

11 | Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. van der Hulle ■

1 INLEIDING

De aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor onrechtmatige rechtspraak is nu reeds vier decennia feitelijk vrijwel non-existent. Dit sinds het bekende in 1971 gewezen standaardarrest van de Hoge Raad.¹ Sindsdien hebben zich zowel nationaal (steeds verdergaande overheidsaansprakelijkheid op andere terreinen) als Europees (EVRM, EU) vlak vele nieuwe ontwikkelingen voorgedaan. Alle reden om anno 2012 opnieuw de balans op te maken. In hoeverre snijden de traditioneel tegen overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aangevoerde argumenten nog steeds hout? In welke mate spelen rechtspolitieke overwegingen hierbij een rol? In hoeverre zouden zowel de ontwikkelingen op EU-niveau als in Straatsburg (EVRM) aanleiding moeten vormen om een coulantere houding aan te nemen ten aanzien van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak dan de in 1971 gekozen, zeer restrictieve benadering?

Vooropgesteld moet worden dat onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds schade als gevolg van rechterlijke beslissingen en anderzijds schade als gevolg van rechterlijke bedrijfsfouten. Hierbij moet gedacht worden aan het zoekraken van documenten, het veroorzaken van een verkeersongeval op weg naar een descente of van brand in het Paleis van Justitie door een smeulende sigarettenpeuk in een papiermand te gooien.² Voor wat betreft aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor rechterlijke bedrijfsfouten kan worden

■ Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam. Mr. R. van der Hulle is NWO-promovendus bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

1 HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. Scholten.

2 Deze voorbeelden van rechterlijke bedrijfsfouten zijn door de wetgever gegeven: *Kamerstukken II 1994/95*, 24 220, nr. 3, p. 3 (MvT bij de wijzigingswet Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren). Het kan er ook heftiger aan toe gaan, getuige het voorbeeld van de Texaanse rechter Thompson die in 1974 een onwelkome getuige – letterlijk – met harde hand de zittingszaal uitsloeg, genoemd in E.J.H. Schrage, 'De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten', *RM Themis* 1995, p. 127.

gewezen op artikel 42 lid 1 en 2 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). Artikel 42 lid 1 Wrra bepaalt expliciet dat de Nederlandse staat aansprakelijk kan worden gesteld voor schade als gevolg van rechterlijke bedrijfsfouten. Deze kan vervolgens op grond van artikel 42 lid 2 Wrra de schade die hij heeft moeten vergoeden verhalen op een rechter, indien de bedrijfsfout een gevolg is geweest van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.³ Daarover gaat deze bijdrage echter niet. Deze bijdrage gaat over schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Hierbij verdient opmerking dat uit artikel 42 lid 3 Wrra volgt dat een rechter nooit persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Voor het verhalen van schade als gevolg van een rechterlijke beslissing is een burger daarom aangewezen op de Nederlandse staat.

Deze bijdrage staat daarom in het teken van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen en is als volgt opgebouwd. Eerst wordt de stand van zaken ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak in herinnering gebracht (paragraaf 2), gevolgd door een weergave van de traditionele argumenten voor een uiterst restrictieve aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak (paragraaf 3). Na een bespreking van deze argumenten, buitenlandse ontwikkelingen en voorgestelde alternatieve criteria voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak (ook in paragraaf 3), wordt achtereenvolgens relevante EU-rechtspraak (paragraaf 4) en EHRM-jurisprudentie (paragraaf 5) belicht. Mede op basis daarvan besluit onze bijdrage met een voorstel voor een ruimere aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak (paragraaf 6).

2 DE STAND VAN ZAKEN IN DE NATIONALE RECHTSPRAAK

Een burger kan bij de civiele rechter met een beroep op artikel 6:162 BW de Nederlandse staat aansprakelijk stellen voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing. Centraal staat hierbij de vraag of sprake is van onrechtmatige rechtspraak. Wil de Nederlandse staat uiteindelijk op deze grond aansprakelijk kunnen worden gesteld, dan dient ook aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW te worden voldaan, te weten causaliteit tussen de schade en de onrechtmatige daad, toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad en relativiteit. Daarbij geldt dat met name over het causale

3 Zie over de persoonlijke aansprakelijkheid van een rechter voor bedrijfsfouten verder V.V.R. Van Bogaert, 'Het (on)geschonden vertrouwen in de rechterlijke macht. Over de aansprakelijkheid van rechterlijke ambtenaren', *Trema* 1998/2-3, p. 33-37; J.F.M. Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/20, p. 1212-1218 en B.F. de Jong, 'Drie hoven over fouten van rechters', in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), *Overheid en markt. Bundel aangeboden aan Mr R. Samkalden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 51-63, i.h.b., p. 61-63.

verband tussen de schade en de onrechtmatige daad discussie kan ontstaan.⁴ Benadrukt moet worden dat het bij een onrechtmatige rechtspraakprocedure – een civiele procedure tegen de Nederlandse staat omtrent aansprakelijkheid voor schade als gevolg van onrechtmatige rechtspraak – als gevolg van een rechterlijke beslissing weliswaar gaat om een nieuwe procedure bij de civiele rechter, maar dat het voorwerp van de nieuwe procedure een reeds gewezen rechterlijke beslissing zal zijn die mogelijk niet afkomstig is van de civiele rechter maar bijvoorbeeld van de bestuursrechter.⁵ Aangevoerd zal dan moeten worden dat een reeds gewezen rechterlijke beslissing moet worden beschouwd als onrechtmatige rechtspraak en zodoende als een onrechtmatige daad.

Sinds 1971 geldt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt dat het niet mogelijk is om de Nederlandse staat op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Niettemin heeft de Hoge Raad steeds aangegeven dat een uitzondering op dit uitgangspunt moet worden gemaakt als bij de *voorbereiding* van een rechterlijke beslissing zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kan worden gesproken. Daarnaast mag tegen de rechterlijke beslissing geen gewoon of buitengewoon rechtsmiddel meer openstaan of hebben opengestaan.⁶ Hierbij kan de meer principiële vraag worden gesteld of deze laatste voorwaarde moet worden gezien als een tweede voorwaarde of dat het niet daaraan voldoen met zich brengt dat de schade als gevolg van de rechterlijke beslissing op grond van artikel 6:101 lid 1 BW geheel voor eigen risico van de betrokken justitiabele dient te komen.⁷ Wat het antwoord op deze vraag ook is, de uitkomst van een onrechtmatige rechtspraakprocedure met als voorwerp een rechterlijke beslissing waar nog een gewoon of buitengewoon rechtsmiddel tegen openstaat of open heeft gestaan zal hetzelfde zijn: een justitiabele zal dan geen schadevergoeding kunnen verkrijgen.

