijtbaarheid nu juist geen rol mag spelen, althans niet als de toepassing van een criterium als 'kwade trouw of grove schuld' ertoe leidt dat de betrokken lidstaat niet aansprakelijk is voor een kennelijk schending van het Unierecht.⁴⁴ Nu kan men met Giesen (*O&A* 2017/31) stellen dat de *Greenworld*-maatstaf materieel bedoeld is om ook de *Köbler*-maatstaf te omvatten en dat *Köbler*-conforme toepassing ervan op zich mogelijk

is. Dat doet er echter niet aan af dat de *Greenworld*-maatstaf qua formulering slecht aansluit bij de *Köbler*-maatstaf en dat er daarom tenminste twijfel bestaat of het echt de bedoeling van de Hoge Raad is om de *Greenworld*-maatstaf *Köbler*-conform toe te passen bij schendingen van het Unierecht door een rechterlijke instantie in laatste aanleg.

Daarmee zijn wij aangeland bij onze tweede opmerking (vraag), namelijk heeft het *Greenworld*-arrest wel betrekking op de rechtspraak in laatste aanleg? Wij hebben op dit punt toch wel enige twijfel, omdat – zoals ook Giesen (*O&A* 2017/31) signaleert – de Hoge Raad in dat arrest die maatstaf formuleert voor een 'vernietigde uitspraak' van een (scheids)rechter, en uitspraken van de hoogste rechters, zoals de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, niet kunnen worden vernietigd maar hooguit door hen zelf kunnen worden herroepen/herzien respectievelijk vervallen verklaard. Of is de Hoge Raad van oordeel dat het met succes aanwenden van die buitengewone (buitenwettelijke) rechtsmiddelen onder 'vernietiging' vallen en, zo ja, hoe ver moet een rechtszoekende dan gaan om de zaak eerst uit te procederen? Wordt hierdoor toch weer de tweede voorwaarde uit het *Jan Luyken*-arrest van toepassing en daarmee de hierboven genoemde 'was-sen neus'? Hoe dan ook, Giesen suggereert dat 'vernietiging' geen harde voorwaarde voor de toepassing van de *Greenworld*-maatstaf is (zou moeten zijn), omdat die maatstaf anders niet zou kunnen worden toegepast op schendingen van het Unierecht door een hoogste rechter, aangezien de vernietigingseis – gelet op het in paragraaf 2.1 besproken arrest *Ferreira da Silva e Brito*⁴⁵ – in strijd is met het beginsel van doeltreffendheid. Dat laatste is op zich juist, maar vooronderstelt dat de Hoge Raad de *Greenworld*-maatstaf ook van toepassing acht op onrechtmatige rechtspraak van de hoogste rechters, een vooronderstelling die, zoals hiervoor aangegeven, niet wordt gedeeld door de lagere rechtspraak. Met evenveel – en volgens ons zelfs meer – recht kan men precies het omgekeerde verdedigen, namelijk dat de Hoge Raad met de frase 'vernietigde uitspraak' heeft willen duidelijk maken dat de *Greenworld*-maatstaf niet geldt voor onrechtmatige rechtspraak van de hoogste rechters. Kort en goed, ook op dit punt brengt tekstuitleg ons niet veel verder en zal de Hoge Raad op grond van waarschijnlijk rechtspolitieke argumenten de knoop moeten doorhakken.

4. Naar een geharmoniseerde maatstaf?

Na deze uitvoerige beschouwingen wordt het tijd voor de centrale vraag van deze bijdrage: zijn er goede redenen om in Nederland tot een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te komen en, zo ja, welke moet dat dan zijn? Zoals in paragraaf 1 is aangegeven, worden daartoe hierna drie opties verkend, waarna wij de knoop doorhakken. Omdat de centrale vraag is ingegeven door de *Köbler*-aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht door rechterlijke in-

42 VergelijkvoordierechtspraakT.BarkhuysenenM.L.vanEmmerik,'Onrechtmatigerechtspraakna100jaarNoordwijkerhout/Guldemond',in:R.J.N.Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199, in het bijzonder p. 189 e.v. Zie verder Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111; Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71, m.nt. Widdershoven; Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:129; Rb. Den Haag 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386; Rb. Den Haag 3 juni 2015, AB 2016/26, m.nt. Widdershoven; *O&A* 2016/3, m.nt. Meijer; Hof Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1277; V.zr. Rb. Den Haag 5 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6948.

43 Vergelijk over dergelijke argumenten A.L.M. Keirse en R. Ortlep, 'Policyargumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2017/2, p. 3-14.

44 Zie uitdrukkelijk het in par. 2.1 vermelde arrest van het HvJ EG 13 juni 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391; AB 2006/248, m.nt. Steyger.

45 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565; AB 2016/1, m.nt. Ortlep.

stanties in laatste aanleg, hebben ook die opties alle betrekking op staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters. Niettemin starten wij met een korte opmerking over dergelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de lagere rechters.

4.1 *Onrechtmatige rechtspraak door lagere rechters*

Voor de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de lagere rechters is, als gezegd, het Unierecht niet van belang en dat geldt – met uitzondering van het vereiste van de redelijke termijn, waarvoor de Nederlandse rechtspraak ook bij de overschrijding door de lagere rechters al een rechtsmiddel biedt – eveneens voor het EVRM. Het systeem van het EVRM gaat er immers vanuit dat burgers in beginsel eerst de nationale rechtsmiddelen moeten uitputten, voordat een eventuele schending van een EVRM-recht bij het EHRM aan de orde kan worden gesteld (artikel 35 EVRM). Aldus betreffen rechterlijke schendingen van het EVRM in beginsel altijd de rechter in laatste aanleg.⁴⁶

Dat Europa Nederland niet dwingt tot erkenning van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de lagere rechters, wil niet zeggen dat Nederland op dit punt geen eigen stappen zou kunnen nemen. Dat kan Nederland wel en, als we de uitleg van het *Greenworld*-arrest van Giesen (*O&A* 2017/31) volgen, zijn die stappen door de Hoge Raad al gezet. Volgens die uitleg is op de lagere rechtspraak immers de *Greenworld*-maatstaf al van toepassing. Voor deze uitleg valt, gelet op de tekst van het *Greenworld*-arrest, ook veel te zeggen, omdat die maatstaf volgens de Hoge Raad geldt voor een 'vernietigde uitspraak' van een '(scheids)rechter'. Volgt men de uitleg van Giesen niet, dan zijn wij er met hem voorstander van dat het arrest door de Hoge Raad op de lagere rechtspraak van toepassing zal worden verklaard. Bij lagere rechters kan zich, evenals bij arbiters, immers de situatie voordoen dat een uitspraak weliswaar door een hoger rechter wordt vernietigd, maar dat de betrokken burger op kosten is gejaagd, omdat hij gedwongen was rechtsmiddelen aan te wenden om een uitspraak die door bewuste roekeloosheid of grof plichtsverzuim incorrect is, van tafel te krijgen. Evenals voor dergelijke uitspraken van arbiters lijkt ons in dat geval schadevergoeding redelijk. Daaraan voegen wij toe dat de *Greenworld*-lat voor aansprakelijkheid zodanig hoog ligt, dat wij er niet bang voor zijn dat lagere rechters uit angst voor aansprakelijkheid zich niet meer – zoals Uzman en Boogaard (*O&A* 2017/30) het uitdrukken – vrij zouden voelen om 'vrijmoedig bij te dragen aan de rechtsontwikkeling' door nu en dan welbewust af te wijken van de hogere rechtspraak. Een dergelijke bijdrage, mits na-

tuurlijk voldoende gemotiveerd, kan immers niet worden gekwalificeerd als bewuste roekeloosheid of grof plichtsverzuim.

4.2 *Onrechtmatige rechtspraak door hoogste rechters*

Op het punt van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters zijn in het voorafgaande drie mogelijke maatstaven de revue gepasseerd, de *Jan Luycken*-maatstaf, de *Greenworld*-maatstaf en de *Köbler*-maatstaf. Hierna worden deze kort beoordeeld en hakken wij de knoop door.

4.2.1 *Handhaving Jan Luycken-maatstaf*

Zoals hiervoor is aangegeven, bestaat deze maatstaf al sinds 1971 en is zij volgens de lagere rechtspraak nog steeds geldend recht, tenzij het Unierecht of het EVRM tot afwijking dwingt. Voor het EVRM is vastgesteld dat de maatstaf in elk geval niet meer kan worden toegepast bij overschrijdingen door de rechter van de redelijke termijn. Het Unierecht betekent een veel ingrijpender inbreuk op de *Jan Luycken-maatstaf*. Zoals hiervoor is aangegeven, wordt die maatstaf immers opzijgezet door de *Köbler*-maatstaf van de voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending, een maatstaf die moet worden gehanteerd binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Dat terrein is al behoorlijk ruim en zal, naar mag worden aangenomen, alleen maar ruimer worden (vergelijk paragraaf 2.2). Bovendien geldt de *Köbler*-maatstaf als minimumnorm ook voor de toepassing van de fundamentele rechten van het Handvest Grondrechten EU, waaronder artikel 47 Handvest Grondrechten EU, binnen dat toepassingsgebied. De *Jan Luycken*-maatstaf is derhalve onontkoombaar op de terugtocht. Een bezwaar tegen die maatstaf is verder dat zij leidt tot een verschillende behandeling van onrechtmatige rechtspraak binnen het (steeds ruimere) toepassingsgebied van het Unierecht en de nationale onrechtmatige rechtspraak, een onderscheid dat door het Grondwettelijk Hof van België in strijd is geoordeeld met het Belgische constitutionele gelijkheidsbeginsel. Volgens ons zou de Nederlandse rechter op dit punt eenzelfde standpunt moeten innemen, temeer omdat de precieze reikwijdte van de frase 'toepassingsgebied van het Unierecht' aan de randen onduidelijk is (vergelijk paragraaf 2.2), zodat het lastig is om te blijven werken met twee maatstaven, de *Köbler*-maatstaf binnen dat toepassingsgebied en de *Jan Luycken*-maatstaf daarbuiten. Ten slotte is hiervoor gesignaleerd dat er vanuit de literatuur veel kritiek op de *Jan Luycken*-maatstaf is ('wassen neus') en dat de argumenten waarop deze heel strikte maatstaf is gebaseerd in afnemende mate worden gedeeld. Dat geldt zowel voor de procesrechtelijke als de staatsrechtelijke argumenten (vergelijk paragraaf 1 en de bijdrage van Uzman en Boogaard (*O&A* 2017/30)).

Kort en goed, de *Jan Luycken*-maatstaf is een te strikte maatstaf, die gebaseerd is op argumenten die in afnemende mate worden gedeeld, waarvan het toepassingsgebied als gevolg van het Unierecht steeds verder wordt ingeperkt en die volgens ons op gespannen voet staat met het (constitutionele) gelijkheidsbeginsel. Wat ons betreft zou deze maatstaf niet

46 'In beginsel', omdat het EHRM van oordeel is dat in uitzonderlijke situaties nationale rechtsmiddelen niet behoeven te worden uitgeput, namelijk als de klager kan aantonen, door bijvoorbeeld het noemen van relevante nationale rechtspraak of enig ander passend bewijs, dat het beschikbare, maar door hem niet benutte rechtsmiddel 'bound to fail' was. Vergelijk EHRM 15 mei 2012, nr. 49458/06; EHRC 2012/199, m.nt. Van Sasse van Ysselt; AB 2012/304, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Colon*); EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04; EHRC 2007/36, m.nt. Woltjer; AB 2007/76, m.nt. Vermeulen (*Salah Sheekh*).

langer moeten worden gehanteerd. Dat roept de vraag op door welke maatstaf zij zou moeten worden vervangen.

4.2.2 Vervanging van de Jan Luycken-maatstaf door de Greenworld-maatstaf

Het eerste alternatief voor de *Jan Luycken*-maatstaf is de maatstaf van het *Greenworld*-arrest. Volgens Giesen (O&A 2017/31) geldt die maatstaf al voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters, maar dat kan volgens ons niet – en zeker niet met zekerheid – worden afgeleid uit het arrest zelf. Zoals in paragraaf 2.2 ook al is aangegeven, wijkt de *Greenworld*-maatstaf in elk geval tekstueel nogal af van de *Köbler*-maatstaf, die binnen het (steeds ruimere) toepassingsgebied van het Unierecht moet worden toegepast, vooral omdat binnen de *Greenworld*-maatstaf de persoonlijke verwijtbaarheid van de rechter centraal staat, terwijl die voorwaarde in de *Köbler*-maatstaf juist geen zelfstandige rol mag spelen.

De spanning tussen beide maatstaven zou kunnen worden opgelost door *Köbler*-conforme toepassing van de *Greenworld*-maatstaf, maar dan wordt wel de essentie van de laatstgenoemde maatstaf, de persoonlijke verwijtbaarheid, weg geïnterpreteerd. Dat is op zichzelf al niet mooi, maar kan er bovendien toe leiden dat er twee *Greenworld*-maatstaven ontstaan, eentje binnen het toepassingsgebied van het Unierecht (afgestemd op *Köbler*) en eentje daarbuiten. Evenals bij de *Jan Luycken*-maatstaf dreigt ook dan een ongelijke behandeling van zaken binnen en buiten het toepassingsgebied van het Unierecht. Ten slotte zou daardoor de verwarring, waartoe de *Greenworld*-maatstaf toch al aanleiding heeft gegeven, verder toenemen. De *Köbler*-maatstaf heeft op dat punt beduidend betere papieren, omdat deze in de rechtspraak van het Hof van Justitie al verder is uitgekristalliseerd. Bovendien passen alle procedurele en materiële fouten, waarop de *Greenworld*-maatstaf betrekking heeft, zonder problemen binnen de *Köbler*-maatstaf.

