

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik¹

10 | Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond

1. Inleiding

Vijf jaar na het arrest Noordwijkerhout/Guldemond werd voor het eerst een (gepubliceerde) uitspraak gedaan die met enige goede wil in verband kan worden gebracht met onrechtmatige rechtspraak.² Anders dan de andere onderdelen van het onrechtmatige overheidsdaadsrecht, heeft dit leerstuk – zacht gezegd – daarna geen dynamische ontwikkeling ondergaan. Dat verbaast niet omdat het gaat om gevoelige materie en misschien ook wel omdat het gaat om fouten van de rechter zelf. Toch zouden er stappen moeten worden gezet richting het eerder aannemen van overheidsaansprakelijkheid voor procedurele en materiële fouten van rechters. Maar daarmee lopen we op de conclusie vooruit.

Deze bijdrage beoogt de gepubliceerde uitspraken over onrechtmatige rechtspraak vanaf 1915 tot op heden in kaart te brengen en te beoordelen. Dit met als doel te bezien in welke gevallen de staat onrechtmatige rechtspraak is verweten en hoe de rechter daarop heeft gereageerd (paragraaf 2). Dit biedt een aanvulling op eerdere publicaties over onrechtmatige rechtspraak, nu deze zich vaak beperken tot een aantal standaarduitspraken. Vervolgens wordt in paragraaf 3 deze jurisprudentie beoordeeld. Daarbij wordt teruggerepen op eerdere publicaties, ook (mede) van onze hand en die van Van der Hulle.³ Dat laatste geldt ook voor paragraaf 4 waarin wij een voorstel zullen doen voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Daarvoor is nieuwe richtinggevende jurisprudentie nodig van de burgerlijke rechter; het leerstuk wacht namelijk nog op de revolutie die het arrest Noordwijkerhout/Guldemond betekende voor de toegang tot de (civiele) rechter in zaken tegen de overheid. Daaraan worden nog enkele woorden gewijd in de slotbeschouwing (paragraaf 5).

¹ Tom Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Michiel van Emmerik is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Midden-Nederland.

² Rb. Den Haag 21 oktober 1920, *NJ* 1920, p. 1201 e.v. Voor het hoger beroep in deze zaak Hof Den Haag 4 december 1922, *NJ* 1923, p. 234 e.v. (Vermeende fout griffier).

³ 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 (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer: Deventer 2012, p. 235-253. Delen van deze bijdrage zijn op die publicatie gebaseerd.

2. Analyse van gepubliceerde uitspraken: 1915-2015⁴

De periode vóór 1971

De hiervoor al aangehaalde zaken waarin voor het eerst in de buurt wordt gekomen van een vordering uit onrechtmatige rechtspraak betreffen het beweerdelijk ten onrechte achterhouden van stukken door een griffier. Daarvoor wordt zowel de griffier zelf als de staat gedagvaard. Echter zonder succes omdat de beschuldiging niet hard kan worden gemaakt, omdat de griffier bevoegd was de afgifte te weigeren.⁵ Uiteindelijk weinig principiële overwegingen dus over het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak.

In een latere zaak voor de rechtbank Haarlem stond een vordering uit onrechtmatige daad tegen (onder meer) de staat centraal vanwege vermeende gebreken in een uitspraak van de huurcommissie. Deze commissie wordt door de rechtbank gezien als zelfstandig college met speciale rechtspraak belast. Aangezien de beslissing van dit bestuursrechtelijke college niet is aangevochten staat de rechtmatigheid daarvan (als 'wet' tussen partijen) vast en kan deze niet bij de burgerlijke rechter ter discussie worden gesteld. Om deze reden is er geen sprake van een onrechtmatige overheidsdaad. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een vonnis van de burgerlijke rechter dat niet in overeenstemming is met de wet zou kunnen leiden tot een onrechtmatige overheidsdaad; dat zou volgens de rechtbank niet acceptabel zijn.⁶

In twee andere zaken betreft het onrechtmatige daadsacties tegen de staat wegens gestelde gebreken in de bestuursrechtelijke bescherming op het terrein van de prijsregulering en waarin betrokkenen vanwege overtreding van prijsregels tot boetes waren veroordeeld. Zij probeerden bij de burgerlijke rechter via een onrechtmatige daadsactie tegen de staat de executie van de bestuursrechtelijke uitspraak te voorkomen. Het Hof Den Haag overweegt dat tegen de boete in administratief beroep tot in hoogste instantie is opgekomen maar zonder succes. Het Hof ziet geen ruimte om in een procedure uit onrechtmatige daad tegen de executie te beoordelen of de in kracht van gewijsde gegane bestuursrechtelijke uitspraak al dan niet juist is.⁷ Het Hof Amsterdam overweegt in een vergelijkbaar geval dat de burgerlijke rechter zich van inmenging heeft te onthouden wanneer er een bijzondere administratieve procedure openstaat of openstond tenzij: 'de klacht zou wezen, dat de aangevallen uitspraak is geweest buiten de grenzen van de aan bedoeld overheidsorgaan toekomende bevoegdheden'. Van dat laatste is hier volgens het Hof geen sprake. Blijkens deze uit-

⁴ Gezocht is in alle gepubliceerde rechtspraak in *NJ*, *AB* en via rechtspraak.nl.

⁵ Rb. Den Haag 21 oktober 1920, *NJ* 1920, p. 1201 e.v.; Hof Den Haag 4 december 1922, *NJ* 1923, p. 234 e.v. Vgl. HR 17 april 1959, *AB* 1959, p. 316 e.v. inzake de gestelde nalatigheid van een rechter-commissaris in een faillissement, waarin de vordering uit onrechtmatige daad tegen de staat eveneens werd afgewezen.

⁶ Rb. Haarlem 13 maart 1928, *NJ* 1929, p. 3018 e.v.

⁷ Hof Den Haag 27 mei 1943, *NJ* 1944/162.

spraak had de President van de rechtbank betrokkene overigens wel gelijk gegeven en de executie verboden.⁸

Standaardarrest HR 3 december 1971

In 1971 komt de Hoge Raad voor het eerst toe aan een meer principiële beantwoording van de (rechts)vraag of en zo ja wanneer de staat aansprakelijkheid kan worden gehouden voor onrechtmatige rechtspraak. Het geschil komt voort uit een procedure tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens vermeend onzedelijk handelen. In deze procedure zouden naar het oordeel van eiseres procedurele tekortkomingen aan de orde zijn geweest, met name door het niet horen van bepaalde getuigen, bij het leveren van bewijs en tegenbewijs en bij de waardering van bewijsmiddelen. De behandelend kantonrechter zou hierin tekort zijn geschoten. De Hoge Raad komt – onder kritiek van de annotator Stellinga die er op wijst dat er tegen de uitspraak van de kantonrechter geen rechtsmiddel openstond – tot een afwijzing van de aansprakelijkheid van de staat en hanteert daarbij een standaardformule die tot op de dag van vandaag leidend zal blijken te zijn:

‘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 schending van het in art. 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 (...)’⁹

De periode na 1971: geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige rechtspraak, wel wegens onrechtmatige detentie

In deze periode worden om te beginnen twee uitspraken gewezen waarin niet zozeer het 1971-criterium van de Hoge Raad wordt toegepast, maar wel het onderliggende principe dat strafrechtelijke uitspraken die onaantastbaar zijn via een onrechtmatige rechtspraak procedure niet op losse schroeven mogen komen te staan.¹⁰

In een uitspraak uit 1978 herhaalt de Hoge Raad wel letterlijk zijn strikte criterium uit 1971, dit keer in een onrechtmatige daadsactie tegen een in de ogen van betrokkene onjuiste uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, en wijst de vordering af. Het betrof een procedure ten aanzien van het ontslag van een ambtenaar op basis van plichtsverzuim. Annotator Scheltema signaleert terecht dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de staat voor oordelen van de bestuursrechter op dezelfde wijze beoordeelt als uitspraken van de burgerlijke

⁸ Hof Amsterdam 25 januari 1945, *NJ* 1946/268, *AB* 1946/213.

⁹ HR 3 december 1971, *NJ* 1971/27, m.nt. St., *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten.

¹⁰ HR 14 juni 1974, *NJ* 1974/436, m.nt. Van Veen; HR 1 juli 1976, *NJ* 1976/452, m.nt. Van Veen.

rechter (in de 1971-uitspraak ging het immers om een uitspraak van de kantonrechter).¹¹ In twee uitspraken uit 1987 en 1988 zet de Hoge Raad deze restrictieve lijn voort. In één zaak ging het om een beschikking van de rechtbank tot ten uitvoerlegging van de maatregel terbeschikkingstelling van de regering zonder dat daarvoor nadere psychiatrische rapportage was gevraagd. Tegen deze beschikking stond geen rechtsmiddel open. Rechtbank, Hof en Hoge Raad verwerpen het verweer van betrokkene dat hiermee een fundamenteel rechtsbeginsel zou zijn geschonden en voldaan zou zijn aan het zeer restrictieve criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak, zoals geformuleerd door de Hoge Raad in 1971. Vermeldenswaard is wel dat Hof vond dat in beginsel wel een nadere rapportage was vereist, maar dit woog blijkbaar niet zwaar genoeg om de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel aan te nemen. Annotator Scheltema stelt vast dat de Hoge Raad nog nooit de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel heeft aangenomen.¹² Dit deed de Hoge Raad ook niet in een uitspraak waarin de klacht was dat betrokkene bij de ambtenarenrechter de mogelijkheid was ontnomen om een voorbereid pleidooi geheel voor te dragen (op p. 6 van 21 werd hij door de rechter onderbroken, de tekst van zijn pleidooi ging wel geheel het dossier in).¹³ Ook in de lagere rechtspraak wordt vastgehouden aan het restrictieve criterium uit 1971.¹⁴ In een andere uitspraak uit 1987 werd weer vast gehouden aan het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. In casu had de politierechter een verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeven maanden, terwijl hij volgens de wet maximaal zes maanden had kunnen opleggen. De betrokkene trok zijn hoger beroep tegen deze uitspraak in en zocht zijn heil vervolgens in kort geding bij de burgerlijke rechter, die zijn vordering echter afwees. De Hoge Raad gaat hier in mee en overweegt onder verwijzing naar het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafrecht dat het vonnis van de politierechter rechtskracht behoudt. Hiermee is volgens de Hoge Raad geen sprake van onrechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van de uitspraak van de politierechter en evenmin van een schending van artikel 5 lid 1 EVRM.¹⁵ Advocaat-generaal Leijten kan zich voorstellen dat de staat aansprakelijk wordt gehouden voor de schade veroorzaakt door de tenuitvoerlegging van een onjuiste strafrechtelijke beslissing. Betrokkene zal deze schade in eerste instantie via de openstaande rechtsmiddelen moeten proberen te verhalen op de staat. Mocht dit echter – anders dan in casu het geval was – niet mogelijk zijn, dan lijkt het Leijten niet ondenk-

¹¹ HR 17 maart 1978, *NJ* 1979/204, m.nt. Scheltema

¹² HR 8 mei 1987, *NJ* 1988/1016, m.nt. Scheltema.

¹³ HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2. Vergelijkbaar restrictief is Hoge Raad 4 mei 1990, *NJ* 1990/677, m.nt. Stein.

¹⁴ Zie Kantongerecht Den Bosch 31 juli 1990, *NJ* 1992/95: een vordering uit onrechtmatige rechtspraak wegens het stelselmatig afwijzen van wrakingsverzoeken door de rechtbank wordt afgewezen.

¹⁵ HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988/841 met noten Scheltema & Corstens.

baar dat de door de onjuiste strafrechtelijke uitspraak veroorzaakte schade voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁶

In een uitspraak uit 1993 past de Hoge Raad het criterium van schadevergoeding bij onrechtmatige vrijheidsberoving (op grond van artikel 5 lid 5 EVRM in samenhang met artikel 6:162 BW)¹⁷ toe en niet het strikte criterium van onrechtmatige rechtspraak uit 1971. Het verdragsrecht liet op dat punt geen andere keuze. In casu betrof het een vrijheidsbeneming op grond van de wet Bijzondere Opnemingen Psychiatrische Patiënten (BOPZ), waarbij betrokkene niet gehoord is in de kantongerechtsprocedure die leidde tot zijn vrijheidsbeneming en ook niet is onderzocht of hij een raadsman wilde. De annotator merkt terecht op dat bij fouten in een procedure tot detentie zowel sprake kan zijn van onrechtmatige vrijheidsberoving als onrechtmatige rechtspraak en deze aansprakelijkheidsgronden dus ook kunnen samengaan. Daarbij kan het gaan om vrijheidsberoving in strijd met de wet of procedurele fouten bij de oplegging van de detentie.¹⁸ In een andere uitspraak uit 1993 stond een actie uit onrechtmatige rechtspraak centraal naar aanleiding van een uitspraak van het Centraal Medisch Tuchtcollege. De Hoge Raad verwijst naar het belang van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, waarin niet past dat via een procedure bij de burgerlijke rechter het oordeel van de tuchtrechter kan worden aangevochten, tenzij wordt voldaan aan het criterium uit 1971, hetgeen in casu niet het geval is. Het verwijt was dat de berisping van de betrokken arts niet was gebaseerd op een klacht, dat hij niet al in het vooronderzoek was gehoord en geen kans had getuigen te horen. Annotator Snijders ziet uit naar een versoepeling van het restrictieve criterium uit 1971 naar de toetssteen of 'geen redelijke rechter tot die uitspraak had kunnen komen'. Opmerkelijk in deze zaak is dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens de zaak ook heeft bekeken en van oordeel was dat artikel 6 EVRM niet van toepassing was. De Hoge Raad vindt volgens annotator Snijders kennelijk dus dat de artikel 6 EVRM toets in het Hoge Raad 1971 criterium niet zou gelden. Ook overigens constateert Snijders dat de Hoge Raad het oude criterium iets anders formuleert (de Hoge Raad spreekt immers anders dan in 1991 niet van 'slechts' indien bij de voorbereiding van...), waarmee mogelijk ruimte wordt gecreëerd om ook buiten schending van fundamentele rechtsbeginselen, namelijk in geval van materieel apert onjuiste uitspraken aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aan te nemen. Hij geeft echter zelf al aan dat dit mogelijk 'whisful thinking' is, hetgeen