In de literatuur is echter naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad van 4 december 2009, waarin het ging om de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters voor schade als gevolg van een arbitragevonnis, de vraag aan

4 Vgl. V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld: over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 227, die minder problemen ziet op dit punt.

5 Door Widdershoven en Ortlep wordt erop gewezen dat hierdoor de verhouding tussen de civiele rechter en de hoogste bestuursrechters onder druk kan komen te staan. Zie R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters' *O&A* 2004/2, p. 45-46.

6 Zie onder meer HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten; HR 17 maart 1978, *NJ* 1979/204, m.nt. Scheltema; HR 8 mei 1987, *NJ* 1988/1016, m.nt. Scheltema; HR 8 januari 1993, *NJ* 1993/558, m.nt. Snijders; HR 19 april 1994, *NJ* 1995/727, m.nt. Brunner en Alkema.

7 Volgens Scholten zou ook als voorwaarde moeten gelden dat het gewone of buitengewone rechtsmiddel had kunnen baten. Zie zijn annotatie onder het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1971: *NJ* 1972/137. Zie ook Van Bogaert 2005, p. 226.

de orde gekomen of deze uitzondering nog wel geldt.⁸ De Hoge Raad overweegt dat (r.o. 3.6):

‘(...) zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheidings)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. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan. Wat de overheidsrechter betreft, geldt hier art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Daaruit volgt (...) dat de betrokken rechterlijke ambtenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak, maar dat indien de Staat terzake met succes zou kunnen worden aangesproken en sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijke ambtenaar wel op hem regres kan worden genomen.’

Heeft de Hoge Raad met deze rechtsoverweging, die dus niet alleen betrekking heeft op arbiters maar ook op (overheids)rechters, een nieuwe uitzondering geïntroduceerd? De nieuwe uitzondering zou dan inhouden dat bij opzet of bewuste roekeloosheid dan wel kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt met betrekking tot een vernietigde rechterlijke beslissing de Nederlandse staat met succes aansprakelijk kan worden gesteld. De crux zit hem in de zin ‘Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan.’ Doelt de Hoge Raad nu op aansprakelijkheid van de Nederlandse staat of op persoonlijke aansprakelijkheid van een rechter? Fernhout en Vranken menen dat de Hoge Raad met genoemde rechtsoverweging doelt op aansprakelijkheid van de Nederlandse staat en betogen om deze reden dat de Hoge Raad in dit arrest een nieuwe uitzondering heeft geïntroduceerd.⁹ Wij menen daarentegen – in navolging van Meijer – dat dit een te voorbarige conclusie is.¹⁰ In de geciteerde rechtsoverweging wordt namelijk niet onomstotelijk duidelijk dat de Hoge Raad doelt op aansprakelijkheid van de Nederlandse staat. Integendeel, de Hoge Raad lijkt juist te doelen op persoonlijke aansprakelijkheid van een rechter, nu hij overweegt dat een rechter niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing (artikel 42 lid 3 Wvra) en vervolgens ingaat op de mogelijkheid voor de Nederlandse staat om regres te nemen op een rechter (artikel 42 lid 2 Wvra). Wat ons betreft moet dan ook worden

8 HR 4 december 2009, L/JN BJ7834, NJ 2011/131, m.nt. Vranken (*Greenwold/Arbiters*).

9 Zie F. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2010/42, p. 2696-2699 en de annotatie van Vranken onder dit arrest van de Hoge Raad: *NJ* 2011/131.

10 R. Meijer, ‘Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?’ *MvV* 2010/2, p. 11-14 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011, nr. 386.

geconcludeerd dat de strenge uitzonderingsgrond van de Hoge Raad uit 1971 nog steeds overeind staat.¹¹

Er is derhalve pas sprake van onrechtmatige rechtspraak indien het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling van een zaak bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing is geschonden. Bovendien mag tegen deze rechterlijke beslissing geen gewoon of buitengewoon rechtsmiddel meer openstaan of opengestaan hebben. Dit criterium betekent dat niet iedere rechtsschending bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing onrechtmatige rechtspraak met zich brengt.¹² Bovendien kan op grond van dit criterium een rechtsschending – ongeacht of het gaat om een schending van nationaal recht, internationaal recht of EU-recht – verband houdend met de *inhoud* van een rechterlijke beslissing niet tot onrechtmatige rechtspraak leiden.¹³ De Hoge Raad heeft tot nu toe alleen onrechtmatige rechtspraak aangenomen bij een schending van het beginsel van hoor en wederhoor en in geval de rechter ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de betrokken justitiabele niet door een raadsman is bijgestaan (zij het dat in dit laatste geval tevens sprake was van een met artikel 5 EVRM strijdige vrijheidsberoving).¹⁴ De Hoge Raad heeft tot op heden een schending van het in artikel 6 EVRM gewaarborgde motiveringsbeginsel dan ook onvoldoende geacht voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.¹⁵ Hetzelfde geldt voor een schending van het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn.¹⁶

Bijzondere vermelding verdienen wel enkele zaken die een nationaal vervolg zijn op een veroordeling door het EHRM. In die zaken lijkt de Hoge Raad iets soepeler om te gaan met het strenge criterium uit 1971. Zo overweegt de Hoge Raad in een zaak van de medeveroordeelden van Kostovski dat op het uitgangspunt van een in kracht van gewijsde gegaan strafvonnis een uitzondering moet worden aanvaard ingeval een uitspraak van het EHRM

-
- 11 Zie voor een recente toepassing van dit criterium Hof 's-Gravenhage 14 september 2010, LJN BN6230. Een versoepeling op een vergelijkbare muurvaste lijn lijkt wel gemaakt te zijn met het *Chipshol*-arrest (HR 19 maart 2010, NJ 2010/172), waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar artikel 6 EVRM zijn restrictieve rechtspraak om een verklaring voor recht te kunnen krijgen verlaat. Zie hierover o.m. G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Preadvieszen Nederlandse vereniging voor Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 36.
 - 12 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.
 - 13 M.H. Wissink en R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties', *VrA* 2004/1, p. 104-107.
 - 14 HR 12 februari 1993, NJ 1993/572, m.nt. Snijders; HR 12 februari 1993, NJ 1993/524, m.nt. Ras. Zie hierover ook P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 154-155.
 - 15 HR 23 juni 1995, NJ 1995/661; HR 25 februari 1988, NJ 1989/3, m.nt. Heemskerck.
 - 16 Smits 2008, p. 255.

