



* Universitair docent burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Inleiding

In november 2023 verdedigde ik mijn proefschrift over de historische ontwikkeling van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.¹⁾ Dit artikel gaat in op een aspect van aansprakelijkheid voor rechtspraak dat in het proefschrift kort aan de orde is gekomen: het onderscheid tussen schade die rechters kunnen veroorzaken door bedrijfsfouten en schade die het gevolg is van een rechterlijke uitspraak.²⁾

Rechtspraak valt in beginsel buiten de sfeer van aansprakelijkheid.³⁾ Specifieke, strenge criteria gelden om vast te stellen of rechtspraak onrechtmatig is. Deze komen erop neer dat een daad van rechtspraak niet snel onrechtmatig geacht wordt.⁴⁾ De criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak zijn echter niet van toepassing op alles wat een rechter doet. Voor zogenaamde bedrijfsfouten gelden zij niet. Voorbeelden van bedrijfsfouten zijn het zoekmaken van stukken, het veroorzaken van een verkeersongeval op weg naar een descente of het werpen van een smeulende peuk in een papiermand waardoor brand in het Paleis van Justitie ontstaat.⁵⁾

1. M.W.J. Reijntjes, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Een rechts-historisch en -vergelijkend onderzoek* (diss. Groningen 2023).
2. In mijn proefschrift in de context van hoofdstuk 5, nr. 565 e.v.
3. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 220, nr. 3 (MvT), §4, p. 5. Hoewel daarover anders gedacht kan worden, lijkt dit voortsnog een passende stelling voor het huidige Nederlandse recht. Zie hoofdstuk 5 van mijn proefschrift voor ideeën over rechtspraak als onrechtmatige daad.
4. Op de specifieke criteria zal ik in dit artikel verder niet ingaan. Twijfel is mogelijk over welke criteria thans in Nederland aangehouden worden. Zie daarover in mijn proefschrift nr. 406 e.v.
5. Voorbeelden uit de memorie van toelichting bij artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren: *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 220, nr. 3 (MvT), p. 3.

bedrijfsfouten in de matige rechtspraak

Dit artikel behandelt de grens tussen enerzijds de bedrijfsfout in de rechtspraak en anderzijds onrechtmatige rechtspraak. De vraag is hoe voor aansprakelijkheidsdoeleinden onderscheiden wordt tussen handelingen die als bedrijfsfout kwalificeren en handelingen die 'rechtspraak' zijn. In geval van een vermeende inhoudelijke fout in een vonnis zal duidelijk zijn dat daarop de onrechtmatige rechtspraak-criteria van toepassing zijn. Moeilijker wordt het als een rechter bijvoorbeeld een processtuk in een verkeerd dossier stopt met een onjuist vonnis als gevolg⁶), of als een rechter de intrekking van een hoger beroep over het hoofd ziet⁷), of als een rechter de processtukken kennelijk verkeerd leest en daardoor evident een oordeel geeft op verkeerde gronden.⁸)

Dit artikel neemt het voorbeeld van zoekgeraakte processtukken als uitgangspunt. Het zoekmaken van processtukken is zowel door de minister van Justitie als door de Hoge Raad een bedrijfsfout genoemd, maar het is ook een fout die tot een verkeerd vonnis kan leiden. Daardoor kan de vraag opkomen welk aansprakelijkheids criterium in een dergelijk geval toegepast moet worden: de 'gewone' criteria van de onrechtmatige daad, de criteria voor onrechtmatige rechtspraak, of wellicht allebei.

Verschillende perspectieven worden besproken: een onderscheid tussen rechtsprekende handelingen en niet-rechtsprekende handelingen, een onderscheid dat vraagt naar het verband tussen de betreffende fout en de rechterlijke taak, een perspectief dat uitgaat van de vraag of een handeling werd uitgevoerd in de uitoefening van het ambt en tot slot het idee van de *judicial act* uit de *common law*.

Voorgesteld wordt dat het toepassingsgebied van de criteria voor aansprakelijkheid van onrechtmatige rechtspraak niet verder opgerekt moet worden dan noodzakelijk is. Met de Hoge Raad kan worden aanvaard dat niet alle handelingen die een rechter verricht in het proces van rechtspraak voldoende verband houden met de rechtsprekende taak om die criteria erop toe te passen. De grens kan worden bepaald door te vragen of de betreffende fout ook door een ander dan de rechter gemaakt had kunnen worden.⁹)

2. Twee perspectieven uit het Qnow-arrest

In 2016 wees de Hoge Raad het Qnow-arrest.¹⁰) De casus was als volgt. Een arbitraal

vonnis was aan partijen verstuurd zonder de vereiste handtekeningen van alle arbiters. Alleen de voorzitter had getekend. Naar de wetgeving van toen was dit gebrek niet te herstellen.¹¹) Het arbitrale vonnis werd vernietigd. Door verjaring was een deel van de betreffende claim daarna verloren. Qnow vorderde schadevergoeding van de betreffende arbiter. De vraag is naar welke criteria de fout van deze arbiter beoordeeld moet worden: de onrechtmatige rechtspraak-criteria voor arbiters, die de Hoge Raad had geformuleerd in het eerdere Greenworld-arrest¹²), of de 'gewone' aansprakelijkheids-criteria voor bedrijfsfouten?