Kort en goed, de *Greenworld*-maatstaf is geen goed alternatief voor de *Jan Luycken*-maatstaf, omdat zij op gespannen voet staat met het Unierecht, mede daardoor de toepassing ervan kan leiden tot ongelijke behandeling van zaken binnen en buiten het toepassingsgebied van het Unierecht en de preciezer inhoud ervan nog weinig is uitgekristalliseerd.

4.2.3 Vervanging van de Jan Luycken-maatstaf door de Köbler-maatstaf

Uit het voorgaande blijkt dat volgens ons de *Köbler*-maatstaf als geharmoniseerde, algemene maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters veruit de beste papieren heeft. De maatstaf is al geldend recht binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, is in de rechtspraak van het Hof van Justitie al redelijk uitgekristalliseerd en toepassing ervan buiten dat toepassingsgebied leidt tot gelijke behandeling van alle gevallen van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters. Als Nederland deze stap – in lijn met het betoog in de literatuur (vergelijk bijvoorbeeld de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik; (O&A 2017/34)) – zet, voegen wij ons in elk ge-

val bij België (vergelijk de bijdrage van Carton en Lierman; (O&A 2017/33)),⁴⁷ en loopt Nederland met onze zuiderburen in Europa voorop bij de spontane harmonisatie van aansprakelijkheid voor alle rechtsschendingen door de hoogste rechter.⁴⁸ Tegelijkertijd merken we op dat ook bij de *Köbler*-maatstaf de lat voor aansprakelijkheid – terecht – behoorlijk hoog ligt,⁴⁹ zodat de kans op succesvolle aansprakelijkheidsacties niet heel groot zal zijn. Dat blijkt voor wat betreft schendingen van het Unierecht uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, en zal temeer ook gelden voor schendingen van louter nationaal recht door een hoogste rechter.⁵⁰ Het is immers zeer onwaarschijnlijk dat de in Nederland bevoegde rechter in aansprakelijkheidszaken wegens onrechtmatige rechtspraak – in eerste aanleg de Rechtbank Den Haag – zal oordelen dat een hoogste rechter, de Hoge Raad of één van de hoogste bestuursrechters, het nationale recht *kennelijk* heeft geschonden.⁵¹ De uitleg van het nationale recht is immers primair de taak van die hoogste rechters. Om misverstanden te vermijden, met Uzman en Boogaard (O&A 2017/30) achten wij het niet bezwaarlijk dat lagere rechters met het oog op de rechtsontwikkeling soms welbewust afwijken van de uitlegging van het nationale recht door een hoogste rechter. Daartoe is het echter niet noodzakelijk en evenmin waarschijnlijk dat zij de uitleg van het nationale recht door die hoogste rechter eerst zullen (dis)kwalificeren als *kennelijk* in strijd met het nationale recht. Voor een dergelijke afwijking is het immers voldoende dat de lagere rechter de uitlegging door de hoogste rechter in strijd met dat recht acht.

Vanwege de hoge drempel van de *Köbler*-maatstaf van de ‘voldoende gekwalificeerde’ (kennelijke) schending is een mogelijk kritiekpunt tegen de invoering ervan over de hele linie dat de lat voor staatsaansprakelijkheid voor schendingen door een hoogste rechter van fundamentele rechten wellicht te hoog wordt gelegd. De oplossing hiervoor wordt volgens ons gegeven door het Hof van Justitie in het meer genoemde arrest *Groupe Gascoigne*, waarin het, met het oog op de *Kudla*-verplichting, bepaalde dat de enkele schending van de redelijke termijn al voldoende is om een voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending van artikel 47 Handvest Grondrechten EU aan te nemen. Een vergelijkbare lijn lijkt ons ook goed denkbaar bij schendingen van bijvoorbeeld het fundamentele recht op eerlijk proces, ten minste als en voor zover die schending niet kan worden opgeheven

47 In de uitspraak van de Rb. Den Haag (13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386) is tot uitdrukking gekomen dat met het betoog van een spontane harmonisatie met de *Köbler*-rechtspraak (voorlopig) niet wordt meegegaan.

48 Vergelijk de bijdrage van Keirse (O&A 2017/32), alsmede Z. Varga 2017, p. 51-80; Z. Varga 2016b, p. 5-39. Daarbij zij er evenwel op gewezen dat B.J. Hartmann, ‘Alignment of national government liability law in Europe after Francovich’, *ERA Forum* 2012, p. 616-617, uiteen heeft gezet dat de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor nationale schendingen van het Unierecht in sommige lidstaten spontaan worden toegepast bij schendingen van ander (internationaal) recht.

49 Zie ook de analyse in de bijdrage van Carton en Lierman (O&A 2017/33).

50 In het (uitzonderlijke) geval tegen een uitspraak van een lagere rechter geen gewoon rechtsmiddel openstaat (vgl. par. 2.1), zijn kennelijke schending van nationaal recht eerder denkbaar.

51 Zie reeds Widdershoven 2015, p. 718-719. Het betreft hier dus een schending van nationaal recht, die niet mede een schending van het Unierecht of het EVRM impliceert.

door herziening/herroeping van de gewraakte uitspraak. Deze kwalificatie lijkt ons overigens niet noodzakelijk voor elke schending van een fundamenteel recht, meer in het bijzonder niet voor de motiveringsplicht in het geval van niet-verwijzing van een prejudiciële vraag terwijl een partij daarom heeft verzocht (vergelijk paragraaf 2.2). Deze schending is volgens ons, los van de eventuele schending van het materiële Unierecht als gevolg van de niet-verwijzing, onvoldoende zwaarwegend om per definitie als 'kennelijk' te kunnen worden aangemerkt.⁵²

4.2.4 Institutionele voorziening voor schadevorderingen wegens onrechtmatige rechtspraak?

Ten slotte past nog een opmerking van institutionele aard. Hiervoor is opgemerkt dat ook bij de *Köbler*-maatstaf, die wat ons betreft zal gelden voor alle rechtsschendingen door hoogste rechters, de lat voor staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak hoog ligt en dat het aantal succesvolle aansprakelijkheidsvorderingen niet groot zal zijn. Dat neemt niet weg dat dergelijke vorderingen wel vaker kunnen en vermoedelijk zullen worden ingesteld. De recente toename van het aantal schadezaken wegens schending van het Unierecht biedt hiervoor een indicatie (vergelijk paragraaf 2.1). Volgens het geldende recht worden deze vorderingen door de civiele rechter in drie instanties beoordeeld, waarbij die drie instanties zich moeten buigen over de vraag of de Hoge Raad of een van de hoogste bestuursrechters het (nationale, Unie- of internationale) recht kennelijk heeft geschonden. Dat is een lastige taak, zeker als zij zich moeten verdiepen in complexe bestuursrechtelijke rechtspraak waarmee zij eerder nooit te maken hebben gehad. Bovendien zorgt het enkele feit dat zo'n schadevordering aanhangig is, ook al is de kans op succes ervan in het algemeen niet groot, voor een lange periode van rechtsonzekerheid. Dat is vooral in zaken, waarin de gewraakte rechtspraak van de hoogste rechter wordt gecontinueerd terwijl de schadevordering aanhangig is – zoals dat het geval is bij besluiten betreffende de 1F-asielstatus, waarover thans wordt geprocedeerd bij de Rechtbank Den Haag (vergelijk paragraaf 2.1) – minder wenselijk.⁵³ Ten slotte leidt – zoals ook Uzman en Boogaard (*O&A* 2017/30) opmerken – de beoordeling door

lagere civiele rechters van de rechtspraak van de hoogste rechters tot enig gezagsverlies van die hoogste rechters en wordt hierdoor de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters – indirect en marginaal, maar toch – onderworpen aan het toezicht van de civiele rechter. Al deze 'bezwaren' zijn nu al de realiteit bij de lopende, op *Köbler* gebaseerde schadevorderingen wegens schending van het Unierecht en de ernst ervan neemt volgens ons niet wezenlijk toe door de – door ons bepleitte – invoering van de *Köbler*-maatstaf over de hele linie.⁵⁴

Wel zijn zij voor ons reden om – zoals ook door Uzman en Boogaard (*O&A* 2017/30) wordt gesteld – opnieuw ervoor te pleiten dat de wetgever voor deze bijzondere aansprakelijkheidszaken een aparte voorziening in het leven roept, bijvoorbeeld in de vorm van een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak.⁵⁵ Deze kamer zou dan belast kunnen worden met het bij uitsluiting in eerste en enige aanleg afdoen van schadevorderingen wegens schendingen van het recht door de hoogste rechters,⁵⁶ zodat deze zaken op korte termijn kunnen worden beslist. Tegen deze optie kan (en zal) worden aangevoerd, dat aldus deze hoogste rechters 'hun eigen vlees keuren'. Die situatie is echter al realiteit op het terrein van de civiele en strafrechtspraak, waarin de Hoge Raad uiteindelijk oordeelt over deze schadevorderingen, en wij zien geen reden waarom de bestuursrechtspraak op dit punt anders zou moeten worden behandeld. Bovendien is die 'eigen vleeskeuring' tot op zekere hoogte onvermijdelijk, omdat gestelde rechtsschendingen door hoogste rechters uiteindelijk altijd bij een (van die) hoogste rechter(s) terecht zullen komen. Om redenen van onpartijdigheid moet de wetgever aan de samenstelling van die gezamenlijke kamer natuurlijk wel eisen stellen, opdat zij niet kan bestaan uit de raadsheren en/of staatsraden die de gewraakte uitspraak hebben gedaan.

5. Samenvattende conclusie

Binnenkort staat de Hoge Raad voor de vraag of de aloude *Jan Luyken*-maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak in laatste aanleg moet worden gehandhaafd, dan wel moet worden vervangen door een andere maatstaf. In deze slotbijdrage hebben wij geconcludeerd dat er voor zo'n vervanging goede redenen bestaan en dat de nieuwe maatstaf niet zou moeten zijn de *Greenworld*-maatstaf, maar de *Köbler*-maatstaf van een voldoende ge-

52 Bovendien is het de vraag of er, los van een eventuele schending van materieel recht, wel causaal verband bestaat tussen een (kennelijke) schending van de motiveringsplicht en de geleden schade. In dit verband merken wij op dat in de zaak van *Ullens de Schooten*, waarin het EHRM in zijn uitspraak van 20 september 2011, nr. 3989/07; AB 2012/26, voor de eerste keer bepaalde dat het ongemotiveerd niet verwijzen van een prejudiciële vraag door een hoogste rechter een schending van artikel 6 EVRM kan betekenen, het Hof van Justitie, na alsnog verwijzing door de Belgische rechter, in zijn uitspraak van 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874, heeft bepaald dat het geschil niet binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Voor de niet-verwijzing bestond dus wel degelijk een goede reden. Het is ons niet zonder meer duidelijk in hoeverre de door Ullens de Schooten geleden schade – materieel lijkt het alleen te gaan om de kosten van alle procedures – het causaal verband is van het ongemotiveerd niet-verwijzen. Maar misschien biedt het Belgisch recht een creatieve oplossing.

53 Dat die rechtspraak wordt gecontinueerd is op zichzelf niet in strijd met het (Unie)recht en is los daarvan logisch, omdat anders het enkele instellen van een schadevordering, hoe kansloos ook, al zou leiden tot het beoogde doel, namelijk dat gewraakte rechtspraak zolang de zaak aanhangig is bij de civiele rechter niet wordt toegepast.

54 Voor schendingen van nationaal recht niet, omdat wij ons – vanwege de zeer kleine kans van slagen ervan (zie hiervoor) – niet kunnen voorstellen dat schadevorderingen vaak zullen worden ingesteld. Voor fundamentele rechten niet, omdat de door ons bepleite uitbreiding op dit terrein heel beperkte gevolgen heeft, nu voor de meest voorkomende schending van dergelijke rechten door hoogste rechters, die van de redelijke termijn, al redresseringswegen bestaan (vergelijk par. 2.2), deze schendingen deels al vallen onder de *Jan Luyken*-maatstaf en zij binnen het toepassingsgebied van het Unierecht al vallen onder de *Köbler*-maatstaf.

55 Vergelijk Widdershoven & Ortlepp 2004, p. 34-48.

56 Met uitzondering van schendingen van de redelijke termijn door de hoogste rechters, omdat daarvoor, zoals opgemerkt in par. 2.2, al adequate redresseringswegen bestaan. Het gaat daarbij niet alleen om schadevergoeding, maar ook om de reductie van 'bestraffende' strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties.

kwalficeerde (kennelijke) schending. Deze maatstaf is dan niet meer alleen van toepassing in zaken binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, maar ook in louter nationale zaken en in zaken waarin een hoogste Nederlandse rechter het EVRM of ander internationaal recht heeft geschonden. Teneinde de lat bij schendingen van fundamentele rechten (EVRM, Handvest Grondrechten EU) niet te hoog te leggen, zou de nationale rechter niet alleen de enkele schending van de redelijke termijn, maar bijvoorbeeld ook de enkele schending van het beginsel van een eerlijk proces, al als voldoende gekwalificeerd (kennelijk) kunnen aanmerken.

De positieve redenen om over de hele linie te kiezen voor de *Köbler*-maatstaf is dat deze maatstaf al geldend recht is binnen het al ruime en steeds verdere uitdijende toepassingsgebied van het Unierecht, in de rechtspraak van het Hof van Justitie al redelijk is uitgekristalliseerd en toepassing ervan buiten dat toepassingsgebied tot gelijke behandeling van alle gevallen van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door de hoogste rechters zal leiden. Daaraan kan worden toegevoegd dat de procesrechtelijke en staatsrechtelijke redenen voor de zeer strikte *Jan Luyc-ken*-maatstaf in afnemende mate worden gedeeld.