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 gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 lid 1 eerste zin EVRM.¹⁷ Een succesvol beroep zou dan inhouden dat dit strafvonnis niet ten uitvoer mag worden gelegd. In een andere zaak claimden door het EHRM reeds in het gelijk gestelde klagers voor de civiele rechter aanvullende schadevergoeding. De Hoge Raad overweegt dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak, aangezien de strafrechtelijke veroordeling in beslissende mate is gebaseerd op bewijsmateriaal dat naar het oordeel van het EHRM in strijd met artikel 6 EVRM is verkregen. In deze onrechtmatige rechtspraakprocedure kunnen de klagers volledige schadevergoeding vorderen, ook nadat het EHRM op grond van artikel 50 EVRM (thans artikel 41 EVRM) reeds een 'billijke genoegdoening' heeft toegekend.¹⁸

In de literatuur wordt wel betoogd dat blijkens de behandelde restrictieve rechtspraak van de Hoge Raad de Nederlandse staat in feite immuun is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁹ Hier komt bij dat de Hoge Raad tegelijkertijd bereid is gebleken om tegen een rechterlijke beslissing een buitenwettelijk rechtsmiddel open te stellen als bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kan worden gesproken.²⁰ Door het openstellen van een buitenwettelijk rechtsmiddel wordt in ieder geval niet aan de voorwaarde voldaan dat tegen de rechterlijke beslissing geen gewoon of buitengewoon rechtsmiddel meer mag openstaan. Hoewel het naar ons oordeel strikt genomen wat te ver gaat om van civielrechtelijke immuniteit te kunnen spreken, kan wel worden vastgesteld dat de drempel voor civielrechtelijke aansprakelijkheid zeer hoog is.

17 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.

18 HR 18 maart 2005, *NJ* 2005/201, m.nt. Alkema (*post-Van Mechelen*). Vgl. Hof 's-Gravenhage 17 juli 1997, *NJK (NJ-kort)* 1997/75 (*Dombo*). Zie over deze rechtspraak uitgebreider Van Bogaert 2005, p. 227-237.

19 S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.P. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraak', in: *Grensverleggend staatsrecht: opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann (Kortmann-bundel)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 213-214; S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest', *NJB* 1993/25, p. 922-924.

20 Zie HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. Wichers Hoeth en Heemskerck; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989/4, m.nt. Heemskerck; HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/3, m.nt. Heemskerck; HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/742, m.nt. Snijders; HR 17 juni 1994, *NJ* 1995/367, m.nt. Snijders. Zie hierover verder S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.P. Kortmann 2001, p. 214; C. van Dijk en C. Drion, 'De rechter moet het rechter maken', *A&V* 1997-2, p. 31; S.C.J.J. Kortmann 1993, p. 922.

3 ARGUMENTEN VOOR EEN UITERST RESTRICTIEVE AANSPRAKELIJKHEID, BUITENLANDSE ONTWIKKELINGEN EN VOORGESTELDE ALTERNATIEVE CRITERIA

Als argument voor de hiervoor behandelde zeer restrictieve civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor schade als gevolg van onrechtmatige rechtspraak, heeft de Hoge Raad een beroep gedaan op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. In de literatuur is dit argument aangevuld met argumenten zoals het gezag van gewijsde van een reeds gewezen rechterlijke beslissing, het feit dat de ene rechter (soms uit een andere kolom en soms ook in een lagere positie) de andere rechter moet gaan beoordelen, het rechtszekerheidsbeginsel, de gedachte dat een procedure eens tot een einde moet komen, de bijzondere positie van de rechter en de gedachte dat procederen voor eigen risico is. Niettemin is veelvuldig betoogd dat deze argumenten onvoldoende zwaarwegend zijn.²¹ Zo kan worden benadrukt dat het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen slechts opgaat voor zover sprake is van een door de wetgever doordacht stelsel en dat hiervan lang niet altijd sprake is. Dit blijkt alleen al uit het feit dat de Hoge Raad, zoals gezegd, bereid is gebleken buitenwettelijke rechtsmiddelen open te stellen. Ook op andere manieren heeft de Hoge Raad ingegrepen in wettelijke regelingen.²² Tegen het argument van het gezag van gewijsde van een reeds gewezen rechterlijke beslissing kan worden aangevoerd dat ondanks een onrechtmatige rechtspraakprocedure de uitkomst van de reeds gewezen en vermeende onrechtmatige rechterlijke beslissing gewoon blijft gelden. De volledige rechtskracht tussen de partijen bij die rechterlijke beslissing blijft behouden en het oorspronkelijke geschil blijft beslecht. Een onrechtmatige rechtspraakprocedure doet hier niets aan af, nu die procedure door andere partijen en niet op basis van dezelfde rechtsgronden zal worden gevoerd. In het verlengde hiervan kan worden aangevoerd dat juist omdat de reeds gewezen en vermeende onrechtmatige rechterlijke beslissing niet wordt aangetast, de rechtszekerheid niet in het geding komt. Verder impliceert de bijzondere positie van de rechter niet dat rechterlijke beslissingen niet voor toetsing in aanmerking kunnen komen en is rechtspraak nog altijd een staatszaak. Tegen het argument dat procederen voor eigen risico is, kan worden aangevoerd dat procederen lang niet altijd

21 Snijders vindt daarentegen het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wel voldoende zwaarwegend om niet-aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen als uitgangspunt te nemen. Zie G. Snijders, 'Onrechtmatige rechtspraak', in: *De landsadvocaat, voor deze: opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 145-151.