¹⁶ Zie paragraaf 30 van zijn conclusie, *NJ* 1988/841, p. 2821. En daarvoor hoeft het dus niet zo erg te zijn als de door hem reeds in 1958 verzonnen casus waarin een kantonrechter na een avondje stappen met de officier van justitie een vrouw tot de doodstraf veroordeelt wegens het buiten de daarvoor in de algemene plaatselijke verordening gestelde tijden in het openbaar uitkloppen van haar matjes, zie J.C.M. Leijten, 'Het doodvonnis van de kantonrechter', *NJB* 1958, p. 432-434.

¹⁷ In lijn ook met EHRM 27 september 1990, *NJ* 1991/625, m.nt. Alkema (Wassink t. Nederland).

¹⁸ HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/524, m.nt. Ras.

bevestigd lijkt te worden door de hierna te bespreken jurisprudentie'. De Hoge Raad overweegt in dezen als volgt:

'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. Dit is weliswaar anders in geval bij de voorbereiding van de betrokken 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.'¹⁹

In een uitspraak uit 1994 lijkt de Hoge Raad inderdaad weer vast te houden aan het striktere criterium uit 1971, zij het zonder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 6 EVRM. Het betreft een onjuiste niet-ontvankelijkverklaring van een verzoek op grond van artikel 89 Wetboek van Strafvordering (Sv.) tot schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis. De staat kan volgens de Hoge Raad ter zake van een dergelijke beslissing slechts dan uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden, indien bij de voorbereiding van die beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Daarvan is in casu geen sprake.²⁰ Het Gerechtshof had in deze civiele zaak nog geoordeeld dat het Hof door het nemen van die onjuiste beslissing wel dusdanig fundamentele rechtsbeginselen had geschonden dat op grond daarvan geoordeeld kon worden dat de staat onrechtmatig heeft gehandeld; daarbij ging het om de vraag of het verzoekschrift ex art. 89 Sv. door de juiste persoon was ondertekend. Over het hoofd zou zijn gezien dat het verzoek niet alleen door een raadsman maar mede door de betrokkene zelf was ondertekend. Interessant is nog de conclusie van advocaat-generaal Leijten. Hij vraagt zich af waarom de Hoge Raad en menig auteur van mening is dat vorderingen tegen de staat tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad van de rechter zeldzaam zijn en dat behoren te blijven. In de eloquente woorden van Leijten:

'Waarom eigenlijk? Of liever, want daar gaat het om: waarom moet, ook als ze talrijk worden, toewijzing ervan zeldzaam blijven? Niet, zo meen ik, om de

¹⁹ HR 8 januari 1993, *NJ* 1993/558, m.nt. Snijders. Spier acht dit betoog van Snijders speculatief en berusten op 'wishful thinking', J. Spier & A.T. Bolt (red.), *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 278, noot 492.

²⁰ HR 29 april 1994, *NJ* 1995/727, met noten Brunner & Alkema.

rechters te gerieven of hen te stijven in een eventueel bestaand idee, dat ze geen fouten maken. Maar simpel weg, en ik zal mij zo voorzichtig mogelijk uitdrukken: een rechtssysteem er doodgewoon niet tegen kan als zijn beslissingen aanvechtbaar blijken. Wat kan, zou allicht een criticus zeggen, een systeem mij nu schelen. Ik antwoord: een echt systeem is een levenswijze van mensen. In een systeem waarin wat 'recht' is nooit vast komt te staan, altijd op losse schroeven blijft voortbewegen, kan de hedendaagse mens niet ademen. *Lites finiri oportet*. Een gemeenplaats die zoals zovele van zijn soortgenoten, een flinke dosis waarheid bevat. Mijn wat al te ordinaire criterium dat ik maar weer eens uit zijn stal zal halen is: pas als het te gek is om los te lopen, mag het gezag (liever hier: de macht) van een onherroepelijke rechterlijke beslissing in de waagschaal worden gesteld. Is dat hier het geval? Hoewel ik een beetje aarzel en eigenlijk graag ja zou willen zeggen, kan ik daartoe niet komen.²¹

Er is namelijk naar zijn oordeel geen sprake van een oneerlijke en partijdige behandeling van de zaak. Hier is naar het oordeel van Leijten iets anders in het spel. Namelijk een ongewenste foute uitspraak, maar elke niet juiste uitspraak van een rechter is nu eenmaal ongewenst evenals iedere foutieve behandeling van de zieke door een geneesheer. Maar die laatste is, zo in geval van een grove beroepsfout wel degelijk aansprakelijk. Dan kom je volgens Leijten echter op een heel ander terrein: de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter. De noot van Brunner vermeldt nog dat beslissingen van de rechter die in strijd met de wet zijn, niet evenzovele onrechtmatige daden van organen van de staat zijn voor de gevolgen waarvan de staat aansprakelijk is. Naar ons recht procederen partijen dus voor eigen rekening en risico tot geen rechtsmiddel meer openstaat. Dan is het uit en moet het ook uit zijn, aldus Brunner. De enige waarborg die naar zijn mening ons recht aan procederende partijen biedt, is dat hun zaak door de rechter op een eerlijke en onpartijdige wijze wordt behandeld, niet echter dat de rechter juist zal beslissen. Daarmee onderscheidt de rechtspraak zich principieel van andere overheidsbemoeningen. Voor onrechtmatige wetgeving en onrechtmatig bestuur is de overheid immers wel degelijk aansprakelijk. Brunner wijst nog op S.C.J.J. Kortmann die een ruimere aansprakelijkheid wil, namelijk in die gevallen waarin sprake is van opzet of grove schuld van de rechter, onmiskenbare rechtsschendingen en blunders.