Overigens zal ook na de eventuele invoering van de door ons bepleite geharmoniseerde *Köbler*-maatstaf het aantal succesvolle schadeclaims voor onrechtmatige rechtspraak beperkt blijven. Gelet op de bijzondere positie van de rechter is dat niet bezwaarlijk. Wel bepleiten wij om diverse redenen, waaronder het belang van de rechtszekerheid, dat de wetgever voor deze bijzondere aansprakelijkheidszaken een aparte voorziening in het leven roept, bijvoorbeeld een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en Afdeling bestuursrechtspraak, waarin deze zaken in eerst en enige aanleg kunnen worden beslist.

Deze rubriek wordt verzorgd door: mr. drs. P.M. Beishuizen (CBb), mr. A.A. al Khatib (Stibbe Advocaten), mr. D.T. van der Leek (Centrale Raad van Beroep), mr. dr. R. Meijer (Zippro & Meijer Advocaten), mr. dr. M.A.E. Planken (Raad van State), mr. S.A.L. van de Sande (AKD advocaten en notarissen), mr. D.G.J. Sanderink (Radboud Universiteit Nijmegen), mr. E. de Witte (Knoops' advocaten)

Jurisprudentie Bestuursrecht

Mr. dr. M.A.E. Planken (ABRvS), mr. drs. P.M. Beishuizen (CBb) en mr. D.T. van der Leek (CRvB)

ABRvS

O&A 2017/36

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
1 maart 2017, nr. 201509163/1/A2

BR 2017/48
AB 2017/181
ECLI:NL:RVS:2017:524

Nadeelcompensatie: voorzienbaarheid, overeenkomst, kettingbeding

Tussenuitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 20 november 2015 in zaak nr. 15/2573 in het geding tussen appellanten en het dagelijks bestuur van Wetterskip Fryslân.

Samenvatting

In deze uitspraak oordeelt de Afdeling dat een overeenkomst die het dagelijks bestuur met een vorige eigenaar van een woning heeft afgesloten het wettelijk recht op nadeelcompensatie van de huidige eigenaren opzij zetten voor afgraven van gronden.

Uit art. 7.14 van de Waterwet vloeit voort dat degene die schade lijdt door de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van waterbeheer, in aanmerking komt voor een vergoeding. Indien door een besluit de onroerende zaak zelf wordt aangetast, bijvoorbeeld door vergraving van gronden, in beginsel volledige schadeloosstelling in de rede ligt (*Kamerstukken II 2006/07, 30818, 3, p. 63*). Het dagelijks bestuur heeft aan oude eigenaar van een woning te Rottevalle een volledige schadevergoeding betaald voordat de werkzaamheden zijn uitgevoerd. De oude eigenaar laat vervolgens na de verplichtingen uit de gebruikersovereenkomst door opname van een daartoe strekkend kettingbeding in de koop- en of leveringsakte op te leggen aan de opvolgend eigenaar van het perceel. Het dagelijks bestuur wil vervolgens niet nog een keer een vergoeding betalen voor het vergraven van gronden aan de nieuwe eigenaar. De Afdeling oordeelt dat de overeenkomst die het waterschap met de oude eigenaar heeft afgesloten, niet het wettelijk recht op schadevergoeding van de nieuwe eigenaar opzij zetten. Zelfs als het risico op het vergraven van gronden was

te voorzien, zoals het dagelijks bestuur betoogt, dan laat dit onverlet dat de nieuwe eigenaar van de gronden er vanuit mocht gaan dat hij zou worden gecompenseerd voor met het vergraven van de gronden gemoeide verlies van grond. Uit het projectplan volgt dat de hoogte van de vergoeding per eigenaar wordt uitgewerkt in een schriftelijke overeenkomst. Het dagelijks bestuur kan zich tegenover nieuwe eigenaar niet beroepen op de inhoud van schriftelijke overeenkomst die het waterschap met de vorige eigenaar heeft afgesloten omdat hij daarbij geen partij was. De enkele stelling van het dagelijks bestuur dat de oude eigenaar aan het waterschap heeft medegedeeld dat de schadevergoeding is verdisconteerd in de koopprijs, is onvoldoende om aan te nemen dat de schade anderszins is verzekerd, nu de nieuwe eigenaar uitdrukkelijk heeft betwist dat in de onderhandelingen over de koopprijs rekening is gehouden met de aan oude eigenaar toegekende schadevergoeding. Indien het waterschap zich aldus genoodzaakt ziet twee keer een vergoeding te betalen voor het vergraven van de gronden, zal het dagelijks bestuur zich moeten wenden tot de oude eigenaar wegens het niet nakomen van de gesloten overeenkomst.

O&A 2017/37

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
8 februari 2017, nr. 201509210/1/A2

ABkort 2017/51
Module Ruimtelijke ordening 2017/7724
ECLI:NL:RVS:2017:326

Planschade: uitwerkingsplan, planologische vergelijking

Tussenuitspraak op de hoger beroepen tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 26 november 2015 in zaak nr. 15/1966 in het geding tussen Lidl Nederland GmbH en het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven.

Samenvatting

Lidl is eigenaresse van het bedrijfspand op de percelen aan de Hofdijkstraat 1 te Eindhoven. Zij heeft het college verzocht om een tegemoetkoming in planschade in verband met de inwerkingtreding van het bij raadsbesluit van 18 maart 2008 vastgestelde bestemmingsplan Stratum binnen de Ring 2007. Onder dit bestemmingsplan is het niet toegestaan de onroerende zaak ten behoeve van de exploitatie van een supermarkt te gebruiken. Volgens Lidl heeft dit tot een schade in de vorm van vermindering van de waarde van de onroerende zaak van € 1.838.000,00 geleid.

Het hoger beroep stelt de vraag aan de orde of een uit te werken bestemming als onderdeel van het oude planologische regime mag worden betrokken in de vergelijking met het nieuwe planologische regime, indien de aanvraag om een tegemoetkoming in planschade na inwerkingtreding van art. 6.1, zesde lid, Wro op 25 april 2013 is ingediend. In geschil is of de wijze van planvergelijking, neergelegd in de tussenuitspraak van 17 april 2013, ook in die situatie van toepassing is. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 6.1, zesde lid, Wro valt af te leiden dat de wetgever het buiten beschouwing laten van een uit te werken bestemming niet als zelfstandig doel ziet, maar als middel om te bewerkstelligen dat geen tegemoetkoming wordt verstrekt voor planschade die de aanvrager niet in die omvang zal lijden, indien de uitwerking van de uit te werken bestemming minder ongunstig uitvalt dan bij het benutten van de maximale mogelijkheden van de uit te werken bestemming. De wetgever heeft derhalve beoogd dat slechts voor werkelijke planschade en niet voor theoretische planschade een tegemoetkoming wordt toegekend. Indien een uitwerkingsplan is vastgesteld en onherroepelijk is geworden, kan degene die stelt dat hij schade lijdt of zal lijden als gevolg van het uitwerkingsplan een aanvraag om tegemoetkoming in planschade indienen. In het kader van die aanvraag wordt een vergelijking gemaakt tussen de maximale mogelijkheden van het uitwerkingsplan en de maximale mogelijkheden van de aan de uit te werken bestemming voorafgaande bestemming. In deze situatie wordt een uitzondering gemaakt op de regel dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de planologische maatregel, waarvan is gesteld dat deze planschade heeft veroorzaakt, en het onmiddellijk daaraan voorafgaande planologische regime. In dit geval is geen uitwerkingsplan vastgesteld, maar een andere planologische maatregel genomen, die voor Lidl nadeliger dan de uit te werken bestemming is en een planologische verslechtering betekent. Indien uit de schadetaxatie blijkt dat de planologische verslechtering tot vermindering van de waarde van de onroerende zaak heeft geleid en daarvoor een tegemoetkoming in planschade zou worden verstrekt, is dat geen tegemoetkoming in theoretische schade, die Lidl niet of slechts gedeeltelijk lijdt. Dit betekent dat de geschiedenis van de totstandkoming van art. 6.1, zesde lid, Wro zich in dit geval niet verzet tegen het betrekken van de uit te werken bestemming, als onderdeel van het oude planologische regime, in de vergelijking met het nieuwe planologische regime.

O&A 2017/38

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
19 april 2017, nr. 201504881/2/A2

ECLI:NL:RVS:2017:1052

Nadeelcompensatie; causaliteit, terugkomen van in tussenuitspraak gegeven oordeel

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 8 mei 2015 in zaak nr. 14/3978 in het geding tussen appellanten en de Minister van Infrastructuur en Milieu.

Samenvatting

Exploitanten van een autobedrijf stellen schade te hebben geleden als gevolg van het tracébesluit Rijksweg 31 Leeuwarden. Aan het verzoek om schadevergoeding is ten grondslag gelegd dat de zichtbaarheid en bereikbaarheid van het bedrijfspand na de aanleg en ingebruikname van Rijksweg 31 zijn verslechterd en dat dit tot een waardevermindering van het bedrijfspand en een omzetsdaling van het autoschadebedrijf heeft geleid. De minister wijst de verzoeken af omdat de gestelde schade ten tijde van de investeringsbeslissing in het voorjaar van 2007 voorzienbaar was. In de tussenuitspraak heeft de Afdeling overwogen dat die afwijzing ontoereikend is gemotiveerd. Vervolgens handhaaft de minister het besluit tot afwijzing van de verzoeken om schadevergoeding, omdat een oorzakelijk verband tussen het tracébesluit en de afsluiting van de Hendrik Algraweg ontbreekt. De exploitanten van het autobedrijf stellen dat het causaliteitsvereiste een gepasseerd station is, gelet op de tussenuitspraak. In de tussenuitspraak is overwogen dat zij ter zitting van de Afdeling onweersproken hebben gesteld dat in het tracébesluit is vastgelegd dat de Hendrik Algraweg wordt afgesloten. Ook wijzen zij erop dat gemachtigden van de minister ter zitting van de Afdeling desgevraagd uitdrukkelijk hebben bevestigd dat in het tracébesluit is vastgelegd dat de Hendrik Algraweg wordt afgesloten.

De Afdeling stelt voorop dat zij behoudens zeer uitzonderlijke gevallen niet terug kan komen van een in de tussenuitspraak gegeven oordeel. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 21 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3222). In dit geval is daarvoor wel aanleiding. Anders zou zij een einduitspraak moeten doen, waarvan zij weet dat deze op een onjuist uitgangspunt is gebaseerd. De stelling in de tussenuitspraak dat in het tracébesluit is vastgelegd dat de Hendrik Algraweg wordt afgesloten, behoeft nuancering. Uit een nader door de minister ingewonnen advies blijkt dat het oostelijk deel van de Hendrik Algraweg, zijnde de belangrijkste toegangsroute tot het bedrijfspand, na de inwerkingtreding van het tracébesluit niet langer een rijksweg is, maar een gemeentelijke weg. Uit het tracébesluit valt derhalve niet af te leiden dat de Hendrik Algraweg in planologische zin in zijn geheel uit de wegenstructuur wordt verwijderd. De minister stelt zich dan ook terecht op het standpunt dat in het tracébesluit niet is bepaald dat de Hendrik Algraweg wordt afgesloten. De minister heeft deugdelijk gemotiveerd dat het voor schadevergoeding vereiste oorzakelijk verband tussen het tracébesluit en schade in verband met een verwijdering of afsluiting van de Hendrik Algraweg ontbreekt. Voor zover deze schade ten tijde van de investeringsbeslissing niet voorzienbaar was, laat dat onverlet dat deze schade geen rechtstreeks gevolg is van het tracébesluit en reeds daarom niet voor vergoeding in aanmerking komt.

O&A 2017/39

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
11 januari 2017, nr. 201506191/1/A2

O&A 2017/11
Module Ruimtelijke ordening 2017/7723
BR 2017/32
ECLI:NL:RVS:2017:18

Onrechtmatige daad: schadeberekening, wettelijke rente

Uitspraak op het hoger beroep tegen de Rechtbank Rotterdam van 18 januari 2016 in zaak nr. 15/507 in het geding tussen een scheepswerf en de hoofdingenieur-directeur van Rijkswaterstaat West-Nederland Zuid.

Samenvatting

Rijkswaterstaat heeft in 2000 ten onrechte geweigerd ontheffing te verlenen aan een scheepswerf voor het innemen van een ligplaats in de beneden-Merwede voor schepen en/of stevendok met een breedte van maximaal 23 meter. In 2004 heeft Rijkswaterstaat ontheffing verleend voor het afmeren van één schip met een breedte van maximaal 12 meter. Bij besluit van 22 september 2010 verleent Rijkswaterstaat alsnog de eerder in 2000 geweigerde ontheffing.

De scheepswerf verzoekt vervolgens om vergoeding van schade, omdat zij tien jaar lang geen schepen heeft kunnen afbouwen in de klasse van 110 tot 135 meter. In hoger beroep is de hoogte van de aan de scheepswerf toegekende schadevergoeding in geschil en ook de vraag vanaf welke datum de wettelijke rente over het schadebedrag moet worden berekend.