22 Hierbij wordt onder meer gewezen op HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*), waarin de Hoge Raad in afwijking van de wettelijke definitie een ruimere definitie van de onrechtmatige daad hanteerde.

op eigen initiatief geschiedt en dat met rechtspraak niet alleen individuele belangen worden gediend, maar in een zekere zin ook een algemeen belang.²³

Aan de andere kant kan wellicht steun voor het criterium van de Hoge Raad worden gevonden in het feit dat in omliggende landen de drempel voor aansprakelijkheid van de staat voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen niet bepaald lager is. Zo is in Frankrijk de staat pas aansprakelijk voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing bij een zeer zware rechtsschending en indien de rechterlijke beslissing geen gezag van gewijsde heeft.²⁴ In Duitsland is het voor aansprakelijkheid van de staat voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing vereist dat de rechter ten aanzien van de rechterlijke beslissing een strafbaar feit heeft begaan en in principe dat tegen de rechterlijke beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat.²⁵ In het Verenigd Koninkrijk is zelfs expliciet immuniteit aan de staat toegekend voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen.²⁶ Daar kan tegenover worden gesteld dat de aansprakelijkheidsdrempel in België iets minder hoog lijkt te zijn. Voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak moet namelijk worden uitgegaan van een normaal en omzichtig magistraat.²⁷

Verschillende auteurs hebben voorgesteld het strenge criterium van de Hoge Raad uit 1971 te versoepelen. Van Bogaert pleit bijvoorbeeld voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak indien een andere, gemiddelde rechter in dezelfde omstandigheden niet hetzelfde zou hebben beslist.²⁸ Van den Brink heeft een vergelijkbaar criterium voorgesteld, te weten dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak als een gemiddeld vakbekwame rechter die

23 S.C.J.J. Kortmann 1991, p. 269-285; V. van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000/15, p. 792-794; Van Dijk en Drion 1997, p. 29-33; 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; 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; Van Bogaert 2005, p. 303-331; A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen: Maklu 1987.

24 B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland*, (diss. Rotterdam), Rotterdam: Sanders Instituut 1998, p. 135.

25 A.W. Jongbloed, *Aansprakelijkheid voor optreden van de rechterlijke macht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 16-25.

26 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 292-293; Jongbloed 1999, p. 25-32.

27 Zie verder over het in België gehanteerde criterium voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak V.V.R. Van Bogaert en E.F. Stamhuis, 'De rechter aangesproken of de Staat verzocht. Een pleidooi voor compensatie van schade tengevolge van rechterlijk optreden', *NJB* 2000/15, p. 799-800; M. Storme, 'De rechterlijke macht', *NJB* 1993/25, p. 917-920; A. van Oevelen, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke fouten in het Belgische recht', *TCR* 1999/1, p. 1-5; S.C.J.J. Kortmann 1993, p. 921-925; Jongbloed 1999, p. 77-92.

28 V.V.R. Van Bogaert, 'Onrechtmatige rechtspraak: een nieuw criterium', *Ars Aequi* 2006/2, p. 109-111. Zie ook Van Bogaert 2005, p. 425-439.

met een gemiddelde zorgvuldigheid te werk gaat niet tot de rechterlijke beslissing had kunnen komen.²⁹ Door S.C.J.J. Kortmann is een vergelijkbaar criterium voorgesteld, namelijk dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak als bij een rechterlijke beslissing niet de juiste zorgvuldigheid is betracht, waarbij als maatstaf de redelijk bekwame rechter dient te gelden.³⁰ Deze voorgestelde criteria hebben met elkaar gemeen dat zij grote gelijkenis vertonen met de hiervoor genoemde in België gehanteerde standaard.

Niettemin kan bij zowel het door Van Bogaert als het door Van den Brink voorgestelde criterium voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak de kanttekening worden geplaatst dat het criterium betrekking lijkt te hebben op de inhoud van een rechterlijke beslissing; simpel gezegd moet bepaald worden of door een bekwame rechter hetzelfde zou zijn beslist, of dat de uitkomst van de rechterlijke beslissing heel vreemd aandoet. Maar telt de voorbereiding van een rechterlijk beslissing volgens hen dan helemaal niet mee? Tevens kan de vraag worden gesteld of bij de drie voorgestelde criteria de drempel voor onrechtmatige rechtspraak nu wel echt zoveel lager zou zijn, aangenomen dat zij die kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad hebben geuit van mening zijn dat de drempel voor onrechtmatige rechtspraak lager moet komen te liggen. De rechtspraak zou dit dan moeten gaan uitwijzen. Wat hier ook van zij, het staat in ieder geval vast dat deze voorgestelde criteria tot op heden niet door de Hoge Raad zijn overgenomen.

4 RELEVANTE ONTWIKKELINGEN OP EU-NIVEAU

Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit voort dat een EU-lidstaat door een burger aansprakelijk kan worden gesteld voor schade als gevolg van een schending van het EU-recht.³¹ In de zaak *Köbler*,³² en later in de zaak *Traghetti*,³³ heeft het Hof van Justitie bevestigd dat deze vaste rechtspraak eveneens geldt voor een schending van het EU-recht door rechterlijke beslissin-

29 V. van den Brink 2000, p. 794-795.

30 S.C.J.J. Kortmann 1993, p. 925.

31 Zie over deze rechtspraak onder meer J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 337-374.

32 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, AB 2003/429, m.nt. Widdershoven, NJ 2004/160, m.nt. Mok. Zie over deze zaak uitgebreider onder meer A.J.C. de Moor-van Vught, 'Köbler-jurisprudentie een bedreiging voor constitutionele rechtspraak?', in: *Getuigend staatsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 203-211; Wissink en Meijer 2004, p. 91-117; Widdershoven en Ortlep 2004, p. 34-36; B.F. de Jong, 'Ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatige rechtspraak: een beknopt overzicht van de rechtspraak', *O&A* 2006/5-6, p. 144-145.

33 HvJ EG 13 juni 2006, nr. C-173/03, AB 2006/248, m.nt. Steyger, NJ 2006/543, m.nt. Mok. Zie over deze zaak uitgebreider R. Ortlep, 'Het arrest *Traghetti* en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTER* 2006/10, p. 227-230.

gen. Andere zaken van het Hof van Justitie waar in dit verband op kan worden gewezen zijn *Kühne & Heitz*³⁴ en *Commissie t. Italië*.³⁵ De zaak *Kühne & Heitz* heeft voor Nederland, kort gezegd, tot gevolg dat een bestuursorgaan onder omstandigheden een besluit dat in strijd is met het EU-recht zal moeten heroverwegen, indien dat besluit toch door een hoogste bestuursrechter in stand is gelaten.³⁶ In de zaak *Commissie t. Italië* ging het om een door de Europese Commissie ingestelde inbreukprocedure en werd Italië door het Hof van Justitie veroordeeld wegens het in strijd met het EU-recht toepassen van een wet door de Italiaanse rechter en het verzuim van de Italiaanse wetgever om de wet aan te passen.³⁷

Uit de zaken *Köbler* en *Traghetti* 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 Hof van Justitie 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.³⁸ Bij de beoordeling of sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing moet volgens het Hof van Justitie rekening worden gehouden met 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.³⁹ Voorts heeft het Hof van Justitie in een recente inbreukprocedure aangegeven dat de Italiaanse wet die (overheids)aansprake-

34 HvJ EG 13 januari 2004, nr. C-453/00, AB 2004/58, m.nt. Widdershoven, *NJ* 2004/125, m.nt. Mok.

35 HvJ EG 9 december 2003, nr. C-129/00, AB 2004/59, m.nt. Widdershoven, *NJ* 2004/582, m.nt. Mok.

36 Zie over deze zaak uitgebreider T. Barkhuysen en H.M. Griffioen, 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie. De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd', *NJB* 2004/41, p. 2132-2140; Widdershoven en Ortlep 2004, p. 36-38.

