

# De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de rechter

Rechtsvergelijkende opmerking naar aanleiding van het *Schaarbeek*-arrest

Rolf Ortlep<sup>1</sup>

Volgens het Nederlandse recht dient de schade voor onrechtmatige rechtspraak in beginsel voor de burger te blijven. De criteria voor de toekenning van schadevergoeding op dit punt zijn minder burgervriendelijk dan die het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn *Köbler*-rechtspraak voorschrijft als het gaat om een schending van het Unierecht door de hoogste nationale rechter. In het *Schaarbeek*-arrest van het Grondwettelijk Hof van België is beslist dat vanwege met name het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel ook zonder dat het Unierecht in het geding is rekening moet worden gehouden met de *Köbler*-rechtspraak bij het bepalen of een door een hoogste rechter begane fout een kennelijke schending van het recht vormt.

## 1. Inleiding

Een kleine vijftientig jaar geleden vroeg S.C.J.J. Kortmann in dit blad de aandacht voor het eerste *Anca*-arrest van het Belgische Hof van Cassatie.<sup>2</sup> In dat arrest uit 1991 is geoordeeld dat de Belgische Staat aansprakelijk kan worden gesteld wegens onrechtmatige rechtspraak.<sup>3</sup> De staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak is naar het oordeel van het Belgische Hof van Cassatie alleen mogelijk wanneer de betwiste rechterlijke beslissing 'bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft.' Dit betreft kort gezegd de eis van een voorafgaande uitwissing. Deze eis betekent dat tegen de betwiste rechterlijke beslissing eerst de (gewone en de buitengewone) rechts-

middelen moeten worden aangewend om rechtsherstel te verkrijgen. Is de betwiste rechterlijke beslissing vanwege schending van een gevestigde rechtsnorm niet voorafgaand uitgewist, dan is de vordering blijkens het eerste *Anca*-arrest in de regel niet-ontvankelijk. In het tweede *Anca*-arrest uit 1994 heeft het Belgische Hof van Cassatie die eis bevestigd, zij het niet als een ontvankelijkheidseis maar als een eis voor de gegrondheid van de aansprakelijkheidsvordering.<sup>4</sup>

In het *Schaarbeek*-arrest van het Grondwettelijk Hof van België is de eis van een voorafgaande uitwissing kritisch besproken.<sup>5</sup> In dat licht heeft het Belgische Grondwettelijk Hof beslist dat vanwege met name het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel ook zonder dat het Unierecht in het geding is rekening moet worden gehouden met de *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie

### Auteur

1. Mr. dr. R. Ortlep is als universitair hoofd-docent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de

Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is afgesloten op 25 april 2016.

### Noten

2. S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kantteke-

ningen naar aanleiding van het *Anca*-arrest', *NJB* 1993, afl. 25, p. 921-926.

3. Hof van Cassatie 19 december 1991, *TBBR* 1992, m.nt. Van Oevelen, p. 60-73.

4. Hof van Cassatie 8 december 1994, *R.W.* 1995-96, m.nt. Van Oevelen, p. 180-189.

5. Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, *R.W.* 2014-2015, m.nt. Van Oevelen, p. 1573-1582.

## In het *Schaarbeek*-arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof is er sprake van een spontane harmonisatie van de *Köbler*-rechtspraak

van de Europese Unie.<sup>6</sup> In die rechtspraak is bepaald dat een lidstaat ook aansprakelijk kan zijn indien de schending van het EU-recht voortvloeit uit een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie. Er dient onder meer sprake te zijn van een voldoende gekwalificeerde schending, dat wil zeggen dat het Unierecht kennelijk door de hoogste rechter is geschonden. Hierbij moet 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 artikel 267 VWEU] een prejudiciële vraag te stellen.' In het *Schaarbeek*-arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof is er sprake van een spontane harmonisatie van de *Köbler*-rechtspraak, in de zin van aanpassing van nationale regels aan Unierecht zonder dat daartoe op grond van dat recht een verplichting bestaat. Hoewel er naar aanleiding van het *Schaarbeek*-arrest ten aanzien van het Nederlandse recht meerdere rechtsvergelijkende opmerkingen zijn te maken, wordt hier de focus gelegd op het aspect van de zojuist omschreven spontane harmonisatie.<sup>7</sup>