De door Rijkswaterstaat ingeschakelde deskundigencommissie heeft in het conceptadvies gekozen voor de ontwikkeling van de brutomarge per werknemer als uitgangspunt voor het begroten van de schade. Die keuze was conform het verzoek van de scheepswerf. Geadviseerd wordt een bedrag van € 1009.890,00 toe te kennen. In reactie op het conceptadvies stelt de scheepswerf dat de gemiste omzet en daaruit volgende gederfde brutowinstmarge vertrekpunt moeten zijn voor de berekening van de omvang van de schade en niet de brutomarge per werknemer. In een alternatieve schadeberekening komt de scheepswerf tot een veel hoger bedrag aan schadevergoeding dan het door de commissie voorgestelde bedrag. De deskundigencommissie acht die berekening niet reëel en komt de conclusie dat de brutomarge van de scheepswerf zich in de schadepriode beter heeft ontwikkeld dan de brutomarge van de bedrijven, die in de vergelijking zijn betrokken. Dat impliceert dat de scheepswerf geen schade zou hebben geleden als gevolg van de ten onrechte geweigerde ontheffing bij besluit van 19 december 2000. Dit achtte de commissie niet aannemelijk. Nu de schadeberekeningen uiteenlopen van € 0,00 tot € 1009.890,00 en gegevens waarmee de concreet gemiste omzet en brutomarge enigszins betrouw-

baar kunnen worden berekend ontbreken, heeft de commissie de schade *ex aequo et bono* gesteld op € 500.000,00 (ongeveer 50% van € 1009.890,00). Heeft de commissie op navolgbare wijze uiteengezet waarom in dit geval is gekozen voor meerdere methodes om de schade te berekenen en uiteindelijk in redelijkheid een bedrag aan schadevergoeding is begroot.

De Afdeling acht de door de commissie gemaakte keuzes redelijk en aanvaardbaar. Door het ontbreken van gegevens over de verdeling van (af)bouw enerzijds en reparatie en onderhoud anderzijds in de omzet en daaraan gerelateerde brutowinst ontwikkeling van de scheepswerf was het niet mogelijk een meer concrete en betrouwbare schadeberekening te maken. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 1997, *NJ* 1998/508, waarin is overwogen dat de ingangsdatum van wettelijke rente samenhangt met de wijze van schadebegroting, is de wettelijke rente terecht heeft vergoed vanaf 1 januari 2006. Gelet op de periode waarin de schade is geleden, 2000-2010, de omstandigheid dat in de helft van het aantal jaren voordeel is genoten als gevolg van een betere brutowinstmarge per werknemer en in de helft van de overige jaren nadeel, en er één bedrag voor de gehele schadepriode is berekend, ligt het in de rede 1 januari 2006 als gemiddelde schadedatum te hanteren.

O&A 2017/40

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
19 april 2017, nr. 201601980/1/A2

ABKort 2017/130
ECLI:NL:RVS:2017:1057

Planschade; drempelbedrag, wettelijke rente

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 10 februari 2016 in zaak nr. 14/3573 in het geding tussen appellant en het college van burgemeester en wethouders van Brunssum.

Samenvatting

Appellant heeft het college verzocht om een vergoeding voor de planschade die hij heeft geleden als gevolg van het op 7 oktober 2004 in werking getreden bestemmingsplan Woongebieden, herziening 2003. Het college heeft appellant een planschadevergoeding toegekend van € 2.940,00 en het door appellant betaalde drempelbedrag van € 300,00 terugbetaald. Aan dat besluit heeft het college een advies van Gloudemans ten grondslag gelegd. Appellant betoogt in hoger beroep dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college het advies van Gloudemans niet aan zijn besluit ten grondslag heeft mogen leggen.

Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht overwogen dat een bestuursorgaan een besluit op een aanvraag om ver-

goeding van planschade mag baseren op een advies van een door hem geraadpleegde deskundige, indien uit dat advies op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan dat advies ten grondslag zijn gelegd en de conclusies daarvan niet onbegrijpelijk zijn, tenzij er concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dat advies naar voren zijn gebracht. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat appellante dergelijke aanknopingspunten niet naar voren heeft gebracht. Appellant betoogt verder tevergeefs dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college aan hem ook de wettelijke rente verschuldigd is over het door hem betaalde drempelbedrag van € 300,00. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het college niet gehouden is tot het betalen van wettelijke rente over het terug te storten drempelbedrag. De verplichting tot terugbetaling van het drempelbedrag ontstaat immers pas indien de aanvraag om vergoeding van planschade geheel of gedeeltelijk is toegewezen, zodat voor een rentevergoeding wegens vertraging in de betaling geen grond is.

CBB

O&A 2017/41

College van Beroep voor het bedrijfsleven 21 april 2017, nr. 16/382

ECLI:NL:CBB:2017:156

Schadevergoeding verzoekschriftprocedure 8:91 Awb

Appellant tegen de Staatssecretaris van Economische Zaken

Samenvatting

Appellant houdt Schotse hooglanders. Er heeft een controle op zijn bedrijf plaatsgevonden. De Staatssecretaris heeft een aantal overtredingen van de Wet dieren geconstateerd. Vervolgens is er een last onder bestuursdwang opgelegd. Het College is van oordeel dat de last terecht is opgelegd. Het kostenbesluit komt echter voor vernietiging in aanmerking. Appellant heeft verzocht om schadevergoeding. Dit heeft het College aangemerkt als een verzoek op grond van 8:91 Awb. Nu het kostenbesluit is vernietigd, zullen de kosten van de bestuursdwang niet op appellant verhaald kunnen worden. Appellant leidt op dat punt dus geen schade. Wat betreft de kosten voor het slachten van de runderen, het bezoek van dierenarts en de opgelegde boete, is appellant er naar het oordeel van het College niet in geslaagd aannemelijk te maken dat er een rechtstreeks verband is tussen het onrechtmatige besluit en deze door appellant gestelde schade en kostenposten. Hierbij merkt het College voor de duidelijkheid op dat alleen het kostenbesluit onrechtmatig was en dat de last tot bekappen rechtmatig is opgelegd.

O&A 2017/42

College van Beroep voor het bedrijfsleven 10 februari 2017, nr. 16/209

NJB 2017/582

RZA 2017/5

AB 2017/122

ECLI:NL:CBB:2017:55

Schadevergoeding wegens overschrijding redelijke termijn

Appellanten tegen de Nederlandse Zorgautoriteit

Samenvatting

Dit betreft een beroep van een aantal vrijgevestigde psychologen tegen de tariefbeschikking van de NZa waarin de tarieven voor generalistische basis geestelijke gezondheidszorg voor 2015 zijn vastgelegd. Zij hebben onder andere verzocht om immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Dit verzoek wijst het College af.

Het gaat om een procedure in een niet-punitieve zaak, die volgt op een primair besluit dat is bekendgemaakt na 1 februari 2014. Gelet op vaste jurisprudentie geldt in dat geval voor de berechting van een zaak in eerste aanleg als algemeen uitgangspunt dat de bezwaar- en beroepsfase tezamen niet langer mogen duren dan twee jaar. Dit geldt in het algemeen ook voor een procedure die in eerste en enige aanleg wordt gevoerd. Voor de meer complexe zaken is een termijn voor de totale procedure van twee jaar en zes maanden redelijk, waarvan zes maanden voor de bezwaarprocedure en twee jaar voor het beroep in eerste en enige aanleg. De zaken waarin wordt opgekomen tegen een tariefbesluit van NZa zijn over het algemeen complex en bewerkelijk, omdat in de procedure vrijwel steeds tevens de onderliggende kostenmethodiek wordt aangevochten.

Voorts geldt dat wanneer een verzoek om vergoeding voor het eerst in beroep wordt gedaan, voor de vraag of de redelijke termijn is overschreden de duur van de totale procedure tot dan toe in ogenschouw dient te worden genomen. Een voortvarende behandeling van het beroep kan in zodanig geval ertoe leiden dat de overschrijding van de redelijke termijn door het bestuursorgaan wordt gecompenseerd. Aangezien vandaag uitspraak is gedaan, is de redelijke termijn van twee jaar en zes maanden voor de totale procedure in dit geval niet overschreden.

CRvB

O&A 2017/43

Centrale Raad van Beroep 8 februari 2017, nr. 14/7132 WW

ABkort 2017/72

PJ 2017/57

NJB 2017/498

ECLI:NL:CRVB:2017:466

Pensioenschade, causaal verband, schadebeperkingsplicht, onrechtmatige vaststelling uitkering, hoogte schade ter zitting betwist

Appellant/Uwv

Samenvatting

Volgens vaste rechtspraak van de Raad (bijvoorbeeld ECLI:NL:CRVB:2011:BP2317) dient voor de beantwoording van de vraag of een partij schade lijdt en in welke omvang, zo veel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht. Op grond van artikel 6:119 van het BW bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens de vertraging in de voldoening van een geldsom, in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest. Met de vergoeding van de wettelijke rente wordt geacht alle schade, ontstaan door vertraging in de voldoening van een geldsom, te zijn voldaan.

De door betrokkene gestelde schade is niet veroorzaakt door de vertraging in de voldoening van de WW-uitkering van appellante. De gestelde schade is immers niet ontstaan omdat betrokkene verstoken is geweest van het gebruik van deze geldsom, maar omdat het Uwv bij het onrechtmatige besluit de uitkeringspositie van betrokkene onjuist heeft vastgesteld. Het standpunt van het Uwv, dat hij deze schade al heeft vergoed met het betalen van wettelijke rente over de gemiste WW-uitkering, is dan ook onjuist.

Niet in geschil is dat, als het Uwv meteen een rechtmatig besluit had genomen en betrokkene een WW-uitkering had toegekend, het Uwv haar had aangemeld bij de Stichting FVP, dat deze Stichting dan pensioenpremie voor betrokkene had betaald aan het pensioenfonds Zorg en Welzijn en dat betrokkene de gestelde schade niet zou hebben geleden. Daarmee bestaat er een causaal verband tussen de gestelde schade en het onrechtmatige besluit. Evenmin heeft het Uwv bestreden dat de gestelde schade hem als gevolg van het onrechtmatige besluit kan worden toegerekend. Het Uwv zal dan ook de door betrokkene geleden pensioenschade dienen te vergoeden.

Betrokkene heeft in hoger beroep een gespecificeerde en nader toegelichte berekening overgelegd van de door haar geleden pensioenschade ten bedrage van € 16.000,-. Eerst ter zitting is het Uwv op deze berekening ingegaan en heeft volstaan met een blote betwisting van deze berekening. Gelat op het late stadium van de betwisting en het ontbreken van een motivering gaat de Raad hieraan voorbij. De verzochte schade komt dan ook voor toewijzing in aanmerking. Een benadeelde is gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verlangd. Indien hij daaraan niet voldoet, kan dit tot gevolg hebben dat de schadevergoedingsplicht op grond van artikel 6:101 van het BW wordt verminderd. Indien zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige het in de hand heeft om de schade te beperken, hangt het van de omstandigheden van het geval af of en in hoeverre de vergoedingsplichtige aan de benadeelde kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft be-

perkt. Daarbij valt in aanmerking te nemen dat het aan het handelen of nalaten van de vergoedingsplichtige is te wijten dat de benadeelde in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt (ECLI:NL:HR:2014:3532).

Het is enkel aan het Uwv te wijten dat betrokkene in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt. Als het Uwv immers meteen een rechtmatig besluit had genomen, dan had betrokkene geen pensioenschade geleden. Betrokkene heeft tegen het onrechtmatige besluit tijdig rechtsmiddelen aangewend. Zij mocht ervan uitgaan dat het Uwv, wanneer zij in het gelijk zou worden gesteld, zou bewerkstelligen dat via de Stichting FVP alsnog premieafdracht zou plaatsvinden aan het pensioenfonds. Betrokkene kon en hoefde er geen rekening mee te houden dat het Uwv pas in 2013 een rechtmatig besluit zou nemen over haar aanspraken op een WW-uitkering en dat premieafdracht door de Stichting FVP dan niet meer mogelijk zou zijn. Reeds daarom kan het Uwv betrokkene niet tegenwerpen dat zij heeft stilgezeten en niet zelf een vrijwillige pensioenverzekering heeft afgesloten dan wel de bijdragen aan de bestaande pensioenverzekering vrijwillig heeft voortgezet.

O&A 2017/44

Centrale Raad van Beroep 8 maart 2017, nr. 14/2958 WW

AB 2017/168

NJB 2017/797

ABkort 2017/105

ECLI:NL:CRVB:2017:1103

Causaal verband, onrechtmatige terugvordering en boete, (dreigende) vervolging, beslag, inkomens- en pensioenschade

Appellant/Uwv

Samenvatting

Betrokkene had sinds 2003 een WW-uitkering. Hij werkte daarnaast als zelfstandige (zzp'er). Het Uwv heeft ten aanzien van betrokkene met betrekking tot deze WW-uitkering in 2005 en 2006 twee onrechtmatige besluiten genomen, een waarin de uitkering gedeeltelijk werd teruggevorderd en een waarbij, na een eerder bekendgemaakt voornemen daartoe, een boete werd opgelegd. Betrokkene heeft daarop na enige tijd gereageerd, eerst met verzoeken om nadere informatie, daarna met de mededeling dat hij niet langer aanspraak wilde maken op zijn uitkering, omdat het hem niet duidelijk was aan welke verplichtingen hij moest voldoen. Bovendien hadden de besluiten een slechte invloed op zijn gezondheid. Aannemelijk is dat, als het Uwv deze besluiten niet had genomen, betrokkene zijn aanspraken op zijn WW-uitkering niet had prijsgegeven en de door hem gestelde schade niet zou zijn ontstaan. Niet weersproken is immers dat zonder deze onrechtmatige besluiten het Uwv geen aan-

gifte zou hebben gedaan bij het openbaar ministerie, dat er dan geen strafrechtelijke vervolging van betrokkene zou hebben gedreigd, noch een dreiging van een boeteoplegging zou zijn geweest en dat er dan geen conservatoir beslag zou zijn gelegd op de woning van betrokken. Evenmin is weersproken dat betrokkene (enkel) wegens deze omstandigheden en de gevolgen daarvan voor zijn gezondheid zijn aanspraken op een WW-uitkering heeft prijsgegeven en dat hij zonder de onrechtmatige besluiten in het genot van zijn WW-uitkering was gebleven. Daarmee is het causaal verband tussen de gestelde schade en de onrechtmatige besluiten gegeven (ECLI:NL:HR:2017:18). Vervolgens is aan de orde of de gestelde schade het Uwv als gevolg van de onrechtmatige besluiten kan worden toegerekend.