37 Zie over deze zaak uitgebreider Widdershoven en Ortlep 2004, p. 38-40.

38 Zie r.o. 51 en verder van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Köbler. Zie ook Wissink en Meijer 2004, p. 93-94.

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

lijkheid van rechters voor schade veroorzaakt door een verkeerde uitleg of toepassing van EU-recht beperkt tot gevallen van opzet of grove nalatigheid in strijd met het EU-recht is.⁴⁰

Uit deze voorwaarden volgt dat bij een schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing onrechtmatige rechtspraak moet worden aangenomen zodra sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht. Dit uit de hier besproken rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeiende criterium voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak staat als het ware naast het door de Hoge Raad gehanteerde, strengere (nationale) criterium voor onrechtmatige rechtspraak.⁴¹ Net als de Hoge Raad eist het Hof van Justitie verder dat tegen de rechterlijke beslissing geen rechtsmiddel openstaat en conform de voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW dat sprake is van relativiteit en causaliteit. Benadrukt moet worden dat aan de voorwaarde dat sprake is van een kennelijke schending van het EU-recht door een rechterlijke beslissing niet snel zal zijn voldaan. Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat het vanwege de specifieke aard van de rechterlijke functie en de eisen van de rechtszekerheid moet gaan om uitzonderlijke gevallen. Daarom is de aansprakelijkheidsdrempel zoals gezegd voor rechtspraak ook hoger dan voor wetgeving, besluiten en feitelijk handelen of nalaten.⁴² Er moet de rechter dus een serieus verwijt gemaakt kunnen worden terzake van de schending van EU-recht. Blijkens de zojuist aangehaalde rechtspraak is de drempel echter weer niet zo hoog dat het moet gaan om een opzettelijke schending. Verder valt op dat onder het EU-recht – anders dan in de lijn van de Hoge Raad – naast een schending van procedurele normen een schending van materiële normen van EU-recht tot aansprakelijkheid moet kunnen leiden. Daarbij geldt dat de normschending onder het EU-recht ook niet beperkt is tot fundamentele normen.

5 RELEVANTE ONTWIKKELINGEN IN HET KADER VAN HET EVRM

5.1 Het voorbeeld van de redelijke termijn

Vooropgesteld moet worden dat artikel 13 EVRM (het recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie bij gestelde schending van het EVRM) niet vereist dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen op het nationale niveau

40 HvJ EU 24 november 2011, nr. C-379/10 (Commissie/Italië). Dit betreft het ‘vervolg’ op de prejudiciële uitspraak in de zaak *Traghetti*.

41 R. Meijer, ‘Tien jaar lidstaataansprakelijkheid: een stand van zaken vanuit civielrechtelijk perspectief’, *MvV* 2011/4, p. 106; Widdershoven en Ortlep 2004, p. 45-46; Ortlep 2006, p. 227-230; T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 14-15.

42 Zie r.o. 53 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Köbler en r.o. 42 van de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Traghetti*.

moet worden doorbroken teneinde een beroepsmogelijkheid te creëren tegen de uitspraak van de rechter in hoogste nationale instantie. Dit betekent dat een klager de reguliere rechtsmiddelen op nationaal niveau moet uitputten en vervolgens een klacht in Straatsburg kan indienen.⁴³ Een andere benadering ziet het EHRM niet zitten omdat deze tot een oneindig aantal nationale rechtsmiddelen zou kunnen leiden. Het EHRM heeft tot nu toe één uitzondering op dit uitgangspunt aangenomen, namelijk in geval van overschrijding van de redelijke termijn, maar dan alleen vanwege de (rechtspolitieke) overweging van de eigen – ondragelijke – werklust in dit soort zaken. In de zaak *Kudla* heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat de verdragsstaten op grond van artikel 13 EVRM moeten zorgen voor een effectief nationaal rechtsmiddel tegen een schending van de redelijke termijn.⁴⁴ Hierbij kan het gaan om een preventief instrument, teneinde een (verdere) schending van de redelijke termijn te voorkomen, of om een repressief instrument, waarmee compensatie kan worden verkregen voor een dergelijke schending.⁴⁵ In de zaak *Mifsud t. Frankrijk* heeft het EHRM vervolgens bepaald dat een rechtsmiddel waarmee schadevergoeding kan worden verkregen voldoende effectief is.⁴⁶ Zowel door de hoogste bestuursrechters als door de Hoge Raad in belastingzaken en strafzaken is op deze rechtspraak van het EHRM adequaat gereageerd.⁴⁷ Gebleken is immers dat in bestuursrechtelijke zaken wegens een schending van de redelijke termijn schadevergoeding kan worden verkregen en dat in strafzaken een schending van de redelijke termijn kan leiden tot straf- of boetevermindering. In punitieve belastingzaken kan een schending van de redelijke termijn eveneens tot boetevermindering leiden,⁴⁸ terwijl in niet-punitieve belastingzaken schadevergoeding wegens een schending van de redelijke termijn kan worden verkregen. Als gevolg van de niet-toepasselijkheid van artikel 6 EVRM in niet-punitieve belastingzaken zal dan het rechtszekerheidsbeginsel als grondslag moeten dienen in plaats van de in artikel 6 EVRM gewaarborgde redelijke termijn.⁴⁹ Benadrukt moet worden dat de redelijke termijn niet alleen

43 Zie nader T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998, onder verwijzing naar vaste Straatsburgse jurisprudentie, p. 89-96.

44 EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. Alkema.

45 T. Barkhuysen en A.M.L. Jansen, 'Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht', *NJB* 2002/17, p. 842.

46 EHRM 11 september 2002, EHRC 2002/92, m.nt. Jansen. Zie over deze rechtspraak van het EHRM uitgebreider Barkhuysen en Jansen 2002, p. 841-848; T. Barkhuysen, 'Kudla. Redelijke termijn', in: *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 485-505.

47 Zie voor een uitvoerige bespreking van deze rechtspraak van de hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad Barkhuysen 2009, p. 497-505.