Eerste succesvolle toepassing 1971-criterium in vervolgzaken op Straatsburgse veroordelingen

De Hoge Raad heeft in 1991 in een zaak van de medeveroordeelden van Kostovski overwogen dat op het uitgangspunt van een in kracht van gewijsde gegaan strafvonnis een uitzondering moet worden aanvaard ingeval een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) waarmee de strafrechter geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing tot stand is gekomen op een zodanige wijze dat niet meer kan worden

²¹ Nummers 47 en 48 van zijn conclusie.

gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 lid 1 eerste zin EVRM.²² Een succesvol beroep zou dan inhouden dat dit strafvonnis niet ten uitvoer mag worden gelegd. Dit was ook aan de orde in de nationale vervolprocedure op het arrest Van Mechelen, waarin Nederland eveneens was veroordeeld wegens het gebruik van anonieme getuigen in een strafzaak, terwijl het bewijs in beslissende mate op deze getuigenissen was gebaseerd.²³ In deze laatste zaak had het Hof Den Bosch de veroordeling in beslissende mate gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen die niet voor het bewijs hadden mogen worden gebruikt. De rechtbank Den Haag oordeelde dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak en dat de staat voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is.²⁴ Het Haagse gerechtshof is hierin meegegaan.²⁵ Ook naar het oordeel van de Hoge Raad doet zich hier de uitzonderlijke situatie voor dat de veroordeling van Van Mechelen 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, in welk geval onverkorte tenuitvoerlegging van de beslissing niet meer als krachtens het wettelijk stelsel toegelaten kan worden beschouwd. Bijzonder in deze zaak is dat de staat in cassatie niet langer heeft bestreden dat sprake was van onrechtmatige rechtspraak waarvoor de staat in beginsel aansprakelijk is.²⁶ Resultaat was invrijheidsstelling en een forse schadevergoeding voor de reeds ondergane hechtenis.

Ondertussen blijft de toepassing van het 1971-criterium in de meeste gevallen tot niet aansprakelijkheid leiden

Het gerechtshof Leeuwarden past het aansprakelijkheids criterium uit 1971 toe in een zaak waarin betrokkene opkomt tegen een jegens hem gewezen strafvonnis. Zijn vordering wordt afgewezen, nu er tegen het gewraakte vonnis van de rechtbank een rechtsmiddel openstond en van het rechtsmiddel ook gebruik is gemaakt. Daarom wordt al niet voldaan aan de eis van het oude aansprakelijkheids criterium, nog daargelaten dat de betrokkene niet heeft gesteld dat en waarom sprake is geweest van de schending van fundamentele rechtsbeginselen.²⁷ De Hoge Raad neemt evenmin onrechtmatige rechtspraak aan in een zaak waarin het draait om de vraag of in twee eerdere procedures bij de Hoge Raad het recht van Van Peski c.s. op een eerlijk proces is geschonden. Hun toenmalige wederpartij in cassatie heeft na het fourneren van de stukken voor arrest,

²² HR 1 februari 1991, *NJ* 1991/413, m.nt. Van Veen, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 325-334, m.nt. Van der Velde en De Hullu (Mededaders Kostovski). De Hoge Raad doelt in dit arrest op de uitspraak van het EHRM van 20 november 1989, *NJ* 1990/245, m.nt.

Alkema (Kostovski t. Nederland). Door het EHRM was in deze uitspraak een schending van artikel 6 EVRM aangenomen vanwege het gebruik van anonieme getuigen.

²³ EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997/635, m.nt. Knigge (Van Mechelen e.a. t. Nederland).

²⁴ Rb. Den Haag 17 januari 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AA9571.

²⁵ Hof Den Haag 5 juni 2003, *NJF* 2003/38.

²⁶ Hoge Raad 18 maart 2005, *NJ* 2005/201, m.nt. Alkema (Post-Van Mechelen).

²⁷ Hof Leeuwarden 26 maart 2008, *NJF* 2008/204.

met medewerking van iemand werkzaam bij de Hoge Raad of het parket een stuk toegevoegd aan het procesdossier zonder dat Van Peski c.s. daarvan op de hoogte zijn gesteld of is geverifieerd of zij daarvan op de hoogte waren.²⁸

Vermeldenswaard zijn verder twee uitspraken waarin de rol van de kantonrechter als toezichthouder op een bewindvoerder centraal stond. De rechtbank Den Haag kwam tot het oordeel dat de kantonrechter zijn toezichthoudende taak in dezen ernstig had verwaarloosd door twee bewindvoerders in functie te laten ondanks het feit dat zij in gebreke waren gebleven met het afleggen van rekening en verantwoording. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de kantonrechter hierdoor jegens de twee onderbewindgestelden onrechtmatig gehandeld. De schade staat in zodanig verband tot het als bewindvoerder handhaven van de voormalig bewindvoerder, dat deze als gevolg van het handelen aan de kantonrechter kan worden toegerekend. De staat wordt door de rechtbank veroordeeld tot vergoeding van de geleden schade.²⁹ Naar het oordeel van de staat die daartegen in hoger beroep opkomt is de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak ook in dit geval van toepassing, maar wordt aan deze maatstaf niet voldaan. Gesteld noch gebleken is immers dat de kantonrechter fundamentele beginselen heeft veronachtzaamd, laat staan zo fundamentele beginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken. Het gerechtshof komt echter tot het oordeel dat de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak in dit geval juist niet van toepassing is, nu het in casu niet gaat om contentieuze rechtspraak maar om zogenaamde volontaire rechtspraak (de rechter in zijn rol als toezichthouder) en de onderlinge verschillen tussen deze twee vormen van rechtspraak te groot zijn om dezelfde maatstaf aan te leggen. Overigens wijst het hof de schadeclaim af, nu niet is komen vast te staan dat de kantonrechter zijn taken ernstig heeft verwaarloosd.³⁰

Een koerswijziging door de Hoge Raad in de Greenworld-zaak?

Een uitspraak van de Hoge Raad uit 2009 in de zaak Greenworld over de aansprakelijkheid van arbiters heeft de pennen echter in beweging gebracht over de vraag of de Hoge Raad zijn strikte benadering uit 1971 zou hebben versoepeld.³¹ De Hoge Raad introduceert namelijk ten aanzien van arbiters een nieuw criterium voor aansprakelijkheid en lijkt daarbij arbiters op bepaalde punten in één adem te noemen met rechters. Daarom is het de vraag in hoeverre dit criterium volgens de Hoge Raad al dan niet ook voor onrechtmatige rechtspraak zou moeten gelden. De uitspraak van de Hoge Raad laat daarover onduidelijkheid bestaan. 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 miskennis van hetgeen een behoor-

²⁸ HR 20 november 2009, *NJ* 2009/580.

²⁹ Rb. Den Haag 23 mei 2007, *ECLI:NL:RBSGR:2007:BA5762*.

³⁰ Hof Den Haag 24 maart 2009, *NJF* 2009/162.