De informatievoorziening van het Uwv aan zelfstandigen is in een aantal gevallen gebrekkig of onjuist geweest en heeft om die reden een herbeoordeling plaatsgevonden van ten aanzien van zzp'ers genomen besluiten tot herziening, terugvordering en invordering van WW-uitkering en het opleggen van een boete. Ten aanzien van betrokkene heeft het Uwv erkend dat niet is gebleken dat betrokkene in de periode die voorafging aan de onrechtmatige besluiten adequaat is geïnformeerd over de aan de ontvangst van de uitkering gekoppelde verplichtingen. Ook na het nemen van de onrechtmatige besluiten heeft het Uwv betrokkene hierover, ondanks expliciete verzoeken daartoe, geen helderheid verschaft, terwijl het bij uitstek op de weg van het Uwv lag om helderheid te geven over de wijze waarop hij uitvoering geeft aan de wet- en regelgeving in dit verband. Daar komt bij dat het Uwv betrokkene heeft meegedeeld dat, als het openbaar ministerie hem niet strafrechtelijk zou vervolgen, hij in dat geval alsnog een bestuurlijke boete opgelegd kon krijgen. Hierdoor verkeerde betrokkene enkele maanden na de eerste besluiten nog steeds in onzekerheid over de vraag hoe hij op een correcte wijze aan zijn inlichtingenplicht kon voldoen. Als gevolg hiervan liep betrokkene bij voortzetting van zijn WW-uitkering een reëel risico dat hij bij een volgende schending van zijn inlichtingenplicht niet alleen opnieuw zou worden geconfronteerd met een herziening en terugvordering van zijn WW-uitkering, maar ook dat het Uwv opnieuw aangifte zou doen bij het openbaar ministerie en hij weer of alsnog strafrechtelijk zou worden vervolgd dan wel dat het Uwv hem een bestuurlijke boete zou opleggen, die bij recidive veel hoger zou uitvallen. Daarnaast hield het Uwv op dat moment nog vast aan zijn onrechtmatige besluiten tot herziening en terugvordering van WW-uitkering en werd betrokkene als gevolg van deze onrechtmatige besluiten geconfronteerd met een conservatoir beslag op zijn woning. Tegen deze achtergrond, en de ernstige sociale en psychische spanningen die een en ander met zich meebracht, kan betrokkene in redelijkheid niet worden tegengeworpen dat hij zijn aanspraken op een WW-uitkering heeft prijsgegeven. De conclusie is dan ook dat de gestelde inkomens- en pensioenschade als een gevolg van de onrechtmatige besluiten geheel aan het Uwv kunnen worden toegerekend.

De Raad voorziet zelf in de zaak en bepaalt dat het Uwv een bedrag van bijna € 30.000,- aan betrokkene moet vergoeden.

O&A 2017/45

Centrale Raad van Beroep 9 maart 2017, nr. 16/2604 AW

TAR 2017/90

ABkort 2017/89

ECLI:NL:CRVB:2017:960

Ontslag, (berekening) belastingschade, hypotheekschade

Betrokkene/college B en W

Samenvatting

De Raad is van oordeel dat betrokkene de hoogte van haar belastingschade niet voldoende concreet heeft onderbouwd. Betrokkene heeft geen overzicht gegeven van het totaal van de verschuldigde belasting en de daadwerkelijk geheven belasting over de betreffende jaren. Voor het berekenen van belastingschade kan niet worden volstaan met het eenvoudigweg doortrekken van de verandering in één jaar naar andere jaren zonder een volledige berekening te geven over die jaren. Daar komt bij dat de in de tweede voorlopige aanslag over 2013 opgenomen inkomsten uit werk niet zijn gebaseerd op het juiste loon over 2013. Het bedrag aan inkomsten wijkt verder substantieel af van de (fictieve) inkomsten uit werk over de jaren 2008 tot en met 2012. Bovendien bevindt de eerste voorlopige aanslag over 2013 zich niet bij de stukken, zodat niet duidelijk is wat de uitgangspunten zijn voor de herberekening.

Betrokkene verlangt vergoeding van schade wegens het niet kunnen oversluiten van haar hypotheek tegen een gunstiger rentestand. De Raad is met het college van oordeel dat deze gestelde schade geen verband houdt met het onrechtmatige ontslagbesluit. De gestelde schade staat wel in verband met het besluit waarbij de bezoldiging van betrokkene is opgeschort. Met de eerdere uitspraak van de rechtbank staat de rechtmatigheid van dit besluit vast, zodat reeds om die reden geen grond bestaat voor vergoeding van deze schade.

Jurisprudentie Civiel Recht

Mr. S.A.L. van de Sande en mr. D.G.J. Sanderink

O&A 2017/46

Hoge Raad (Civiele kamer) 24 februari 2017, nr. 15/01948

Art. 3:105 BW, art. 3:107 BW, art. 3:108 BW, art. 3:310 BW, art. 3:113 BW, art. 3:314 BW, art. 6:101 BW, art. 6:103 BW

NJB 2017/563

JWB 2017/85

Gst. 2017/77

RN 2017/45

RvdW 2017/298

RVR 2017/39
ECLI:NL:PHR:2016:532
ECLI:NL:HR:2017:309

Schadevergoeding (in natura) bij verkrijgende verjaring niet te goeder trouw

Heusden/X

De Hoge Raad overweegt dat de bezitter die op grond van art. 3:105 BW jo. art. 3:314 BW eigenaar wordt van een zaak, bloot kan staan aan een vordering uit onrechtmatige daad van de (voormalige) rechthebbende die zijn eigendom aan die partij heeft verloren door de werking van art. 3:105 BW. Een persoon die een zaak in bezit neemt en houdt, wetende dat een ander daarvan eigenaar is, handelt immers onrechtmatig tegenover die eigenaar. Dat brengt mee dat deze laatste, mits aan de overige voorwaarden daarvoor is voldaan, kan vorderen dat hem door de bezitter de schade wordt vergoed die hij als gevolg van dat onrechtmatig handelen lijdt. In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat de rechter, indien de voormalige rechthebbende dat vordert en zijn wederpartij nog steeds eigenaar is, de bezitter veroordeelt de wederrechtelijk in bezit genomen zaak aan de benadeelde in eigendom over te dragen bij wijze van schadevergoeding op de voet van art. 6:103 BW. Hierbij geldt dat de benadeelde in een dergelijke procedure, indien die betrekking heeft op een onroerende zaak, in de regel niet kan worden tegengeworpen, bij wijze van eigen schuld (art. 6:101 BW) of ten betoge dat causaal verband ontbreekt, dat deze heeft nagelaten regelmatig onderzoek te doen naar eventuele inbezitnemingen van zijn zaak door onbevoegden. Van een grondeigenaar kan niet worden verlangd dat hij zijn percelen periodiek op bezitsinbreuken controleert als daarvoor geen concrete aanleiding bestaat – in het bijzonder niet voor zover die percelen moeilijk begaanbaar of moeilijk toegankelijk zijn – op straffe van het verval of de beperking van zijn aanspraken op schadevergoeding jegens degenen die hem toebehorende grond wederrechtelijk in bezit mochten hebben genomen. Daarom kan het achterwege laten van dergelijke periodieke inspecties in de regel niet worden aangemerkt als een aan de eigenaar toerekenbare omstandigheid waarvan het verlies van de eigendom mede het gevolg is. Verder geldt dat de vordering van de benadeelde is onderworpen aan verjaring op de voet van art. 3:310 lid 1 BW. Voor zover de schade waarvan de benadeelde vergoeding wenst, bestaat in het verlies van zijn eigendom, neemt de vijfjarige verjaringstermijn ingevolge die bepaling een aanvang op het moment dat de benadeelde bekend is met zijn eigendomsverlies (en met de daarvoor aansprakelijke persoon). De verjaring is in elk geval voltooid twintig jaar na de voltooiing van de verjaring van art. 3:314 lid 2 BW, zijnde de gebeurtenis waardoor de schade – het verlies van de eigendom – is veroorzaakt, alles onverminderd eventuele stuiting van die verjaring.

O&A 2017/47

Hoge Raad (Civiele kamer) 24 februari 2017, nr. 15/02182

Art. 6 EVRM, art. 47 AWR, art. 5:32b lid 2 Awb, art. 611a e.v. Rv

JWB 2017/81
V-N 2017/13.5
NJB 2017/564
V-N Vandaag 2017/449
RvdW 2017/299
BNB 2017/102
ECLI:NL:HR:2017:310
ECLI:NL:PHR:2016:1171

Civiele dwangsom, maximum, punitieve sanctie, door-kruising Awb

X/Staat

De Staat heeft eiser in cassatie (hierna: “eiser”) in kort geding gedagvaard en gevorderd dat hij zou worden veroordeeld om te voldoen aan zijn fiscale inlichtingenplicht in de zin van art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). In het bijzonder heeft de Staat een bevel gevorderd om aan de Belastingdienst, op een door de Belastingdienst nader te bepalen wijze, alle gegevens en inlichtingen te verstrekken over de door eiser in de periode vanaf 1 januari 1998 in het buitenland aangehouden vermogensbestanddelen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,-- per dag. De voorzieningenrechter heeft het gevorderde bevel toegewezen en daaraan een dwangsom verbonden van € 100.000,-- voor het geval dat eiser niet binnen drie maanden na betekening van het vonnis (volledig) aan het bevel zou voldoen en vervolgens € 10.000,-- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat hij niet (volledig) aan dat bevel voldoet. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. In cassatie klaagt eiser dat aan de te verbeuren dwangsommen geen maximum is verbonden.

De Hoge Raad overweegt dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om aan op te leggen dwangsommen al dan niet een maximum te verbinden. Van een verplichting voor de rechter om aan de dwangsom een maximum te verbinden is dus geen sprake.

Het beroep van eiser op art. 6 EVRM gaat volgens de Hoge Raad niet op. Oplegging van een dwangsom heeft namelijk tot doel de schuldenaar tot nakoming te prikkelen en vormt als zodanig geen punitieve sanctie. Het betoog van eiser dat de dwangsom in dit geval wel een dergelijke sanctie oplevert omdat hij niet aan het gegeven bevel kan voldoen, slaagt niet. Eiser heeft in deze procedure aan de orde kunnen stellen – en ook daadwerkelijk aan de orde gesteld – dat hij in de onmogelijkheid verkeert om aan het bevel te voldoen, maar zijn betoog ter zake is door het hof ongegrond geoordeeld. Voor de positie van eiser is voorts van belang dat hij de gestelde onmogelijkheid om aan het bevel te voldoen (opnieuw) aan de orde kan stellen door op de voet van art. 611d Rv opheffing van de dwangsom te vorderen en dat

hij in een eventueel executiegeschil kan aanvoeren dat hij aan het bevel heeft voldaan. Daarbij verdient opmerking dat in een executiegeschil op de Staat de stelplicht en bewijslast rusten dat dwangsommen zijn verbeurd (zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.9 onder b). Ook voor het overige zijn er dus waarborgen dat de dwangsommen in dit concrete geval niet zullen neerkomen op een punitieve sanctie.

Naar het oordeel van de Hoge Raad doet eiser ook tevergeefs een beroep op art. 5:32b lid 2 Awb, dat bepaalt dat het bestuursorgaan bij een bestuurlijke last onder dwangsom het bedrag vaststelt waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd. De bevoegdheid tot het toepassen van de last onder dwangsom als bedoeld in art. 5:31d e.v. Awb bestaat, indien zij bij of krachtens de wet is toegekend. In de AWR is die bevoegdheid niet toegekend aan de Belastingdienst. Deze kan dan ook met betrekking tot de dwangsom gebruikmaken van de civielrechtelijke weg (vgl. onder meer *Kamerstukken II* 2005/06, 30322, 7, p. 16). Het gaat hier om een bewuste keuze van de wetgever (vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5906, r.o. 3.3.4), die met ingang van 1 juli 2011 in art. 52a lid 4 AWR is vervat. Art. 5:32b lid 2 Awb staat daarom niet eraan in de weg dat de Staat in een civiel geding een bevel vordert, versterkt met een dwangsom waarop de art. 611a e.v. Rv van toepassing zijn en waarvan dus maximering niet wettelijk is voorgeschreven.