48 In recente rechtspraak van de Hoge Raad is dit bevestigd. Zie HR 16 september 2011, LJN BP8053.

49 HR 10 juni 2011, LJN BO5080, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik. Zie over dit arrest ook B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2011/8, p. 261.

door te trage rechterlijke besluitvorming kan worden geschonden, maar ook door te trage bestuurlijke besluitvorming.

In civiele zaken zal op grond van deze rechtspraak van het EHRM in ieder geval de mogelijkheid moeten bestaan om schadevergoeding te verkrijgen wegens een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing, nu (nog) geen rechtsmiddel openstaat om een (verdere) schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing te voorkomen. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, is het echter voor aansprakelijkheid van de Nederlandse staat op grond van artikel 6:162 BW en daarmee voor het toekennen van schadevergoeding noodzakelijk dat een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing wordt beschouwd als onrechtmatige rechtspraak, maar heeft de Hoge Raad tot op heden een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing onvoldoende geacht voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.⁵⁰ Uit recente lagere rechtspraak vloeit daarentegen voort dat onrechtmatige rechtspraak in beginsel moet worden aangenomen bij een schending van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing, zij het tot nu toe alleen in zaken waarin de Nederlandse staat een van de partijen was. Zo overweegt het gerechtshof in Den Haag in een viertal op 24 februari 2009 gewezen arresten als volgt:⁵¹

‘Het voorgaande is voor het hof aanleiding om, in zoverre in afwijking van zijn eerdere jurisprudentie, te oordelen dat toewijzing van immateriële schadevergoeding bij een substantiële overschrijding van de redelijke termijn in beginsel mogelijk is. Art. 6:106 BW moet in een geval als dit worden toegepast met inachtneming van de rechtstreekse werking hebbende artikelen 6 en 13 EVRM, hetgeen betekent dat immateriële schade wegens spanningen en frustratie over het uitblijven van een definitieve beslissing in een geschil over een burgerlijk recht in beginsel toewijsbaar is. Hetzelfde geldt voor het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde criterium waaraan wordt getoetst of sprake is van onrechtmatige rechtspraak: dat criterium kan in gevallen als deze geen toepassing vinden; art. 6 en art. 13 EVRM brengen mee dat aangenomen moet worden dat een substantiële overschrijding van de redelijke termijn bedoeld in art. 6 EVRM in beginsel een onrechtmatige daad van de Staat oplevert die aanleiding geeft tot toekenning van schadevergoeding. Het hof zal bij de beoordeling van een vordering tot vergoeding van immateriële schade wegens substantiële termijnoverschrijding uitgaan van het weerlegbare

50 Barkhuysen en Jansen 2002, p. 844-848; T. Barkhuysen en B.J. van Ettekoven, ‘De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter’, *NTB* 2009/6, p. 138-139; Van Bogaert 2005, p. 138-139; W. Dijkshoorn, ‘Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?’, *NJB* 2010/21, p. 1346-1351.

51 Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH4212, r.o. 6.5; Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH3856, r.o. 4.8; Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH4213, *JA* 2009/67 (m.nt. Dijkshoorn), r.o. 4.8; Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH4214, *NJ* 2010/55 (m.nt. Alkema), r.o. 3.8.

vermoeden dat een dergelijke termijnoverschrijding spanningen en frustratie oproept die grond opleveren voor vergoeding van immateriële schade.’

In deze rechtsoverweging wordt duidelijk dat naar het oordeel van het gerechtshof het criterium van de Hoge Raad voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatige rechtspraak op grond van het EVRM terzijde moet worden geschoven, indien als gevolg van een rechterlijke beslissing de redelijke termijn substantieel is geschonden. De overweging van het gerechtshof is dat bij een substantiële overschrijding van de redelijke termijn als gevolg van een rechterlijke beslissing in beginsel sprake is van onrechtmatige rechtspraak. Uiteindelijk heeft het gerechtshof in alle vier de arresten vergoeding van (immateriële) schade toegekend wegens een schending van de redelijke termijn. Hoewel bij deze arresten nog wel een aantal kanttekeningen kan worden geplaatst (bijvoorbeeld met betrekking tot de verlangde mate van overschrijding van de redelijke termijn, het weerlegbare vermoeden, het niet verwijzen naar artikel 6:162 BW en de hoogte van de toegekende schadevergoeding), heeft het gerechtshof met het toekennen van schadevergoeding voldaan aan de hier besproken rechtspraak van het EHRM, zij het – het zij herhaald – alleen in zaken waarin de Nederlandse staat partij is.⁵² Afgewacht moet worden of de Hoge Raad deze lijn gaat volgen en, zo ja, of dat ook in zuiver particuliere geschillen het geval zal zijn. Mocht dat niet gebeuren, dan is het zaak dat de wetgever snel acteert nu Nederland in Straatsburg heeft toegezegd op korte termijn in een rechtsmiddel te voorzien ook in dat soort geschillen.⁵³

Overigens is, ondanks het feit dat de hier besproken rechtspraak van het EHRM uitsluitend betrekking heeft op een schending van de redelijke termijn, de vraag gerechtvaardigd in hoeverre hetgeen is bepaald in de hier besproken rechtspraak van het EHRM moet worden doorgetrokken naar een schending van andere in het EVRM gewaarborgde rechten. Waarom zou bijvoorbeeld een ten onrechte gegeven gebrekkige motivering van een rechterlijke beslissing in laatste aanleg – die dus niet meer kan worden verbeterd of aangevuld door een rechterlijke beslissing in hoger beroep – niet tot schadevergoeding kunnen leiden, terwijl een schending van de redelijke termijn wél tot schadevergoeding kan leiden? Nu een gebrekkige motivering evengoed tot spanning en frustratie kan leiden, zouden wij hier in ieder geval geen rechtvaardiging voor kunnen bedenken. Op deze vraag komen wij hierna terug.

52 Zie voor een bespreking van deze kanttekeningen E. van der Veer, *Schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn: rechtsbescherming tegen schending van het beginsel van de redelijke termijn in strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 115-121.