³¹ HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. Vranken. Zie met name ook F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, p. 2696-2699.

lijke taakvervulling meebrengt. Advocaat-generaal Huydecoper somt de argumenten op voor de terughoudende rechtspraak over aansprakelijkheid van de staat. Daarbij geeft hij aan dat het argument dat de rechter voor een in naam van de Koning verrichte ambtshandeling niet ter verantwoording geroepen zou mogen worden en het argument dat andere rechters zouden moeten oordelen over hun collega's zo niet irrelevant, dan toch van zeer beperkt gewicht zijn. De overige argumenten voor terughoudende rechtspraak lijken hem wel valabel, namelijk dat er niet voor niks een gesloten systeem van rechtsmiddelen is en dat het niet de bedoeling is om via de aansprakelijkheidsactie dat stelsel te doorbreken, het argument dat een geschil over moet zijn met een definitief gegeven beslissing en de waarde van regels die veronderstellen dat het niet mogelijk moet zijn om dezelfde kwestie opnieuw aan de orde te stellen ditmaal aan de hand van de stelling dat het rechtsoordeel gebrekkig was en dat de rechter daarvoor aansprakelijk is. Overigens komt de Hoge Raad met toepassing van het nieuwe criterium voor arbiters uiteindelijk tot de conclusie dat geen sprake is van opzettelijk of bewust roekeloos handelen dan wel handelen met een grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Annotator Vranken stelt vast dat de Hoge Raad met het arrest zowel een nieuw criterium voor arbitrage als voor onrechtmatige overheidsrechtspraak heeft gegeven. Daarbij roept hij nog als vraag op waarom de Hoge Raad niet dichter aansluit bij de criteria zoals geformuleerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de Köbler-zaak (waarover hierna meer). Naar zijn oordeel lijkt er nog wel wat licht te zitten tussen de nieuwe uitspraak van de Hoge Raad en deze Luxemburgse rechtspraak. De verruiming van de aansprakelijkheid heeft naar zijn mening naast een procedurele thans ook een inhoudelijke component in die zin dat inhoudelijk onjuiste uitspraken ook kunnen worden aangepakt, los van fouten bij de voorbereiding. Het is vooralsnog echter de vraag of deze constatering van Vranken niet te voorbarig is, althans sindsdien heeft de Hoge Raad deze mogelijke verruiming (nog) niet bevestigd, maar mogelijk dat de Hoge Raad daartoe nog niet in de gelegenheid is geweest.

In het enige maanden later gewezen arrest inzake Chip(s)hol komt de Hoge Raad niet toe aan een uitdrukkelijke uitspraak over zijn eigen onrechtmatige rechtspraakcriterium. In deze zaak moest de Hoge Raad zich uitspreken over de stelling dat het gerechtshof zou hebben miskend dat de mogelijke (met door het voorlopig getuigenverhoor te verkrijgen gegevens eventueel te onderbouwen) grondslag van de Chip(s)holvordering niet ziet op (aan de staat toe te rekenen) rechterlijke fouten bij de voorbereiding en het nemen van rechterlijke beslissingen, maar de (daarvan te onderscheiden) onrechtmatige beïnvloeding van de voorbereiding en het nemen van rechterlijke beslissingen in de Schipholprocedure, zodat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet aan deze mogelijke vordering van Chip(s)hol in de weg zou staan. Volgens de eisers heeft de rechtbank Haarlem artikel 6 EVRM geschonden door hun verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor naar aanleiding van de vervanging van drie rechters af te wijzen waardoor Chip(s)hol in haar procesbelang zou zijn geschaad. De

Hoge Raad wijst de vordering echter af op een andere grond, namelijk dat het Hof ten onrechte de afwijzing van het verzoek om een getuigenverhoor erop gegrond heeft dat de eventueel in te stellen vordering niet toewijsbaar zou zijn. Hiermee versoepelt de Hoge Raad wel onder verwijzing naar artikel 6 EVRM zijn doorgaans zeer restrictieve rechtspraak ter verkrijging van een verklaring voor recht.³² In de conclusie wijst advocaat-generaal Wesseling-van Gent op de hiervoor genoemde conclusie van haar ambtgenoot Huydecoper in de Greenworld-zaak. Huydecoper stelt daarin vast dat het leerstuk over onrechtmatige rechtspraak niet onomstreden is en dat de doctrine aandringt op een andere benadering dan die de Hoge Raad in zijn standaardarrest uit 1971 hanteert. Wesseling-van Gent verwijst hierbij ook naar Hartkamp die voorstander is van een verruiming van de grenzen van aansprakelijkheid, maar daarbij maakt hij de kanttekening dat geen vergoeding kan worden gevorderd van door een rechterlijke fout geleden schade die door een corrigerende uitspraak in hogere instantie alsnog kan worden of is hersteld. Verder zou naar zijn mening de aansprakelijkheid beperkt moeten blijven tot aperte en verwijtbare fouten. Wesseling-Van Gent wijst er op dat in de jurisprudentie en literatuur onder rechtspraak valt al het onjuiste schadeveroorzakende rechterlijk handelen waaronder ook rechtsweigerings of het nalaten van voldoende toezicht op een curator wordt geschaard.

De lagere rechtspraak houdt na de Greenworld zaak vast aan het 1971-criterium

Waar de Hoge Raad zich dus vooralsnog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, houdt de lagere jurisprudentie ook na de Greenworld-uitspraak vast aan de restrictieve lijn uit 1971. Zo wijzen rechtbank en gerechtshof Den Haag een claim af van eisers die opkomen tegen een eerder arrest van de Hoge Raad dat in strijd zou zijn met internationaal strafrechtelijke normen en humanitair oorlogsrecht. De vordering stuit af op het feit dat eisers zich niet richten tegen de wijze van totstandkoming van het arrest maar tegen de inhoud ervan. Er wordt in het geheel niet gesteld dat er fundamentele rechtsbeginselen bij de totstandkoming van het arrest zijn geschonden. Het enkele feit dat de uitspraak 'misdadig' zou zijn is daartoe onvoldoende. De strijd met het beginsel van humanitair recht betreft de inhoud van het arrest en kan slechts aan de orde komen bij het gebruik van de normale rechtsmiddelen.³³

Ook in een procedure uit onrechtmatige rechtspraak waarin eiseres twee rechterlijke uitspraken aanvecht waarin de 'teruggeleiding' van haar minderjarig kind is bevolen op grond van het Haags Kinderbeschermingsverdrag naar de vader in Spanje, wijst de rechtbank haar vordering af met de klassieke riedel van de Hoge Raad uit 1971.³⁴ Ook in een zaak betreffende gestelde onrechtmatige rechtspraak door het Medisch Tuchtcollege past de rechtbank Den Haag

³² HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172.

³³ Zie resp. Rb. Den Haag 1 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH9076 en Hof Den Haag 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230.

³⁴ Rb. Den Haag 1 februari 2012, *NJF* 2012/126.