### 2. Het *Schaarbeek*-arrest

In de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof heeft de gemeente Schaarbeek voor de burgerlijke rechtbank te Brussel een aansprakelijkheidsvordering ingesteld tegen de Belgische Staat om krachtens artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek vergoeding te krijgen voor schade die de gemeente beweert te hebben geleden door een uitspraak van de Belgische Raad van State. Tegen de laatstgenoemde uitspraak kunnen alleen de buitengewone rechtsmiddelen van cassatie, herziening of intrekking worden ingesteld. In het kader van deze zaak heeft de burgerlijke rechtbank aan het Belgische Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen gesteld. Deze vragen zien op de hierboven besproken *Anca*-rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie dat staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak alleen mogelijk is wanneer voldaan is aan de eis van een voorafgaande uitwissing. In de kern vraagt de burgerlijke rechtbank zich af of die eis, als interpretatie van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel van artikel 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 en 13 EVRM.

Het Belgische Grondwettelijk Hof neemt bij de beantwoording van de prejudiciële vragen als vertrekpunt dat uit de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie volgt dat 'de voorwaarde van voorafgaande uitwissing van de in het geding zijnde rechterlijke beslissing ertoe strekt de rechtszekerheid te waarborgen en de coherentie van het jurisdictionele bestel te vrijwaren'. Verder heeft die rechtspraak tot doel 'de inachtneming van het gezag van het gewijsde te waarborgen alsook de verplichtingen op te

leggen de beschikbare rechtsmiddelen uit te putten'. Deze doelstellingen acht het Grondwettelijk Hof op zichzelf legitiem maar bespreekt vervolgens of zij in de rechtspraak van het Hof van Cassatie op een relevante en evenredige wijze worden nagestreefd. Naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof is het feit dat in *alle gevallen* wordt geëist dat een uitspraak van de Raad van State voorafgaand is uitgewist, om de Staat vanwege onrechtmatige rechtspraak aansprakelijk te kunnen stellen, een eis die verder gaat dan noodzakelijk is om de naleving van het beginsel van gezag van gewijsde te waarborgen. Het Hof overweegt verder: 'De handhaving van de voorwaarde van de voorafgaande uitwissing in gevallen waarin (...) geen enkel rechtsmiddel tegen de rechterlijke beslissing doeltreffend was, kan bovendien niet redelijk worden verantwoord door de doelstelling die erin bestaat ervoor te zorgen dat de beschikbare rechtsmiddelen worden uitgeput.'

Vervolgens bespreekt het Grondwettelijk Hof of de hierboven besproken *Anca*-rechtspraak van het Hof van Cassatie een redelijk evenwicht tot stand heeft gebracht tussen het recht van het 'slachtoffer' om toegang tot de rechter te hebben teneinde schadevergoeding te verkrijgen en het vereiste van rechtszekerheid. De noodzaak om dit evenwicht 'te vrijwaren vereist (...) dat de Staat slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie in de uitoefening van haar rechtsprekende functie een voldoende gekwalificeerde schending begaat van de toepasselijke rechtsregels'. Het Grondwettelijk Hof verwijst ter zake, zonder dat het Unierecht in het geding is, naar de hierboven besproken *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Uit oogpunt van de noodzaak om de waarborgen te harmoniseren die zijn toegekend door het EU-recht enerzijds, en het gelijkheidsbeginsel, zoals onder meer is neergelegd in artikel 10 en 11 Gw, anderzijds, oordeelt het Grondwettelijk Hof dat het aan de aansprakelijkheidsrechter is om rekening te houden met alle elementen om 'te bepalen of de door een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie begane fout, buiten de toepassings sfeer van het recht van de Europese Unie, een voldoende gekwalificeerde schending vormt van de toepasselijke rechtsregels'. Op basis van het voorgaande oordeelt het Grondwettelijk Hof uiteindelijk 'dat artikel 1382 van het BW niet verenigbaar is met artikel 10 en 11 van de Grondwet in de interpretatie volgens welke het, zolang de in het geding zijnde rechterlijke beslissing niet is ingetrokken, herroepen, gewijzigd of vernietigd, het niet mogelijk maakt de Staat aansprakelijk te stellen wegens een fout begaan in de uitoefening van haar rechtsprekende functie door een rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan, wanneer die rechterlijke instantie de toepasselijke rechtsregels op voldoende gekwalificeerde wijze heeft geschonden, terwijl die fout, gelet op de beperkte rechtsmiddelen die tegen die beslissing openstaan, het niet mogelijk maakt de vernietiging ervan te verkrijgen'. Daaraan voegt het Grondwettelijk Hof toe dat



© Lightspring / Shutterstock

indien artikel 1382 van het BW evenwel in die zin wordt geïnterpreteerd dat dat artikel niet belet dat de Staat in een dergelijk geval aansprakelijk kan worden gesteld, er geen sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel van artikel 10 en 11 Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 en 13 van het EVRM.