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

5.2 De toegang tot de rechter in het gedrang?

In de literatuur is betoogd dat de terughoudende rechtspraak van de Hoge Raad die in deze bijdrage centraal staat mogelijk in strijd is met het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Zo is aangevoerd dat een burger in zijn algemeenheid het recht heeft om de Nederlandse staat op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen voor schade als gevolg van een rechterlijke beslissing en dat, zoals hiervoor al naar voren is gekomen, de Nederlandse staat door de rechtspraak van de Hoge Raad in feite immuun is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van rechterlijke beslissingen. Hierdoor zou een inbreuk worden gemaakt op het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter en een inbreuk op dit recht is alleen toegestaan als met de inbreuk een legitiem doel wordt nagestreefd en de inbreuk proportioneel is. Betoogd zou kunnen worden dat een dergelijke inbreuk op het recht op toegang tot de rechter niet proportioneel is.⁵⁴

Daar staat echter de hiervoor genoemde vaste EHRM-rechtspraak op grond van artikel 13 juncto 6 EVRM tegenover die een gesloten stelsel van rechtsmiddelen respecteert. Voorts kan nogmaals worden opgemerkt dat strikt genomen de rechtspraak van de Hoge Raad niet neerkomt op civielrechtelijke immuniteit van de Nederlandse staat. De Hoge Raad is immers niet gehouden een buitenwettelijk rechtsmiddel tegen een rechterlijke beslissing open te stellen en bovendien vloeien uit de rechtspraak van de Hoge Raad wel degelijk voorbeelden voort van gevallen waarin sprake is van onrechtmatige rechtspraak. Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het EHRM tot nu toe niet dat de rechtspraak van de Hoge Raad in feite neerkomt op civielrechtelijke immuniteit van de Nederlandse staat en zo ja, dat de inbreuk op het recht op toegang tot de rechter dan niet kan worden gerechtvaardigd. Kortom, onzeker is of de rechtspraak van de Hoge Raad daadwerkelijk in strijd is met het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter.

6 SLOT: NAAR COULANTERE COMPENSATIE BIJ ONRECHTMATIGE RECHTSPRAAK

6.1 Waar staan we en waar moeten we naar toe?

Aan het slot van deze bijdrage gekomen maken we de balans op en bezien of er aanleiding bestaat een andere koers te gaan varen met betrekking tot civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Er zijn verschillende argumenten om nu eindelijk na ruim veertig jaar de uitermate restrictieve jurisprudentie van de Hoge Raad terzake op te geven. Nadat in de loop van de tijd de deur naar iets ruimere aansprakelijkheid voorzichtig

54 S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.P. Kortmann 2001, p. 218-231.

op een kier lijkt te zijn gezet, is een duidelijke openzwaaiende beweging noodzakelijk.

De traditionele argumenten tegen verdergaande aansprakelijkheid zijn veelvuldig gewogen en – volgens ons terecht – te licht bevonden, althans om daarmee de huidige uiterst restrictieve lijn te rechtvaardigen. Met name de klassieke en vaak gehoorde argumenten van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken bieden deze rechtvaardiging niet. Een actie uit onrechtmatige rechtspraak tegen de staat wordt immers in een afzonderlijke procedure gevoerd en doet formeel geen afbreuk aan de oorspronkelijke uitspraak (en de daarin centraal staande rechtsverhouding). De hoofdvraag in de nieuwe, afzonderlijke procedure is of de staat aansprakelijk gehouden kan worden voor schade uit onrechtmatige rechtspraak die is veroorzaakt door schending van rechtsnormen door of vanwege de rechter. Wellicht gaan deze argumenten in zekere zin alleen niet op wanneer de originele procedure tegen de staat zelf was gericht. Maar strikt genomen staat ook dan in de originele procedure een andere rechtsvraag centraal dan in de procedure uit onrechtmatige rechtspraak.

Bovendien noopt zowel EU- als EVRM-jurisprudentie tot een ruimere aansprakelijkheid. De zaak *Köbler* heeft laten zien dat in geval van een kennelijke schending van EU-recht door de hoogste nationale rechter een actie uit onrechtmatige rechtspraak mogelijk moet zijn. Ondanks de strikte voorwaarden die het Hof van Justitie hieraan stelt, gaat het hier om een ruimere aansprakelijkheid dan het restrictieve in 1971 gevestigde regime van de Hoge Raad. Dit zit hem zowel in de gehanteerde aansprakelijkheidsdrempel als in het feit dat de Hoge Raad alleen aansprakelijkheid aanneemt bij schending van procedurele normen, terwijl het Hof van Justitie dat ook doet wanneer de rechter fouten maakt bij de toepassing van materiële normen. Daarbij komt dat deze normen ook geen fundamenteel karakter hoeven te hebben. Ook vanuit Straatsburg staat het strikte stelsel van de Hoge Raad onder druk, nu het EHRM in de hiervoor genoemde zaak *Kudla* op grond van artikel 13 EVRM heeft aangenomen dat bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM ook een rechtsmiddel op nationaal niveau moet openstaan. Deze eis stelt het EHRM alleen niet als het gaat om een schending van andere onderdelen van artikel 6 EVRM. Het EHRM presenteert de *Kudla*-eis ook als een uitzondering op de normale lijn waarin op grond van artikel 13 EVRM in verband met de belangen verbonden aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen er geen rechtsmiddel hoeft te bestaan op nationaal niveau tegen uitspraken van hoogste rechterlijke instanties. Desalniettemin valt er naar ons oordeel iets voor te zeggen om deze eis ook door te trekken naar de andere onderdelen van artikel

6 EVRM en mogelijk ook naar andere (materiële) EVRM-bepalingen.⁵⁵ Dit betekent – kort gezegd – dat wanneer een hoogste nationale rechterlijke instantie zich schuldig maakt aan een schending van een EVRM-bepaling effectieve rechtsbescherming voor een nationale (rechterlijke) instantie zou dienen open te staan.

Tegelijk zou een uitbreiding van de aansprakelijkheid als nadeel hebben dat het risico bestaat op een stortvloed aan procedures tegen de Nederlandse staat met alle problemen van dien. Er is immers ook een serieus belang gemeind met het voorkomen van te veelvuldige aantasting van de rechtszekerheid in abstracto – of de ‘rechtsvrede’ – als gevolg daarvan. Aannemelijk lijkt immers dat partijen bij het ontbreken van een serieuze aansprakelijkheidsdrempel de procedure uit onrechtmatige daad tegen de staat gaan beschouwen als een normaal rechtsmiddel met alle kwalijke gevolgen van dien. Het is dus zaak op zoek te gaan naar een uitbreiding van de aansprakelijkheid en tegelijkertijd dit risico zoveel mogelijk te beperken.

