

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

O&A 2017/35

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

1. Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Europese ontwikkelingen

2.1 Het Unierecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om [op grond van art. 267 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VWEU)] een prejudiciële vraag te stellen.”

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

dienaangaande vaste rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat.¹³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Het EVRM en de invloed van het Handvest Grondrechten EU

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Ontwikkelingen in de nationale rechtspraak

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Naar een geharmoniseerde maatstaf?

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

42 VergelijkvoordierechtspraakT.BarkhuysenenM.L.vanEmmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199, in het bijzonder p. 189 e.v. Zie verder Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111; Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017/71, m.nt. Widdershoven; Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:129; Rb. Den Haag 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386; Rb. Den Haag 3 juni 2015, AB 2016/26, m.nt. Widdershoven; *O&A* 2016/3, m.nt. Meijer; Hof Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1277; Vzr. Rb. Den Haag 5 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6948.

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

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

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

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

4.1 *Onrechtmatige rechtspraak door lagere rechters*

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

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

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

4.2 *Onrechtmatige rechtspraak door hoogste rechters*

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

4.2.1 *Handhaving Jan Luyken-maatstaf*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.4 Institutionele voorziening voor schadevorderingen wegens onrechtmatige rechtspraak?

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

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

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

5. Samenvattende conclusie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisprudentie Bestuursrecht

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

ABRvS

O&A 2017/36

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

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

Nadeelcompensatie: voorzienbaarheid, overeenkomst, kettingbeding

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

Samenvatting

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

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

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

O&A 2017/37

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

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

Planschade: uitwerkingsplan, planologische vergelijking

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

Samenvatting

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