

Rechtsvergelijkend perspectief: staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in de lidstaten

O&A 2017/32

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

1. Ter inleiding: Een roep om Europeanisering

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

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

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

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

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

2 Zie onder veel meer V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 467 e.v.; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. Van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulanter compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 235-253; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond', in: R. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199; J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer, nr. 182; A.L.M. Keirse, 'The Netherlands', in: K. Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 320; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 390.

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

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

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

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

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

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

tijdschrift heb geïllustreerd⁹ en Nederland op het terrein van aansprakelijkheid voor de rechtmatige overheidsdaad – door mij samen met andere collega's – zelfs een voorloper is genoemd.¹⁰ Reden te meer dus om vernoemd beeld te toetsen en dat is precies de insteek van deze bijdrage.

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

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

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

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

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

met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en het beginsel van gezag van gewijsde.¹³ Schade die burgers door rechterlijke fouten lijden, blijft in Nederland aldus in beginsel voor eigen rekening. Deze regel lijdt slechts uitzondering als bij de voorbereiding van de uitspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat niet meer met recht kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak en tegen de uitspraak geen rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan.

Mogelijk heeft de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest van 2009 een nieuwe uitzondering geïntroduceerd,¹⁴ die inhoudt dat de Staat met succes aansprakelijk kan worden gesteld voor een vernietigde rechterlijke beslissing of een beslissing in laatste instantie in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechter dan wel kennelijke grove miskennis door de rechter van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.¹⁵ Hierover wordt evenwel in de literatuur getwist.¹⁶ In de feitenrechtspraak wordt in ieder geval tot op heden vastgehouden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals in 1971 vastgelegd in het arrest *Hotel Jan Luyken*.¹⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Rechtsvergelijkend overzicht

4.1 Toetsing van het in Luxemburg geschetste beeld

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

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

4.2 Uitsluiting van aansprakelijkheid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5 **Impenking van aansprakelijkheid door middel van procedurele drempels**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62 § 839 lid 3 BGB.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

73 Oliphant 2016, p. 774-775.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Tot besluit: Rechtsvergelijkende lessen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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