6.2 Contouren van een nieuw aansprakelijkheidsregime

Hoe zou deze ruimere aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak binnen deze parameters vormgegeven moeten worden? In de eerste plaats pleiten wij – met het oog op de rechtseenheid – voor een uniforme regeling, hetgeen wil zeggen dat de aard van de onrechtmatigheid van een rechterlijke beslissing niet moet uitmaken. Het doet er dus niet toe of het gaat om een schending van nationaal recht, het EVRM (dan wel andere mensenrechtenverdragen) of EU-recht. Bovendien dient het niet uit te maken of het gaat om een schending van een procedurele of materiële norm. Ook moet worden losgelaten de eis dat het gaat om schending van ‘fundamentele’ normen en beginselen zoals de Hoge Raad die stelt. Immers het EU-recht stelt deze eis ook niet als gevolg waarvan anders geen uniform systeem tot stand kan worden gebracht (nu voor het EU-recht deze eis sowieso niet kan gelden). Bovendien is het lastig uit te maken welke normen en beginselen al dan niet een voldoende fundamenteel karakter hebben.

Betekent dit nu dat de deur wagenwijd moet worden opengezet, althans net zo ver als in geval van onrechtmatig handelen van andere staatsmachten? Dat zou naar onze mening niet verstandig zijn. Alles afwegende realiseren

55 Zie reeds 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. Hartkamp en Sieburgh noemen als voorbeeld een uitleg van een privaatrechtelijke rechtshandeling door de nationale rechter die volgens het EHRM in strijd komt met artikel 8 en 14 EVRM. Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005/508, m.nt. De Boer (*Pla & Puncernau t. Andorra*); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011, nr. 387.

wij ons dat ieder rechtssysteem onwerkbaar zou worden als er te pas en te onpas naar aanleiding van iedere (hoogste) rechterlijke uitspraak een actie uit onrechtmatige rechtspraak zou openstaan. In die zin is de Köbler-lijn van een 'kennelijke schending' van EU-recht een mooi vertrekpunt. Deze voor de (rechterlijke) schending van EU-recht aangebrachte aansprakelijkheidsdrempel zou naar ons oordeel kunnen worden doorgetrokken naar inbreuken op het EVRM en nationaal recht. Ook bij een schending van nationale of EVRM-normen zou dan het criterium moeten zijn of sprake is van een kennelijke schending. Dat wil zeggen dat de rechter een serieus verwijt moet kunnen worden gemaakt met betrekking tot de rechtsschending.⁵⁶ Wat ons betreft is de daaruit voortvloeiende drempel in ieder geval lager dan de huidige lijn van de Hoge Raad. Ook is duidelijk dat de drempel niet zo hoog mag zijn dat het moet gaan om een opzettelijke schending. In de jurisprudentie zal verder duidelijk moeten worden waar precies de grens ligt. Bij de nadere invulling zal in ieder geval als ondergrens moeten gelden de invulling die het Hof van Justitie geeft. We streven immers naar een uniform systeem en claims mogen op grond van het EU-recht in dat laatste verband wel sneller maar niet minder snel worden gehonoreerd dan het Hof van Justitie wenst.

Bij dit alles moet dan wel aangetekend worden dat bij schending van procedurele normen (zoals een behandeling van een zaak binnen redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM) sneller kan worden aangenomen dat de rechter een verwijt kan worden gemaakt dan ten aanzien van meer materiële normen (bijvoorbeeld de vraag of een rechter in een zaak over omgangsrecht voldoende acht heeft geslagen op de eisen van het door artikel 8 EVRM beschermde 'family life'). Verwijtbaarheid met betrekking tot deze materiële normen is in ieder geval wel aan de orde indien de rechter een duidelijke uitspraak van het EHRM⁵⁷ of andere relevante uitspraak negeert of verzuimt een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen.

Verder volgt, zoals gezegd, uit de Köbler-lijn dat geen onderscheid moet worden gemaakt naar de soort van regel van EU-recht die wordt geschonden. Het hoeft dus niet per se te gaan om een regel van grondrechtelijk of ander fundamenteel belang.⁵⁸ Ons voorstel is om deze differentiatie ook niet te

56 De oplettende lezer ziet goed dat de eerste twee auteurs hun eerder ingenomen standpunt ten aanzien van het EVRM, dat uitblonk door zijn eenvoud, inderdaad nuanceren. Zie T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde: heropening afgesloten zaak of schadeclaim tegen de staat', *NJCM-Bulletin* 1996, p. 987-1005.

57 Bijvoorbeeld in het hypothetische geval dat de Hoge Raad op 24 juni 2011 – anders dan hij daadwerkelijk deed (*LJN BQ2292*) – niet de recente Straatsburgse uitspraak tegen Nederland zou hebben gevolgd waarin het EHRM in een zaak betreffende gesloten jeugdzorg artikel 5 lid 4 EVRM geschonden achtte (EHRM 7 juni 2011, *EHRC* 2011/130, m.nt. Crijns (*S.T.S. t. Nederland*)).

58 Zie Barkhuysen 2006.

maken bij de door ons bepleite uitbreiding van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.

Verder dient de actie alleen te worden opengesteld tegen een uitspraak van de hoogste nationale rechter. Tegen uitspraken van lagere rechters moeten de daarvoor beschikbare normale rechtsmiddelen worden gebruikt. In dat kader kan dan de vermeende schending van rechtsnormen door de lagere rechter aan de orde komen. Voor de redelijke termijn ligt dat genuanceerder in die zin dat bij overschrijding van de redelijke termijn in de procedure voor de lagere rechter, reeds in dat kader compensatie daarvoor zou moeten kunnen worden verkregen.⁵⁹

6.3 Slotsom

Er zijn kortom genoeg uitdagingen aan de orde als het gaat om het vormgeven van een nieuw – coulanter – aansprakelijkheidsregime. De toenmalige minister van Justitie, Donner, bepleitte reeds in 2005 een verruiming van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak ter verwerking van zowel EHRM- als EU-rechtspraak.⁶⁰ Alle reden voor de Nederlandse rechtspraak (en waar nodig de Nederlandse wetgever) om anno 2012 deze handschoen daadwerkelijk op te pakken, waarbij moet worden erkend dat niet geheel buiten het vaarwater van rechtspolitieke afwegingen kan worden gebleven. Wij hopen dat de hiervoor geschetste contouren van het gewenste aansprakelijkheidsregime de noodzakelijke discussie daarover hernieuwd op gang kunnen brengen en sturen. Een en ander zou wat ons betreft wel snel opgepakt moeten worden. De bezwaren tegen het huidige te terughoudende en incoherente stelsel zijn te groot om het op een vijftigste verjaardag van het standaardarrest van de Hoge Raad te laten aankomen.

59 Zie Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, JA 2009/67, m.nt. Dijkshoorn; Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, AB 2011/181, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

60 Zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005: *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 28.