‘gewoon’ het oude criterium toe, namelijk dat bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan. De rechtbank wijst met toepassing van dit criterium de vordering van de eiser af dat sprake zou zijn van onrechtmatige rechtspraak vanwege een onjuiste beslissing ten aanzien van de relatieve (on)bevoegdheid van een regionaal tuchtcollege.³⁵ In een andere zaak zou naar het oordeel van eisers sprake zijn van onrechtmatige rechtspraak, omdat de rechtbank heeft toegestaan dat twee deskundigen die werkzaam waren op dezelfde afdeling van hetzelfde ziekenhuis tot viermaal toe rapportages hebben uitgebracht over hetzelfde feit en op dezelfde vragen waarover de rechtbank zelf ook oordeelde dat deze rapportages onbegrijpelijk, onduidelijk en incompleet waren. Voorts heeft de rechtbank toegestaan dat één van de deskundigen tot twee maal toe haar eigen instructies niet heeft nageleefd, opnieuw met toepassing van het oude criterium, hoewel we ruim na de datum van het arbitersarrest zitten. Hoewel deze deskundige in de procedure voor de rechtbank ten onrechte rapporten niet vooraf heeft toegezonden aan eiser kan niet worden geoordeeld dat de remedie die de rechtbank heeft toegepast, namelijk het uiteindelijk horen van deskundigen ter rechtszitting in aanwezigheid van partijen, zodanig in strijd is met fundamentele rechtsbeginselen dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Daar komt bij dat eiser tegen dit vonnis hoger beroep heeft ingesteld, aldus de rechtbank.³⁶

In een andere zaak betoogt eiser dat niet langer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken vanwege het feit dat het Hof bij zijn beslissing in een strafzaak tot terbeschikkingstelling met dwangverpleging gebruik heeft gemaakt van naar achteraf door de tuchtrechter is vastgesteld gebrekkige rapportages. De rechtbank gaat in dit betoog niet mee, omdat eiser bij de mondelinge behandeling van de zaak voor het Hof gelegenheid heeft gehad om inhoudelijk op de rapporten in te gaan, hetgeen ook is gebeurd. Bovendien heeft het rechtsmiddel van cassatie opengestaan waar eiser ook gebruik van heeft gemaakt. Daarmee is eiser volgens de rechtbank in voldoende mate in de gelegenheid geweest om zich over de rapporten uit te laten en is er geen sprake van veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen, zoals onder meer hoor en wederhoor. Het feit dat achteraf is komen vast te staan dat vraagtekens zijn te plaatsen bij de deugdelijkheid van de rapporten brengt daarin geen verandering.³⁷

In weer een andere procedure beroepen eisers zich erop dat de gestelde schade veroorzaakt is door het niet stellen van prejudiciële vragen door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven als gevolg waarvan sprake zou zijn

³⁵ Rb. Den Haag 4 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW2979.

³⁶ Rb. Den Haag 25 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432.

³⁷ Rb. Den Haag 16 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6841. Zie voor een vergelijkbare zaak Rb. Den Haag 23 oktober 2013, *NJF* 2014/63.

van onrechtmatige rechtspraak. Deze vordering wordt door de rechtbank afgewezen wegens verjaring, waarbij de verjaringstermijn is begonnen op de dag na de uitspraak van het CBB in elk van de individuele beroepszaken. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat ook als de vorderingen niet verjaard zouden zijn er geen sprake zou zijn van toewijzing van het gevorderde, nu niet zou zijn onderbouwd met verwijzing naar concrete feiten en omstandigheden dat het CBB in iedere individuele zaak van eisers verwijtbaar heeft verzuimd om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.³⁸

Wel wordt toepassing gegeven aan de soepelere Köbler-criteria in zaken waarin vermeende schendingen van EU-recht door de rechter centraal staan maar ook dat leidt niet tot aansprakelijkheid

Deze uitspraken volgen op het bekende Luxemburgse Köbler-arrest dat wij hier niet apart behandelen.³⁹ 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 rechtspraak op neer dat sprake moet zijn van een *kennelijke* schending van het EU-recht, hetgeen een hogere aansprakelijkheidsdrempel impliceert dan geldt ten aanzien van met EU-recht strijdige wetgeving, besluiten en feitelijk handelen of nalaten.⁴⁰ 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 eventueel door een EU-instelling ingenomen standpunt en de schending van de verplichting een prejudiciële vraag te stellen.⁴¹

Ook dergelijke 'Köbler-claims' zijn vooralsnog zonder succes gebleken voor de Nederlandse rechter. Zo vorderen diverse eisers schadevergoeding van de staat omdat de kantonrechter het Unierecht onjuist zou hebben toegepast (door afwijzing van hun claims wegens vertraagde vluchten) en er sprake is van een kennelijke schending daarvan. De (kantonrechter van de) rechtbank Den Haag

³⁸ Rb. Den Haag 9 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1150.

³⁹ HvJ EU 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160, m.nt. Mok.

⁴⁰ Zie r.o. 51 en verder van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Köbler.

⁴¹ Zie r.o. 55 van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Köbler.

past de Köbler-criteria toe en stelt vast dat de kantonrechter te Haarlem het Unierecht gelet op de relevante Luxemburgse jurisprudentie op onjuiste wijze heeft toegepast. Dan is vervolgens de vraag of dit een kennelijke schending van het Unierecht oplevert. Daarvan is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, omdat niet kan worden gezegd dat de geschonden rechtsregels ten tijde van de uitspraken van de kantonrechter te Haarlem duidelijk en nauwkeurig waren. Bovendien was er ook de nodige kritiek van luchtvaartmaatschappijen en wetenschap en bleef een oordeel van een hogere nationale instantie uit. In het licht van die omstandigheden bezien in samenhang met de mate van onduidelijkheid van de geschonden rechtsregel kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden geoordeeld dat de kantonrechter Haarlem opzettelijk het Unierecht heeft geschonden.⁴² Terzijde moet worden opgemerkt dat hier het opzetcriterium wordt genoemd en het de vraag is of dat een juist criterium is, aangezien het Hof van Justitie met de eis van kennelijkheid nu juist heeft geoordeeld dat opzet een te hoge drempel is. Verder wordt door de rechter nog gekeken naar het feit dat gesteld noch gebleken is dat de Europese Commissie of een andere Unie-instelling ondubbelzinnig het standpunt heeft ingenomen over de in deze zaak aan de orde zijnde rechtsregel. Gelet op dit alles komt de kantonrechter tot het oordeel dat er geen sprake is van kennelijke schending van het Unierecht. Dat er destijds niet voor is gekozen om prejudiciële vragen te stellen is gelet op de aard van de praktijk van de kantonrechter niet onbegrijpelijk.

Eerder wees de rechtbank Den Haag al een vergelijkbare claim af.⁴³ In deze zaak was de staat volgens eiser aansprakelijk voor onrechtmatige rechtspraak van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omdat diens uitspraak een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht zou inhouden. Deze rechter zou immers ten onrechte en zonder daarover prejudiciële vragen te stellen hebben geoordeeld dat de zogenaamde EVOA-verordening (Verordening (EEG) nr. 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap) niet van toepassing is, terwijl volgens eiser geen andere conclusie mogelijk is dan dat deze verordening wel degelijk van toepassing is. Deze stelling wordt door de rechtbank echter niet gevolgd. Met toepassing van de Köbler-criteria stelt de rechtbank vast dat het hier niet gaat om een schending van een regel die ertoe strekt aan particulieren een recht toe te kennen en evenmin is er naar het oordeel van de rechtbank sprake van het onthouden van een recht op een eerlijk proces. Er is immers geen sprake van overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd en al helemaal niet van de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel.