### 3. Het Nederlandse recht

Zoals in de inleiding is opgemerkt, heeft het Grondwettelijk Hof van België in het *Schaarbeek*-arrest de eis van een voorafgaande uitwissing kritisch besproken. In dat licht heeft het beslist dat vanwege met name het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel ook zonder dat het Unierecht in het geding is rekening moet worden gehouden met de *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het gaat hier om spontane harmonisatie van de *Köbler*-rechtspraak, in de zin van aanpassing van nationale regels aan Unierecht zonder dat daartoe op grond van dat recht een verplichting bestaat. Wat betreft het Neder-

landse recht lijkt dit (vooralsnog) een brug te ver.

Zoals wellicht bekend is, heeft de Hoge Raad al sinds eind 1971 de vaste rechtspraak dat de Staat alleen aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak indien voldaan is aan twee criteria. 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 (gewoon of buitengewoon) rechtsmiddel openstaan of hebben opengestaan.<sup>8</sup> In de literatuur is discussie ontstaan of de Hoge Raad in zijn arrest van 4 december 2009 deze criteria heeft verlaten.<sup>9</sup> Die discussie (en de uitzondering op de toepassing van die criteria)<sup>10</sup> laat ik hier rusten en is ook eerder in dit blad aan de orde geweest.<sup>11</sup> Er wordt slechts opgemerkt dat in de lagere rechtspraak na dat arrest van 4 december 2009 er van uit wordt gegaan dat de Hoge Raad niet is teruggekomen

6. HvJ EG 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:513, AB 2003/429, m.nt. Widdershoven. Verder HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva e Brito*), AB 2016/1, m.nt. Ortlep.

7. Een uitvoerige bespreking van dit arrest is te vinden in mijn nog te verschijnen annotatie in het tijdschrift AB 2016/157. Zie verder A. Carton & S. Lierman, 'De toekomst van de Anca-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30

juni 2014', R.W. 2016, p. 763-782; P. Peeters & J. Vanhoenacker, 'Het Grondwettelijk Hof en de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht', in: P. Peeters e.a. (red.), *Liber discipulorum André ALEN*, Brugge: die Keure 2015, p. 359-371.

8. HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. Scholten, AB 1972/27, m.nt. Stellingma. Vergelijk T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldemond', in:

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 265 e.v.

9. HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. Vranken.

10. Bijv. in HR 28 maart 2014, AB 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emme-

rik, NJ 2014/525, m.nt. Van Wijmen en Asser.

11. Vergelijk B. van Schaick, 'Aansprakelijkheid voor (scheidings)rechterlijke fouten', in: G. van Dijk (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik (Vranken-bundel)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107-115; F.J. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', NJB 2010/2191, afl. 42, p. 2696-2699.

op de criteria voor staatsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak, in die zin dat die criteria nog immer in de lagere rechtspraak worden toegepast.<sup>12</sup>

Het is ook de lagere rechtspraak waarin, in lijn met de *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, tot uitdrukking komt dat als het gaat om een kennelijke schending van het Unierecht door een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie, het Nederlandse minder burgervriendelijk systeem voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak vanwege het effectiviteitsbeginsel niet toegepast mag worden.<sup>13</sup> Wat betreft de vraag over het spontaan harmoniseren van de *Köbler*-rechtspraak is voor Nederland de recente uitspraak van de de Rechtbank Den Haag van belang.<sup>14</sup> In die uitspraak is door eiseres aangevoerd dat de hierboven besproken criteria voor staatsaansprakelijk-

## Bij gebrek aan rechtseenheid dient sprake te zijn van een rechtvaardiging en zij komt bij mij op het onderwerp van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak niet voor ogen

heid wegens onrechtmatige rechtspraak te beperkt zijn in het licht van onder meer de *Köbler*-rechtspraak. Voor zover ik kan overzien, is in de uitspraak van de rechtbank het Unierecht niet in geschil. De rechtbank is ook van oordeel dat er onvoldoende grond bestaat voor de door eiseres bepleite analoge toepassing, maar ook indien dit anders zou zijn, zouden de vorderingen van eiseres niet worden toegewezen, aldus de rechtbank. Hoewel er geen sprake is van het spontaan harmoniseren van de *Köbler*-rechtspraak, sluit de rechtbank ter zake de deur niet helemaal dicht door ten overvloede daar op in te gaan.