O&A 2017/48

Hoge Raad (Civiele kamer) 24 maart 2017, nr. 15/05631

Art. 3:40 BW, art. 222 Gemeentewet, art. 2, 4-6, 10, 42 WRO

BR 2017/47
RvdW 2017/425
NJ 2017/156
NJB 2017/781
JWB 2017/120
ECLI:NL:PHR:2017:12
ECLI:NL:HR:2017:483

Bevoegdhedenovereenkomst, doelgebondenheid, Ruimte voor Ruimte-regeling, kostenverhaal, doorkruising

BMV/Bladel

De gemeente Bladel heeft vorderingen ingesteld in verband met de niet-nakoming door BMV van een bevoegdhedenovereenkomst, die tot stand is gekomen in het kader van de Ruimte voor Ruimte-regeling (hierna: "de RvR-regeling"). De Hoge Raad stelt voorop dat een bevoegdhedenovereenkomst een overeenkomst is waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden. Een dergelijke overeen-

komst kan door een bestuursorgaan of een overheidslichaam worden aangegaan indien en voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid. Hieruit volgt dat de voorwaarden die bij een bevoegdhedenovereenkomst worden gesteld voor uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, door de wet moeten worden toegelaten. Indien het gaat om de uitoefening van een doelgebonden bevoegdheid zullen die voorwaarden dan ook het doel moeten (kunnen) dienen waarvoor de desbetreffende bevoegdheid door de wet is gegeven. De Hoge Raad overweegt dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening mede betrekking heeft op het planologische beleid van het Rijk en van de provincie, en dat in het stelsel van de WRO besloten ligt dat een gemeente bij het nemen van planologische maatregelen mede rekening dient te houden met dat beleid en met de uitwerking daarvan in het streekplan van de provincie. De Hoge Raad stelt vast dat de RvR-regeling beleid van het Rijk betreft, dat voor de provincie Noord-Brabant is uitgewerkt in het streekplan. De RvR-regeling dient met name om een ruimtelijke kwaliteitsverbetering te bewerkstelligen, in de vorm van de (definitieve) beëindiging van veehouderijbedrijven in het buitengebied. Ook de van de RvR-regeling deel uitmakende verplichting om zeker te stellen dat de milieurechten voor de desbetreffende agrarische activiteit zijn ingetrokken, moet in dat kader worden gezien. De RvR-regeling komt erop neer dat, gelet op genoemde verbetering én in ruil daarvoor, woningbouw door gemeenten valt toe te staan, ook als die verbetering zich elders in de gemeente of in de provincie voordoet. De Hoge Raad oordeelt (dan ook) dat het planologische belang dat de RvR-regeling beoogt te dienen, kan worden gerekend tot de belangen waarop de organen van een gemeente acht mogen slaan bij hun besluit omtrent een planologische maatregel. Een gemeente mag daarom in het kader van de RvR-regeling in beginsel voorwaarden – tot sloop van stallen elders en tot het doen intrekken van daarmee samenhangende milieurechten – stellen voor haar medewerking aan een planologische wijziging die woningbouw mogelijk maakt. Een gemeente kan die voorwaarden daarom ook bedingen in een bevoegdhedenovereenkomst. Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat in deze zaak geen sprake is van kostenverhaal of van een onaanvaardbare doorkruising van de WRO en de Gemeentewet. BMV heeft namelijk niet hoeven betalen voor de planologische medewerking door de gemeente en de gemeente heeft voor die medewerking ook geen bijdrage gevraagd. Dat de gemeente wel heeft verlangd dat BMV zich verbond tot nakoming van de voorwaarden van de RvR-regeling van het streekplan, waaronder die tot het slopen van stallen en tot het intrekken van milieurechten, waaraan voor BMV omvangrijke kosten zijn verbonden, valt niet gelijk te stellen met het verlangen van een financiële bijdrage. Het gaat hier immers niet om kosten die de gemeente zelf zou hebben moeten maken als BMV niet zou zorgdragen voor die sloop van stalruimte en intrekking van milieurechten, en die de gemeente door het stellen van die voorwaarden dus in feite zou afwentelen op BMV. De RvR-regeling strekt op het onderhavige punt

slechts tot stimulering van die sloop en intrekking, door van degene die met gebruikmaking van die regeling planologische medewerking aan woningbouw wenst, te vergen dat hij zorgt voor een ruimtelijke kwaliteitsverbetering die deze medewerking in het kader van die regeling kan rechtvaardigen. De RvR-regeling blijft met de met deze voorwaarden bedongen (planologische) uitruil binnen de mogelijkheden die de wet een gemeente laat.

O&A 2017/49

Hoge Raad (Civiele kamer) 31 maart 2017, nr. 15/05833

Art. 40c Onteigeningswet

RvdW 2017/447
NJB 2017/850
JWB 2017/132
ECLI:NL:HR:2017:544
ECLI:NL:PHR:2017:16

Eliminatiebeginsel, bouwrijp maken

X/Uden

Bij vonnis van 25 november 2009 heeft de rechtbank ten name van de gemeente Uden vervroegd de onteigening van een perceel uitgesproken. De rechtbank heeft bij vonnis van 21 oktober 2015 de schadeloosstelling voor de erven vastgesteld op € 175.409,-. Met de deskundigen was de rechtbank van oordeel dat op grond van art. 40c Onteigeningswet (OW) bij het bepalen van de waarde van het onteigende het al bouwrijp zijn van het onteigende moet worden weggedacht, aangezien dat is geschied ter realisering van het plan waarvoor onteigend is. In cassatie klagen eisers dat de rechtbank heeft miskend dat voor eliminatie van het bouwrijp zijn van het onteigende op de voet van art. 40c OW slechts plaats is, indien de bebouwing door de onteigenende partij is of wordt uitgevoerd in het kader van het werk waarvoor onteigend wordt en aldus sprake is van een werk dat de overheid voor eigen rekening en risico uitvoert. Het bouwrijp zijn van het onteigende moet volgens hen in dit geval niet worden weggedacht, nu het bouwrijp maken in dit geval heeft plaatsgevonden ten behoeve van uitgifte van de grond aan derden. De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank ervan is uitgegaan dat het bouwrijp maken van de grond door de overheid is geschied en daarom is aan te merken als een 'overheidswerk' dat in verband staat met (het plan voor) het werk waarvoor wordt onteigend (art. 40c aanhef en onder 2° en 3° OW). Indien de onteigenende overheid een complex van gronden onteigent en een dergelijk werk tot stand heeft gebracht, dient bij de bepaling van de schadeloosstelling geen rekening te worden gehouden met de voordelen of nadelen die door dit werk zijn teweeggebracht, ook niet indien de aan die gronden gegeven bestemming uiteindelijk wordt gerealiseerd door een andere partij dan de overheid. De

rechtbank heeft dus terecht het bouwrijp zijn van de grond geëlimineerd.

O&A 2017/50

Hof 's-Hertogenbosch 28 maart 2017, nr. 200.170.448_01

Art. 5:37 BW, art. 6:162 BW.

NJF 2017/210
ECLI:NL:GHSHE:2017:1534
ECLI:NL:GHSHE:2016:191

Openbare zaken, onrechtmatige hinder, geluidsoverlast vanwege speelkooi

Terneuzen/X

In deze zaak gaat het om de vraag of de gemeente Terneuzen onrechtmatige hinder toebrengt aan een aantal omwonenden van een speelkooi (een verhard speelveld, omgeven door een ijzeren hekwerk en voorzien van voetbal- en basketbaldoelen). Het hof beantwoordt die vraag bevestigend. Het hof stelt voorop dat de gemeente als eigenaar rekening heeft te houden met het verbod om naburen onrechtmatige hinder toe te brengen. Hierbij komt belang toe aan de omstandigheid dat de speelkooi als een openbare voorziening ter uitvoering van het gemeentelijke jeugd- en jongerenbeleid in stand wordt gehouden door de gemeente, maar moet ook rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Vervolgens zoekt het hof voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatige geluidsoverlast van een speelinrichting als de speelkooi aansluiting bij de normering van het Activiteitenbesluit, en stelt het vast dat zich een overschrijding van de desbetreffende geluidsnormen voordoet. Deze geluidhinder kan volgens het hof worden toegerekend aan de gemeente als beheerder van de openbare ruimte (meer specifiek: als beheerder van de speelkooi), omdat het de gemeente is die ervoor heeft gezorgd dat de gebruikers van de speelkooi zich op die plaats hebben kunnen bevinden en aldaar dat geluid hebben kunnen maken. Het hof overweegt voorts dat de gemeente een belangenafweging moet maken bij de uitvoering van haar beleid, waarbij de vraag rijst in hoeverre van de gemeente, enerzijds ervan uitgaande dat een speelkooi nodig of wenselijk is ter verwezenlijking van het door de gemeente voorgestane beleid, maar anderzijds geconfronteerd met de klachten van omwonenden en metingen die duiden op overschrijdingen van geluidsnormen, mag worden verwacht dat zij maatregelen treft ter vermindering van de hinder voor de omwonenden. In dit verband gaat het hof in op de bezwaren die kleven aan een sluiting van de speelkooi tussen 21:00 uur en 08:00 uur, zoals deze sluiting uit het bestreden vonnis van de rechtbank voortvloeide, en op de kosten en handhaafbaarheid van die dagelijkse sluiting. Het hof komt tot de slotsom dat, gelet op het oneven-

redig grote nadeel dat de omwonenden wordt toegebracht, de gemeente bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen om de speelkooi onbeperkt open te stellen. Van de gemeente mag volgens het hof worden verlangd dat zij de speelkooi iedere dag vanaf 21.00 uur tot 8.00 uur laat sluiten, als zij besluit om die kooi met de bestaande uitvoering en inrichting ter plaatse te handhaven.

Jurisprudentie Strafrecht

Mr. E. de Witte

O&A 2017/51

Rechtbank Amsterdam 25 april 2017, nr. RK 16/8159
(mr. W.H. van Benthem)

Art. 591 Sv

ECLI:NL:RBAMS:2017:2716

Geen vergoeding proceskosten politieagent als deze betaald worden door de werkgever

Samenvatting

Verzoeker is politieagent, hij werd als verdachte aangemerkt ter zake belediging. De zaak werd onvoorwaardelijk geseponeerd op 30 augustus 2016 nu een andere dan een strafrechtelijke afdoening prevaleerde. Een onvoorwaardelijk sepot wordt aangemerkt als 'einde zaak' als bedoeld in art. 591a Sv waarna recht op schadevergoeding kan bestaan. Uitgangspunt bij de beoordeling of van vergoeding sprake kan zijn, is als de kosten daadwerkelijk ten laste van de gewezen verdachte zijn gekomen.

De kosten voor rechtsbijstand waren in casu voorgefinancierd door ANPV, de politiebond, onder de voorwaarde dat verzoeker deze kosten zou terugbetalen als hij die kosten op een later moment zou kunnen verhalen.

Op grond van art. 69a lid 1 Besluit algemene rechtspositie politie (BARP) jo. art. 2 lid 1 Regeling tegemoetkoming rechtskundige hulp politie kan een als verdachte aangemerkte politieagent kiezen uit drie vormen van tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand. De Regeling tegemoetkoming rechtskundige hulp politie verplicht de politieagent in art. 5 om na afloop van een strafprocedure een art. 591a Sv procedure te starten als die strafzaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel op bij toepassing van art. 9a Sr.

De rechtbank oordeelt dat nu de werkgever van verzoeker de kosten van rechtsbijstand heeft gedragen, deze kosten niet ten laste van verzoeker zijn gekomen en hij om die reden geen kosten van rechtsbijstand heeft gemaakt als bedoeld in de zin van art. 591a Sv.

Ook wordt om diezelfde reden geen vergoeding toegekend voor de kosten voor het opstellen, indienen en behandelen van het verzoekschrift ex art. 591a Sv.

In een soortgelijke uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 6 maart 2017 (ECLI:NL:RBNHO:2017:1861) werd geoordeeld dat geen schadevergoeding ex art. 591a Sv werd toegekend nu ook in dat geval de kosten niet ten laste van verzoeker waren gekomen.

O&A 2017/52

Rechtbank Rotterdam 30 september 2016, nr. STR-16_RK181_Raadkamer_30092016
(mr. J. van den Bos)

Art. 89 en 591a Sv

ECLI:NL:RBROT:2016:7697

Kosten TOM-zitting en verhoor op politiebureau komen niet voor vergoeding als bedoeld in art. 591a Sv in aanmerking

Samenvatting

De strafzaak tegen verzoeker werd door de officier van justitie geseponeerd bij brief op 10 februari 2016. Het verzoekschrift haalt in de kop art. 89 Sv aan, maar in het verzoekschrift zelf is geen vordering tot schadevergoeding vanwege ondergane voorlopige hechtenis gedaan. Dat gedeelte van het verzoek wordt derhalve door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard.

Verzoeker heeft verzocht om vergoeding van de kosten die hij heeft moeten maken nu hij iemand heeft moeten inhuren om zijn werk als binnenvaartschipper voort te zetten gedurende de tijd dat hij bij het politieverhoor en de behandeling van de TOM-zitting aanwezig was. De rechtbank oordeelt ten aanzien van dit verzoek dat een TOM-zitting een gesprek met de officier van justitie is in het kader van een transactieaanbod en derhalve niet onder het bereik van art. 591a Sv valt. Dit artikel ziet immers alleen op vergoedingen in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en de behandeling van de zaak ter terechtzitting. Voor het verhoor op het politiebureau geldt hetzelfde, ook ten aanzien daarvan kan geen schadevergoeding worden toegekend. De rechtbank overweegt overigens dat het niet aan de rechter is om wettelijke vergoedingsmogelijkheden uit te breiden, dit is voorbehouden aan de wetgever. Ook in dit verzoek wordt verzoeker niet-ontvankelijk verklaard.

Ook heeft verzoeker verzocht om vergoeding van de gemaakte kosten voor de noodzakelijke verdediging in de strafzaak. De rechtbank overweegt dienaangaande dat de declaratie die de raadsman overlegt, niet bepalend is voor het beoordelen van het verzoek. Dit vormt echter wel een belangrijk uitgangspunt voor het oordeel of gronden van billijkheid aanwezig zijn en een vergoeding dient te worden toegekend. Het verzoek is in casu met een urenspecificatie gemotiveerd. De rechtbank matigt het aantal gewerkte

uren omdat zij oordeelt dat het politieverhoor minder tijd heeft gekost dan is gedeclareerd. Ook oordeelt de rechtbank dat met een opgevoerd percentage van 6% aan kantoorkosten dit afwijkt van de door veel andere advocaten gehanteerde 5%. Het percentage wordt door de rechtbank gematigd. Het verzoek tot vergoeding van de gemaakte kosten voor rechtsbijstand wordt derhalve gedeeltelijk toegewezen.

Ook het verzoek tot vergoeding van de gemaakte kosten voor rechtsbijstand voor het opstellen, indienen en behandelen van het verzoekschrift tot schadevergoeding ex art. 591a Sv wordt toegekend.

O&A 2017/53

Hof Amsterdam 14 april 2017, nr. R 000059-17
(mrs. Leenaers, Houben en Röttgering)

Art. 89 en 591a Sv

ECLI:NL:GHAMS:2017:1292

Verrekening toegekende schadevergoeding met nog openstaande geldboetes

Samenvatting

Het betreft een hoger beroepsprocedure van een uitspraak waarbij de rechtbank het verzoek tot schadevergoeding heeft toegewezen, maar het toegewezen bedrag heeft verrekend met twee geldboetes welke bij strafbeschikking waren opgelegd.