Ook recent heeft de rechtbank Den Haag 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 gesanctio-

⁴² Rb. Den Haag 15 april 2014, S&S 2014/128. Zie nader over deze uitspraak R. Meijer, 'Köbler in de polder', *MvV* 2014, p. 284-288.

⁴³ Rb. Den Haag 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BD1838.

neerd.⁴⁴ In deze uitspraak wijst de rechtbank niet alleen de 'Köbler'-claim 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 nog eens 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.'

En terzake 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'.

⁴⁴ Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222.

Zaken waarin sprake is van een schending van de redelijke termijn vormen een aparte categorie waarin snel aansprakelijkheid van de staat wordt aangenomen en het 1971-criterium niet wordt toegepast

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 jurisprudentie⁴⁵ en het vereiste van effectieve nationale rechtsbescherming.⁴⁶ Er dient daartoe wel een aparte procedure tegen de staat te worden geëntameerd bij de kantonrechter.

Algemeen beeld van de onderzochte jurisprudentie

Als we de hiervoor in kaart gebrachte jurisprudentie overzien, ontstaat het volgende beeld. In het pre-1971 tijdperk is de oogst niet al te groot waar het voor het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak relevante uitspraken betreft. Het meest in het oog springen enkele zaken waarin bij de burgerlijke rechter via een actie uit onrechtmatige daad wordt opgekomen tegen gestelde gebreken in de gevolgde administratieve procedure. De rechter hanteert in die uitspraken in wezen – zonder dat met zoveel woorden te noemen – het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, in het bijzonder dat er geen ruimte meer is voor een civiele procedure als er een met voldoende waarborgen bestuursrechtelijke procedure open staat of heeft opengestaan. Illustratief is het genoemde arrest van het Hof Amsterdam (25 januari 1945)⁴⁷ over een geschil inzake prijsregulering (waarvoor een aparte administratieve instantie bestond) waarin het overweegt dat de burgerlijke rechter zich van inmenging heeft te onthouden als een dergelijke bijzondere procedure open staat of heeft opengestaan, met één uitzondering, namelijk indien de klacht zou zijn ‘dat de aangevallen uitspraak is geweest buiten de grenzen van de aan bedoeld overheidsorgaan toekomende bevoegdheden’. Het hof lijkt hier een uitzondering op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen te aanvaarden, indien het betrokken (rechterlijk) orgaan in kwestie zijn boekje te buiten is gegaan. Uit deze uitspraak wordt niet duidelijk wat het hof hier precies onder verstaat, maar met deze overweging geeft het wel aan dat het gesloten stelsel in uitzonderlijke gevallen kan worden doorbroken en in het verlengde daarvan zou er dan mogelijk sprake kunnen zijn van een succesvolle actie uit onrechtmatige rechtspraak. Dat is in latere rechtspraak ook bevestigd.

⁴⁵ Waaronder EHRM 3 maart 2009, NJ 2010/223, m.nt. Alkema (Voorhuis t. Nederland).

⁴⁶ HR 28 maart 2014, AB 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl. ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (te lang durende belastingprocedure). Eerder al: HR 11 januari 2013, AB 2013/149, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (te lang durende vreemdelingenprocedure).

⁴⁷ NJ 1946/268, AB 1946/213.

De periode na 1971 laat vooral zien dat het zeer restrictieve criterium van de Hoge Raad uit 1971 dat alleen in zeer uitzonderlijke gevallen aansprakelijkheid kan worden aangenomen nog steeds als een huis staat. Diverse pogingen om deze hoge drempel van aansprakelijkheid te verlagen blijken vruchteloos. Opvallend is wel dat de Hoge Raad iets meer ruimte lijkt te laten in zaken die een vervolg vormen op een veroordeling in Straatsburg (zie post-Kostovski en post-Van Mechelen). Daarin wordt een uitspraak van het EHRM blijkbaar gezien als een rechtvaardiging voor de doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Daar valt ook veel voor te zeggen, zij het dat er thans op grond van artikel 457 Sv een mogelijkheid bestaat om een in kracht van gewijze gegane nationale strafrechtelijke uitspraak te herzien na een Straatsburgse veroordeling. Alhoewel Straatsburg officieel geen vierde instantie is en niet de bevoegdheid heeft nationale uitspraken te vernietigen, rust op de veroordeelde staat wel de volkenrechtelijke verplichting (op grond van artikel 13, 41 en 46 EVRM) zoveel mogelijk rechtsherstel te bieden. Het EHRM juicht nationale vervolgpcedures waarbij volledig herstel wordt geboden dan ook toe (met name ook herzieningsmogelijkheden). De benadering van de Hoge Raad past zeker in deze lijn. Ook zijn vermeldenswaard enkele uitspraken inzake onrechtmatige vrijheidsberoving, maar die worden niet afgedaan op basis van het restrictieve HR 1971 criterium maar op basis van de ruimere grondslag voor schadevergoeding bij onrechtmatige detentie op de voet van artikel 5 lid 5 EVRM.

De uitspraak van het HvJ EU in de zaak Köbler introduceerde voor op het EU-recht gebaseerde claims uit onrechtmatige rechtspraak een soepeler en naast procedureel ook materieel criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Dit werd in drie gevonden uitspraken toegepast, maar ook dat leidde niet tot het aannemen van aansprakelijkheid. Daarvoor kon de rechter onvoldoende verwijt worden gemaakt.

Meest in het oog springt de uitspraak van de Hoge Raad uit 2009 inzake Greenworld, op basis waarvan diverse commentatoren hebben betoogd dat de Hoge Raad zijn restrictieve lijn zou hebben verlaten. In deze zaak ging het echter om de vraag of een arbitraal vonnis onderuit zou kunnen worden gehaald via een actie uit onrechtmatige rechtspraak. Daarin hanteerde de Hoge Raad een ruimer criterium, namelijk dat de (scheidings)rechter opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Het is (nog) niet duidelijk of de Hoge Raad deze benadering ook breder wil gaan volgen voor het hele terrein van de onrechtmatige rechtspraak en sindsdien heeft de Hoge Raad zich hier (nog) niet over uitgelaten. In de lagere rechtspraak sinds de Hoge Raad-uitspraak inzake Greenworld wordt echter onverkort vastgehouden aan de zeer strikte benadering van de Hoge Raad uit 1971. Mogelijk speelt daarbij een rol dat de Hoge Raad in de Greenworld uitspraak niet expliciet heeft aangegeven om te gaan zoals hij dat in andere zaken vaker wel doet.

Ten slotte kan nog worden gewezen op de rechtspraak van de Hoge Raad over schending van de redelijke termijn en de aansprakelijkheid van de staat

voor de als gevolg daarvan ontstane (immateriële) schade. Daar wordt wel aansprakelijkheid aangenomen terwijl niet voldaan is aan de vereisten van het 1971-arrest. De Hoge Raad erkent dat ook en meent dat een uitzondering op haar plaats is om zo te kunnen voldoen aan het uit Straatsburgse jurisprudentie voortvloeiende vereiste om bij schending van de redelijke termijn effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden.