### 4. Naar een geharmoniseerd criterium?

Een verschil tussen de Nederlandse rechtspraak en de *Köbler*-rechtspraak is dat het volgens de Nederlandse rechtspraak alleen gaat om fundamentele rechtsbeginselen die zouden zijn veronachtzaamd bij de *voorbereiding*

van de betwiste rechterlijke uitspraak, terwijl bij de *Köbler*-rechtspraak ook de inhoud van de betwiste rechterlijke uitspraak tot staatsaansprakelijkheid kan leiden. Met recht kan worden gesteld dat er dienaangaande sprake is van gebrek aan rechtseenheid. In een ander kader heb ik betoogd dat gebrek aan rechtseenheid raakt aan onrechtvaardigheid.<sup>15</sup> Wanneer iemand over het recht verontwaardigd uitroept: 'dat is onrechtvaardig', dan is dat veelal omdat hij vindt dat twee 'gelijke' gevallen met betrekking tot het recht niet gelijk zijn behandeld. In die zin heeft de rechtseenheid een sterker verband met het gelijkheidspostulaat dan met het rechtszekerheidspostulaat van het recht. Een voorwaarde voor de overwinning op het onrechtvaardigheidsgevoel respectievelijk ongelijkheidsgevoel en daarmee consensus over de legitimatie van de uitkomst is dat deze met deugdelijke en geëxpliciteerde argumenten wordt onderbouwd. In die gedachte gaat het bij de omschrijving van het begrip 'rechtseenheid' meer om een karakterisering aan de hand van hetgeen voor rechtseenheid wordt vereist. Gelet daarop kan worden aangehouden dat er geen sprake is van rechtseenheid als een verschil in rechtspraak niet door deugdelijke en geëxpliciteerde argumenten is onderbouwd.

Het voorgaande sluit in dat bij gebrek aan rechtseenheid sprake dient te zijn van een rechtvaardiging en zij komt bij mij op het onderwerp van staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak niet voor ogen. Het is ook juist het ontbreken van een dergelijke rechtvaardiging waardoor het Belgische Grondwettelijk Hof in het *Schaarbeek*-arrest tot het oordeel is gekomen dat ook zonder dat het Unierecht in het geding is rekening moet worden gehouden met de *Köbler*-rechtspraak bij het bepalen of een door een hoogste rechter begane fout een kennelijke schending van het recht vormt. Uit dat oordeel komt naar voren dat het gelet op voornamelijk het gelijkheidsbeginsel onwenselijk is dat het van toepassing zijnde criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak louter afhankelijk is van het antwoord op de vraag welk recht is geschonden.<sup>16</sup> Een dergelijk onderscheid in recht is daarenboven kunstmatig, aangezien de verschillende rechtstelsels (nationaal, EU en EVRM) in toenemende mate met elkaar verstrengeld zijn: schending van het recht van het ene rechtstelsel sluit steeds vaker ook schending van het recht van een ander rechtstelsel in. Mocht de gelegenheid zich voordoen, dan ben ik, gelet op de hier besproken ontwikkelingen, benieuwd of de Hoge Raad zijn uit 1971 afkomstige rechtspraak over staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak (definitief) overeind blijft houden, en zo ja, welke motivering hij daarvoor heeft. ●

<sup>12</sup>. Vergelijk T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik 2015, p. 189 e.v. Zie verder 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; Hof Den Haag 28 april 2015,

ECLI:NL:GHDHA:2015:1277; Rb. (vzr.) Den Haag 5 maart 2010,

ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6948.

<sup>13</sup>. Vergelijk Rb. Den Haag 3 juni 2015, AB 2016/26, m.nt. Widdershoven; Rb. Den Haag 15 april 2014,

ECLI:NL:RBDHA:2014:5228.

<sup>14</sup>. Rb. Den Haag 13 januari 2016,

ECLI:NL:RBDHA:2016:386.

<sup>15</sup>. R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*. VAR-reeks 154, Den Haag: BJu 2015, p. 59-160, in het bijzonder p. 63 e.v.

<sup>16</sup>. Vergelijk T. Barkhuysen & M.L. van

Emmerik 2015, p. 198-199. Verder R. Ortlep, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTER* 2006, p. 227-230; T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006.