Het hof overweegt dat het onderzoek in raadkamer ten behoeve van de behandeling van verzoeken ex art. 89 en 591a Sv zich op grond van art. 90 lid 3 Sv uitstrekt tot de vraag of de mogelijkheid tot verrekening bestaat. Op de behandeling van genoemde verzoeken is art. 23 Sv van overeenkomstige toepassing. Dit artikel regelt de bevoegdheid om kennis te nemen van de stukken die op de zaak betrekking hebben en die de basis kunnen vormen voor de te nemen beslissing. Niet inachtneming van dit artikel leidt tot nietigheid van de behandeling en de beschikking. In casu was de beslissing door de rechtbank genomen zonder dat een behandeling in raadkamer had plaatsgevonden en zonder dat appellant op de hoogte was van het 'overzicht openstaande zaken' van het CJIB waar de boetes op vermeld stonden. Het hof verklaart het hoger beroep dan ook gegrond en de beschikking van de rechtbank nietig. Het hof beoordeelt daarna de verzoeken tot schadevergoeding. Deze verzoeken worden op één raadkamerzitting door het hof behandeld, de beslissingen worden in aparte beschikkingen neergelegd en gepubliceerd.

Het verzoek tot schadevergoeding op grond van art. 89 Sv ziet op door appellant geleden schade wegens ondergane verzekering. Appellant werd op dezelfde dag waarop hij in verzekering werd gesteld ook weer in vrijheid gesteld.

Volgens de richtlijnen van het LOVS wordt een vergoeding toegekend voor iedere dag die door verzoeker in een politieel is doorgebracht. Een dag geldt als 24 uur blijkt uit art. 136 lid 1 Sv en geen vergoeding wordt toegekend als de in verzekeringstelling binnen 24 uur eindigt. Dit is anders als de verzekering ook de nachtelijke uren heeft omvat. In casu is dat niet het geval en het hof oordeelt dat derhalve geen gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het verzoek tot vergoeding van ondergane verzekering wordt afgewezen.

Het verzoek om vergoeding van geleden schade als bedoeld in art. 591a Sv bevat het verzoek tot vergoeding over te gaan van de gemaakte kosten van rechtsbijstand. Het hof wijst dit verzoek toe.

Het hof overweegt ten slotte dat uit het 'overzicht openstaande zaken' van het CJIB blijkt dat de geldboetes zijn opgelegd bij strafbeschikkingen en op grond van art. 90 lid 3 Sv vatbaar zijn voor verrekening. Nu de juistheid van het overzicht niet betwist is, gaat het hof uit van de juistheid van dat overzicht en verrekent het hof het aan schadevergoeding toegekende bedrag met de openstaande boetes.

O&A 2017/54

Hof Amsterdam 14 april 2017, nr. R 002050-16
(mr. Leenaers)

Art. 591a Sv

ECLI:NL:GHAMS:2017:1294

Toekenning schadevergoeding voor gemaakte kosten rechtsbijstand in art. 12 Sv procedure

Samenvatting

Op 26 augustus 2016 is door het gerechtshof het beklag ex art. 12 Sv afgewezen en daarmee is de zaak tegen verzoeker geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel of toepassing van art. 9a Sr.

Het hof oordeelt dat redelijke wetsuitleg met zich meebrengt dat verzoeken om schadevergoeding als bedoeld in art. 591a Sv ook toegekend kunnen worden op verzoeken gedaan in het kader van een art. 12 Sv procedure, in het geval verzoeker een gewezen beklaagde is en de art. 12 Sv procedure is geëindigd met een niet-ontvankelijkheid, een afwijzing, dan wel een gegrondverklaring waarbij de daarop volgende strafzaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel of toepassing van art. 9a Sr. In dat geval dient bezien te worden of sprake is van gronden van billijkheid op grond waarvan schadevergoeding toegekend kan worden.

Op het moment dat een strafzaak tegen een verdachte waarin sprake is van gefinancierde rechtsbijstand, eindigt zonder straf of maatregel of met toepassing van art. 9a Sr,

geldt dat de aan de (gewezen) verdachte door de Raad voor Rechtsbijstand opgelegde eigen bijdrage alsnog op nihil wordt gesteld. Het hof gaat er, gelet op de door de raadsman overgelegde documenten waaronder een werkinstructie van de Raad voor Rechtsbijstand, vanuit dat een dergelijke nihilstelling niet ook plaatsvindt als verzoeker betrokken is geweest in een art. 12 Sv procedure en het beklag ten aanzien van hem is afgewezen. Nu het hof het niet redelijk oordeelt dat in een dergelijk geval de eigen bijdrage wel ten laste komt van verzoeker, wordt vergoeding van de geleden schade toegekend voor € 143,-. Ook wordt een vergoeding toegekend voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand welke gemoeid waren met het opstellen, indienen en in raadkamer behandelen van het verzoekschrift tot schadevergoeding.

O&A 2017/55

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2017, nr. 000324-15 (mrs. W.M. van Schuijlenburg, D.V.E.M. Wiel-Rammeloo en P.W.J. Sekeris)

Art. 591a Sv

ECLI:NL:GHARL:2017:799

Geen schadevergoeding voor gemaakte kosten van rechtsbijstand in art. 12 Sv procedure als een te ver verwijderd verband bestaat

Samenvatting

Het gerechtshof oordeelt dat ook een schadevergoeding als bedoeld in art. 591a Sv toegekend kan worden voor gemaakte kosten van rechtsbijstand in het kader van een art. 12 Sv procedure.

In casu had verzoeker naar aanleiding van een strafzaak welke tegen hem was ingesteld, aangifte gedaan wegens het doen van een valse aangifte. Deze zaak werd geseponeerd waarop verzoeker een art. 12 Sv procedure had gestart. De stukken uit deze art. 12 procedure waarin hij als klager optrad, werden vervolgens gevoegd in de strafzaak tegen verzoeker. Verzoeker werd in deze strafzaak uiteindelijk vrijgesproken van het hem ten laste gelegde.

Het hof oordeelt dat de gevraagde kosten in verband met de art. 12 procedure in dit geval in een te ver verwijderd verband staan met de in een vrijspraak geëindigde strafzaak. Volgens het hof is onvoldoende komen vast te staan dat de beklagprocedure als bedoeld in art. 12 Sv, rechtstreeks verband hield met en noodzakelijk was met het oog op de strafzaak. Om die reden zijn geen reden van billijkheid aanwezig om een schadevergoeding toe te kunnen kennen met betrekking tot de kosten gemaakt in de beklagzaak, zo oordeelt het hof.

O&A 2017/56

Rechtbank Den Haag 14 maart 2017, nr. 09/060418-15 (mr. E.C.M. Bouman)

Art. 591a sv

ECLI:NL:RBDHA:2017:3224

Matiging verzochte schadevergoeding kosten rechtsbijstand nu de kosten gedeeltelijk zijn veroorzaakt door eigen gedragingen van verzoeker

Samenvatting

Het vonnis van de politierechter waarbij verzoeker werd vrijgesproken is onherroepelijk geworden. Na beëindiging van een strafzaak zonder oplegging van straf of maatregel of met toepassing van art. 9a Sr, kan een vergoeding worden verzocht voor de door een gewezen verdachte betaalde kosten van rechtsbijstand. Het toekennen van een schadevergoeding heeft telkens slechts plaats als gronden van billijkheid aanwezig zijn. Bij het beantwoorden van die vraag worden alle omstandigheden van het geval meegewogen.

In casu acht de rechtbank gronden van billijkheid aanwezig om verzoeker een bedrag toe te kennen als vergoeding voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand. De rechtbank ziet echter aanleiding het verzochte bedrag te matigen. De raadvrouw heeft 23,5 uur gedeclareerd waarvan zij betoogd heeft dat de hoogte van het aantal uren rechtsbijstand in belangrijke mate was gelegen in de persoon van verzoeker. Zij diende veelvuldig contact met hem te hebben teneinde een vertrouwensband op te bouwen en daardoor diende zij tevens alle door haar verrichte handelingen aan hem terug te koppelen. De rechtbank oordeelt dat om die reden de kosten van rechtsbijstand mede zijn veroorzaakt door de eigen gedraging van verzoeker en deze niet geheel voor rekening van de Staat dienen te komen. De rechtbank kent een vergoeding van gemaakte kosten toe, maar matigt het uit te keren bedrag.

O&A 2017/57

Hof Amsterdam 17 maart 2017, nr. R-001910-16 (mrs. M.L. Leenaers, M.J.A. Duker, C.M. Degenaar)

Art. 67 OLW

ECLI:NL:GHAMS:2017:919

Voor toekenning schadevergoeding op grond van art. 67 OLW dient sprake te zijn van een weigering van de overlevering

Samenvatting

Op grond van art. 67 lid 1 Overleveringswet (OLW) kan een gewezen opgeëist persoon in het geval de overlevering is

geweigerd, een vergoeding ten laste van de Staat worden toegekend voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van vrijheidsbeneming bevolen krachtens de OLV.

De Internationale Rechtshulpkamer van de Rechtbank Amsterdam heeft de officier van justitie in de overleveringsprocedure niet-ontvankelijk verklaard in de vordering tot overlevering.

Appellant heeft daarop vergoeding verzocht bij de rechtbank van door hem opgelopen schade wegens de ondergane vrijheidsbeneming in het kader van de overleveringsprocedure. De raadkamer van de rechtbank heeft appellant niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek nu art. 67 OLV een weigering tot overlevering vereist, wil sprake kunnen zijn van toekenning van schadevergoeding. Daarvan is met een niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in de overleveringsprocedure geen sprake. Tevens kan, zo oordeelt de raadkamer van de rechtbank, de Nederlandse autoriteiten geen verwijt gemaakt worden.

Het gerechtshof oordeelt in hoger beroep en met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Uitleveringswet (UW), dat kort gezegd schadevergoeding kan worden toegekend als de overlevering door de rechter ontoelaatbaar is verklaard. Deze beperking is bewust in de wet neergelegd omdat in andere gevallen waarin geen overlevering is gevolgd, geen verwijt kan worden gemaakt aan de Nederlandse autoriteiten die de vrijheidsbeneming hebben gelast. Het hof ziet in het verschil tussen uitlevering en overleving geen reden om die beperking ten aanzien van overleveringsprocedures terzijde te schuiven. Nu in casu de officier van justitie niet-ontvankelijk is verklaard in zijn vordering tot het in behandeling van het Europees Aanhoudingsbevel (EAB), bestaat er geen mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen. Er is immers geen sprake van een weigering als bedoeld in art. 67 OLV.

O&A 2017/58

Rechtbank Den Haag 1 maart 2017, nr. C-09-509910-HA ZA 16-490
(mr. R.C. Hartendorp)

ECLI:NL:RBDHA:2017:2052

Verzoek tot schadevergoeding vrijgesproken verdachte afgewezen wegens ontbreken van gebleken onschuld (Begaclaim)

Samenvatting

Eiser (een voormalig advocaat) werd door het Gerechtshof Amsterdam op 13 maart 2012 vrijgesproken van het hem ten laste gelegde witwassen, overtreden van de Geneesmiddelenwet en deelname aan een criminele organisatie.

Eiser vorderde in deze civiele procedure schadevergoeding en stelt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld nu, door de vrijspraak, de rechtvaardigingsgrond voor de toepassing van de dwangmiddelen en de vervolging is komen te verval-

len. En door dat onrechtmatig handelen heeft eiser schade geleden, zo stelt hij; inkomstenderving, huurderiving, verlies als gevolg van gedwongen verkoop van een kantoorpand, verlies van goodwill en immateriële schade.

De rechtbank oordeelt dat vaste rechtspraak is dat een gewezen verdachte in een tweetal gevallen in een civiele procedure op grond van onrechtmatige overheidsdaad vergoeding kan vorderen van de door hem geleden schade welke hij als gevolg van strafrechtelijk optreden van politie en justitie heeft geleden. Dit kan ten eerste als vanaf aanvang een rechtvaardiging voor het handelen van politie en justitie heeft ontbroken doordat dat optreden in strijd was met een publiekrechtelijke rechtsnorm neergelegd in wet of ongeschreven recht (de a-grond). Als tweede reden kan gelden dat achteraf blijkt dat de verdenking waarop dat optreden berustte ongefundeerd was en hij aldus ten onrechte als verdachte is aangemerkt (de b-grond).

In casu heeft eiser expliciet aangevoerd dat hij zijn vordering baseert op de b-grond. De rechtbank overweegt dat bij beantwoording van de vraag of eiser ten onrechte als verdachte is aangemerkt, het restrictieve criterium geldt dat uit de uitspraak van de strafrechter moet blijken van de onschuld van de verdachte. De enkele omstandigheid dat een verdachte is vrijgesproken is daartoe onvoldoende. In casu was daarvan ten aanzien van het witwassen geen sprake, zo overweegt de rechtbank. De strafrechter oordeelde immers dat sprake was van *“ongebruikelijke geldstromen”* en dat eiser *“wisselende verklaringen over de herkomst”* van het geld heeft afgelegd *“terwijl het dubieuze van de herkomst daarvan niet wordt ondersteund door (onafhankelijke) bewijsmiddelen”*. Tevens heeft eiser nagelaten het strafdossier in te brengen in de civiele procedure en te verwijzen naar concrete passages of onderdelen daarvan waaruit zijn onschuld blijkt, zo overweegt de rechtbank. Ten aanzien van de vrijspraak van de deelname aan een criminele organisatie komt daaraan geen zelfstandige betekenis toe nu de strafrechter oordeelde dat die direct samenhangt met de vrijspraak van de overige twee feiten.