3. Beoordeling van de jurisprudentie

In onze genoemde bijdrage samen met Van der Hulle hebben wij de klassieke argumenten tegen (ruime) aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak gewogen en te licht bevonden.⁴⁸ 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 aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak af te wijzen.⁴⁹ 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 aansprakelijkheid 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 in geval sprake is van schending van essentiële vormvereisten, zoals het recht van hoor en wederhoor.⁵⁰ Daardoor is er (nog) minder ruimte voor een actie uit onrechtmatige rechtspraak.

⁴⁸ Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012, p. 241-243 en de daar genoemde literatuur; zie ook C. Asser, A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 385 met vele nadere verwijzingen. Zie voor een recent afwijkend geluid, F. Brandsma, 'There have never been enough heroes to go around. Over onrechtmatige rechtspraak', *AA* 2014, p. 111-117, die vanwege de duidelijkheid en eenvoud het meest voelt voor de totale afwijzing van rechterlijke aansprakelijkheid.

⁴⁹ 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 gedachten 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.

⁵⁰ Zie bijv. HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. Wichers Hoeth & Heemskerk, HR 4 maart 1988, *NJ* 1989/4, m.nt. Heemskerk en HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/572, m.nt. Sniijders. Motiveringsgebreken worden blijkens deze jurisprudentie vooralsnog niet gezien als schending van essentiële vormvoorschriften die een doorbreking van het appelverbod rechtvaardigen.

Daarnaast kunnen argumenten vóór verruiming van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak 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 in geval 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 eerder tot aansprakelijkheid kunnen leiden dan de zeer restrictieve maatstaf van de Hoge Raad uit 1971. Het 'Luxemburgse' criterium maakt het immers mogelijk dat er 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.

Wat betreft de Straatsburgse dimensie is van groot belang de jurisprudentie van het EHRM inzake de eisen aan effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau (artikel 13 EVRM) bij overschrijding van de redelijke termijn (artikel 6 EVRM). Het EHRM heeft in de zaak Kudla duidelijk gemaakt dat er een effectief rechtsmiddel op nationaal niveau in de zin van artikel 13 EVRM voorhanden moet zijn in geval van overschrijding van de redelijke termijn.⁵¹ Hiermee maakt het Hof een uitzondering op zijn vaste rechtspraak dat artikel 13 EVRM niet noopt tot een doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen op nationaal niveau of tot het openstellen van rechtsmiddelen die in de nationale wetgeving niet zijn voorzien teneinde op die manier op te kunnen komen tegen een uitspraak van de rechter in hoogste nationale instantie. Om zichzelf het vege lijf te redden in het vooruitzicht van een hausse aan redelijke termijnklachten heeft het Straatsburgse Hof deze uitzondering aangenomen. De redelijke termijnjurisprudentie heeft in Nederland op nationaal niveau navolging gevonden, eerst door de bestuursrechters en later ook door de burgerlijke rechter. Via deze Straatsburgse impuls heeft de burgerlijke rechter de dichtgetimmerde aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak voorzichtig geopend in geval van overschrijding van de redelijke termijn door de rechter. Een belangrijke vraag is vervolgens of het dan niet in de rede ligt deze aansprakelijkheid ook te verruimen als het gaat om schendingen van andere onderdelen van het recht op een eerlijk proces, zoals beschermd door artikel 6 EVRM en wellicht ook materiële EVRM-rechten.

Uiteindelijk gaat het er om dat het niet goed verdedigbaar is dat rechtzoekenden moeten opdraaien voor kennelijke fouten van de rechter die niet via normale rechtsmiddelen kunnen worden geredresseerd.

⁵¹ EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. Alkema (Kudla t. Polen).

4. Hoe verder?

Hoe zou het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak zich naar ons oordeel in dat licht idealiter verder moeten ontwikkelen? In het jaar dat wij 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond vieren staat ons voorstel, zoals wij dat in 2012 deden samen met R. van der Hulle nog steeds recht overeind.⁵² Mede op basis van de genoemde Luxemburgse en Straatsburgse jurisprudentie bepleiten wij 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. 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 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. 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 staat 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 (hoogste) 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.

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 ten aanzien van een actie uit onrechtmatige rechtspraak in geval van kennelijke schending van EU-recht. Wij staan immers een uniform systeem voor en dan past het om claims terzake van onrechtmatige rechtspraak wegens schending van regels van nationale origine en van het EVRM ten minste volgens dezelfde criteria te behandelen. Ten slotte dient de actie uit onrechtmatige rechtspraak alleen te worden opengesteld tegen een uitspraak van de nationale rechter in hoogste instantie. Voor uitspraken van lagere rechters zouden de reguliere rechtsmiddelen moeten worden benut. Als het echter gaat om een overschrij-

⁵² Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012, p. 251-253.

ding van de redelijke termijn, zou ook al in de procedure voor de lagere rechter schadevergoeding moeten kunnen worden verkregen.

5. Tot slot

In het jaar dat wij 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemonde vieren zou het passen dat de Hoge Raad nu eens eindelijk de handschoen zou oppakken en zijn restrictieve benadering terzake van onrechtmatige rechtspraak, zoals die onafgebroken geldt sinds 1971, zou verlaten. Een dergelijke verruiming zou ook passen in de Luxemburgse en Straatsburgse ontwikkelingen op dit terrein die mede zijn geïnspireerd door ruimere aansprakelijkheidsmogelijkheden in andere Europese landen. Bovendien heeft de Hoge Raad hiertoe al een goede aanzet gedaan in zijn arrest inzake *Greenworld*, waarin hij deze beperkingen in ieder geval over boord heeft gezet in geval van onrechtmatige arbitrage-uitspraken. Voor een stortvloed aan geslaagde aansprakelijkstellingen van de staat hoeft afgaand op de in paragraaf 2 behandelde zaken uit het verleden daarbij overigens niet gevreesd te worden. Slechts een kleine minderheid daarvan komt in de buurt van een mogelijke kennelijke schending. Bovendien zou er van het nieuwe, ruimere aansprakelijkheidsregime een prikkel kunnen uitgaan voor nog zorgvuldigere rechtspraak, zonder dat hoeft te worden gevreesd voor aantasting van de rechtszekerheid van de oorspronkelijke wederpartij(en) nu de procedure uit onrechtmatige rechtspraak de oorspronkelijke uitspraak onaangetast laat. 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 van de rechter die niet via normale rechtsmiddelen kunnen worden geadresseerd.

Het zou gelet op dit alles mooi zijn als de Hoge Raad het voorbeeld van zijn verre voorgangers in Noordwijkerhout/Guldemonde zou volgen en aldus een vernieuwende uitspraak op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht zou doen.