Er is derhalve onvoldoende steun voor de conclusie dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiser. De vordering van eiser wordt om die reden dan ook afgewezen.

Jurisprudentie EVRM

Mr. A.A. al Khatib

O&A 2017/59

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 25 april 2017, nr. 31371/12

Art. 1 Protocol 1 EVRM en art. 13 EVRM

ECLI:CE:ECHR:2017:0425JUD003137112

Klager betaalt een kleine schuld aan een waterbedrijf niet, ook na verschillende herinneringen. Aanvankelijk probeert het bedrijf het openstaande bedrag te verhalen op

zijn roerende goederen. Deze bieden echter geen verhaal, waarna klagers huis in een openbare veiling verkocht wordt voor de helft van de marktwaarde. Volgens het Hof vormt deze verkoop een onrechtmatige, namelijk niet-proportionele, inbreuk op het eigendomsrecht van klager nu deze (mogelijk) tot betaling van de schuld met een minder ingrijpend middel gedwongen had kunnen worden.

Vaskrsić t. Slovenië

Klagers huis is, op basis van een rechterlijk bevel, middels een openbare veiling verkocht aan een derde. Aanleiding hiervoor is dat klager verschillende schuldeisers niet heeft betaald. Hij is in het bijzonder een waterbedrijf € 124 schuldig, en een natuurlijke persoon € 5112. Het waterbedrijf probeert aanvankelijk zich te verhalen op zijn roerende goederen. Hiertoe krijgt het ook toestemming van de rechtbank. Tegen deze beslissing komt klager niet op. Naar aanleiding van deze beslissing gaat een ambtenaar twee keer naar klagers huis om te inventariseren welke roerende goederen zich voor beslag lenen, maar treft de eerste keer niemand aan en concludeert de tweede keer dat er geen roerende goederen zijn die zich voor beslag lenen. Hij verzoekt klager middels een brief om de schuld aan het waterbedrijf vrijwillig te vergoeden. Tegelijkertijd legt deze ambtenaar zijn bevindingen neer in een rapport, waarin hij de schuldeiser (het waterbedrijf) aanraadt om andere manieren te vinden ten einde zich te verhalen op klager.

Het waterbedrijf verzoekt vervolgens de rechtbank om toestemming om beslag te leggen op het huis van klager, welke toestemming de rechtbank twee dagen later verleent. Ook tegen deze beslissing van de rechtbank gaat klager niet in beroep. Vervolgens wordt het betreffende huis aangeboden in een openbare veiling. Er dienen zich geen gegadigden aan en een tweede openbare veiling wordt over een maand gepland. Ondertussen verzoekt het waterbedrijf de rechtbank om beslag te leggen op de bankrekening en salaris van klager. Alvorens de rechtbank op dit verzoek een besluit neemt, wordt het huis in de tweede openbare veiling verkocht voor € 70 000, hetgeen de helft van de geschatte marktwaarde is. De dag na de tweede veiling wijst de rechtbank het huis toe aan de hoogste bidder. Het verzoek van het waterbedrijf om beslag te leggen op de bankrekening en salaris van klager honoreert de rechtbank eveneens.

De natuurlijke persoon aan wie klager € 5112 schuldig is dient zich op dit moment ook aan en krijgt van de rechtbank toestemming om zich te verhalen op de opbrengsten van klagers huis. Tegen dit besluit wendt klager geen rechtsmiddelen aan. Tegen de beslissing van de rechtbank om zijn huis toe te wijzen aan de hoogste bidder gaat klager wel in hoger beroep. Hij voert daarin onder meer aan dat hij het waterbedrijf inmiddels betaald heeft en dat hij in grote financiële problemen verkeert, mede omdat hij voor zijn familie moet zorgen, en dat het verliezen van zijn huis tot gevolg heeft dat zijn familie op straat komt. De hoger beroepsrechter houdt de beslissing echter in stand omdat kortgezegd de relevante besluiten telkens op een correcte wijze aan klager zijn bezorgd en klager desalniettemin zijn verplichtingen niet na is

gekomen. Ook andere acties die klager tegen de overdracht van zijn huis onderneemt leiden niet tot een voor hem positief resultaat en uiteindelijk wordt zijn familie met behulp van de politie uit het huis gezet.

Nadat klager alle nationale rechtsmiddelen uitgeput heeft wendt hij zich tot het Hof. Hij stelt zich op het standpunt dat zijn eigendomsrecht als gewaarborgd door artikel 1 Protocol 1 EVRM is geschonden en dat hij, in strijd met artikel 13 EVRM, geen effectieve rechtsingang had om die schending te adresseren.

Volgens het Hof vormt de verkoop van klagers huis een inbreuk op zijn eigendomsrecht. Deze inbreuk is op een wettelijke grondslag gebaseerd en dient een legitiem doel volgens het Hof, waardoor het al dan niet rechtmatig zijn van deze inbreuk bepaald wordt door de vraag of deze proportioneel is. Het Hof stelt daarbij voorop dat de verkoop van het huis als (primair) doel had de betaling van de schuld aan het waterbedrijf (los van het feit dat de andere schuldeiser later ten tonele verscheen). Het Hof overweegt dat (mogelijk) volstaan had kunnen worden met een minder ingrijpend middel dan de verkoop van het huis. Dit geldt temeer nu het waterbedrijf na de eerste veiling de rechtbank verzocht heeft om beslag te leggen op de bankrekening en salaris van klager. Op dit verzoek reageert de rechtbank echter pas na de tweede veiling. Het had volgens het Hof op de weg van de rechtbank gelegen om na te gaan of volstaan kan worden met minder ingrijpende maatregelen ten einde klager te dwingen zijn financiële verplichtingen na te komen. Niet is gebleken dat de verkoop van klagers huis noodzakelijk was om de schuld aan het waterbedrijf te betalen. De inbreuk op klagers eigendomsrecht is derhalve onrechtmatig.

Gezien de constatering dat artikel 1 Protocol 1 EVRM is geschonden is er volgens het Hof geen behoefte aan toetsing aan artikel 13 EVRM.

O&A 2017/60

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 28 maart 2017, nr. 45668/05 en 2292/06

Art. 1 Protocol 1 EVRM

ECLI:CE:ECHR:2017:0328JUD004566805

Klagers zijn onteigend in het kader van een plan om (vermeend) vervallen huizen te vervangen door een flatgebouw. Volgens hen dient de onteigening echter niet het algemeen belang. Het Hof oordeelt dat, ondanks de ruime beoordelingsvrijheid die Lidstaten hebben, in het onderhavige geval niet aangenomen kan worden dat de onteigening daadwerkelijk het algemeen belang dient.

Volchkova en Mironov/Rusland

Klagers hebben een grond met daarop een woonhuis in gezamenlijke eigendom in Lyubertsy. De bevoegde autoritei-

ten keuren een plan goed tot het vervangen van vermeend vervallen huizen door een flatgebouw. Zij hebben in dat kader een investeringscontract met een projectontwikkelaar gesloten, waarbij afgesproken werd dat de projectontwikkelaar 95% van de op te richten huisvesting zou krijgen en de gemeente 5%. Aan de eigenaren van deze vervallen huizen, waartoe klagers behoren, zou een compensatie worden geboden. De aangeboden compensatie achten de klagers onvoldoende, waarna procedures volgen over onder meer de geboden compensatie. Klagers betogen daarin onder meer dat de door de gebruikte taxatie onjuist is. Zij hebben ter onderbouwing van dit standpunt echter niet zelf een taxatierapport ingebracht. Zij worden door verschillende nationale rechterlijke instanties in het ongelijk gesteld.

De klagers stellen zich bij het EHRM op het standpunt dat de onteigening in strijd is met artikel 1 Protocol 1 EVRM en dat deze niet voldoet aan de proportionaliteitseis. Zij betogen daarbij dat zij onteigend zijn ten behoeve van een privaat investeringsproject, en niet vanwege het algemeen belang. Verder herhalen zij dat de geboden compensatie onvoldoende is. Het Hof oordeelt dat de onteigening is geschied op een wettelijke basis, waarbij het Hof aangeeft dat het primair aan de nationale rechterlijke instanties is om het nationale recht te interpreteren. Het Hof is echter niet ervan overtuigd dat de onteigening daadwerkelijk een legitiem algemeen belang dient. Weliswaar hebben Lidstaten een grote beoordelingsvrijheid als het gaat om de vraag of een maatregel een legitiem belang dient, maar – zo benadrukt het Hof – dit betekent niet dat zij een *carte blanche* hebben om tot onteigening over te gaan. De bevoegde autoriteiten plaatsen de onteigening van klagers in de context van een bredere vernieuwing van de stad, maar die onteigening lijkt volgens het Hof niet een belangrijk algemeen probleem te adresseren. Er is ook niet gebleken dat de woning van klagers vervallen was of dat het niet mogelijk was erin te wonen.

Het Hof concludeert dat er geen overtuigende reden was om te besluiten tot sloop. Er is niet zorgvuldig gehandeld doordat er onder meer onvoldoende rekening is gehouden met de stellingen van klagers betreffende de taxatie. Er is dus in strijd gehandeld met artikel 1 Protocol 1 EVRM. Door deze constatering is er geen reden volgens het Hof om te toetsen aan de andere artikelen waarop klagers een beroep hebben gedaan, te weten artikel 6 en 8 EVRM.

Colofon

Gastredacteuren themanummer:

Mr. dr. R. Ortlep,
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Redactie:

Prof. mr. J.E.M. Polak (voorzitter), prof. mr. B.J. van Ettekoven,
prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels, prof. mr.
B.J. Schueler, mr. dr. M.K.G. Tjepkema, mw. dr. mr. C. Waling,
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Medewerkers:

Kroniek Ruimtelijk Ordeningsrecht: mr. dr. G.M. van den
Broek; Kroniek Economisch ordeningsrecht: mw. mr.
M.K. Bulterman; Kroniek Milieurecht: mr. dr. M. Klijnstra;
Kroniek Agrarisch recht: prof. mr. D.W. Bruil; Kroniek
Ambtenarenrecht: mw. mr. A.C.M. van Vliet; Kroniek
Waterstaatsrecht: Utrecht Centre for Water, Oceans and
Sustainability Law; Kroniek Onteigeningsrecht: prof. mr.
J.A.M.A. Sluysmans; Jurisprudentie Strafrecht: mr. E. de
Witte; Jurisprudentie EU-recht: mr. dr. R. Meijer; Juris-
prudentie Bestuursrecht: mr. dr. M.A.E. Planken (RvS), mr.
drs. P.M. Beishuizen (CBb), mr. D.T. van der Leek (CRvB);
Jurisprudentie civiel recht: mr. D.G.J. Sanderink; mr. S.A.L.
van de Sande; Jurisprudentie EVRM: mr. A.A. al Khatib

Redactiesecretariaat:

Mr. dr. M.K.G. Tjepkema,
e-mail: m.k.g.tjepkema@law.leidenuniv.nl;
p/a Wolters Kluwer, Postbus 23, 7400 GA Deventer,
t.a.v. ir. P.M. van der Jagt

Uitgever:

Wolters Kluwer, Postbus 23 7400 GA Deventer,
tel. (0570) 647240; fax (0570) 647802

Versijning:

Versijnt 4 keer per jaar.
O&A is een uitgave van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Citeerwijze:

O&A jaartal/publicatienummer, paragraafnummer
Voorbeeld: O&A 2017/1, par. 3.4

Aanwijzingen voor auteurs:

Uitdraai en elektronische versie bij de redactiesecretaris: maximale omvang
is 6700 woorden incl. notenapparaat. Standaardpublicatievoorwaarden:
Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing
de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V.,
gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 127/2007;
een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Abonnementenadministratie en productinformatie:

Klantenservice, Postbus 878, 7400 AW Deventer,
www.wolterskluwer.nl/klantenservice. Ook adres-/naamswijziging d.m.v.
verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Tarieven abonnementen:

Raadpleegt u voor de abonnementsmogelijkheden en de bijbehorende
prijzen onze shop: www.wolterskluwer.nl, zoeken naar 'Overheid en
Aansprakelijkheid'.

Abonnementen:

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan
voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment
van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige
abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is
overeengekomen.

Abonnementen kunnen schriftelijk of per e-mail tot uiterlijk drie maanden
voor het einde van de abonnementsperiode worden opgezegd. Bij niet
tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.
Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering
van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters
Kluwer worden gebruikt om u te informeren over onze relevante producten
en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact opnemen
met klantenservice.

Beoordeling van artikelen

- Auteurs dienen een bijdrage voor O&A in bij de redactiesecretaris. De
redactiesecretaris beslist – na overleg met een of meer leden van de
redactie – of de bijdrage geschikt is voor O&A. Zo ja, dan wordt de bijdrage
onderworpen aan de peerreviewprocedure.
- In deze procedure worden bijdragen schriftelijk beoordeeld door ten
minste twee leden van de redactie. In bijzondere omstandigheden wordt
een externe deskundige als peer ingeschakeld. De beoordeling vindt plaats
volgens een vast formulier, op te vragen bij de redactiesecretaris.
- De redactie beslist aan de hand van de beoordelingsformulieren over
plaatsing van de bijdrage in O&A. Daarbij kan aan de auteur worden
gevraagd het artikel meer of minder ingrijpend te herzien. Als de bijdrage
wordt geaccepteerd voor de rubriek Rechtspraak, wordt dit aan de auteur
meegedeeld. Boekbesprekingen, kronieken en jurisprudentieoverzichten
worden altijd in de rubriek Rechtspraak geplaatst.
- De beoordeling wordt aan de auteur toegezonden.

ISSN 1570 – 1158

HOI
2013
PRINT

Nederlands
uitgeversverbond
mvw
media voor vak
& wetenschap