De advocaat-generaal en de Hoge Raad hebben daarover verschillende opvattingen. Deze zijn ook voor overheidsrechtspraak interessant, omdat de Hoge Raad in het Greenworld-arrest al een koppeling maakte tussen de aansprakelijkheid van arbiters en de aansprakelijkheid van overheidsrechters.¹³)

Rechtsprekende daden en niet-rechtsprekende daden

Advocaat-generaal Rank-Berenschot kwalificeerde de fout van de betreffende arbiter als bedrijfsfout. In haar conclusie bij het Qnow-arrest schrijft zij:

'2.13 Het eerste onderdeel van het middel werpt de vraag op of de maatstaf van het Greenworld-arrest ook betrekking heeft op de aansprakelijkheid van arbiters voor handelingen die niet (rechtstreeks) hun '(scheids)rechtsprekende' taak betreffen. Naar mijn mening moet het antwoord op die vraag ontkennend luiden. Ik zal hieronder toelichten dat de Greenworld-maatstaf naar mijn mening uitsluitend

Bij een vermeende inhoudelijke fout in een vonnis zijn de onrechtmatige rechtspraak-criteria van toepassing.

6. Ik ken geen voorbeeld van een rechter bij wie dit mis is gegaan, wel van gerechten waar dit is gebeurd, zie Rb. Zeeland-West-Brabant 24 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6722 en Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1720.
7. Ook dit is een voorbeeld niet van een rechter, maar van een gerecht waar dit verkeerd ging. Zie HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:336.
8. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 30 november 2009, ECLI:NL:GHEE:2009:BL3560 en Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2014:375, bij HR 5 september 2014, nr. 54.
9. Buiten beschouwing blijft welke omstandigheden nog meer van invloed zijn op de vraag of de benadeelde schadevergoeding kan krijgen. Zo wil de enkele constatering dat er in de rechtspraak een fout is gemaakt nog niet zeggen dat er uiteindelijk ook relevante schade wordt geleden, dat die schade is ontstaan door de betreffende fout of dat de benadeelde niet zelf een verantwoordelijkheid heeft om die schade te voorkomen of te herstellen.
10. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. Vranken, JOR 2016/324, m.nt. Kortmann en Ernste (Qnow).
11. Artikel 1065a Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering maakt thans mogelijk dit gebrek te herstellen.
12. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken; JBPR 2010/6, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; JOR 2010/175, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Greenworld).
13. Via artikel 42 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, dat de aansprakelijkheid van rechters regelt.

De Hoge Raad maakt onderscheid tussen rechterlijke en niet-rechterlijke handelingen.

geldt voor rechtsprekende handelingen in enge zin, die een inhoudelijke beoordeling behelzen [...].¹⁴⁾

De A-G onderbouwt haar stelling met, samengevat, de volgende argumenten:¹⁵⁾

- De overwegingen van de Hoge Raad in Greenworld laten zien dat de ratio van beperkte aansprakelijkheid is gelegen in de rechterlijke beoordelingsvrijheid;
- In de literatuur wordt rechtsprekend handelen onderscheiden van niet-rechtsprekend handelen;
- In de literatuur is de opvatting te vinden dat arbiters aansprakelijk zijn als zij niet voldoen aan hun plicht om het betreffende vonnis tijdig te versturen en te deponeren (als voorbeeld van niet-rechtsprekend handelen);
- De rechtspraak van de Hoge Raad inzake het overschrijden van de redelijke termijn voor het wijzen van een vonnis refereert niet aan de criteria voor onrechtmatige rechtspraak. Volgens de A-G is dat vermoedelijk omdat de Staat niet aangesproken wordt vanwege een inhoudelijk onjuiste beoordeling door de betreffende rechters.

Vervolgens noemt de A-G artikel 42 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). Dit artikel regelt de aansprakelijkheid van rechters. Daarbij wordt onderscheiden tussen schade die voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak en andere schade.¹⁶⁾ Onderscheid tussen rechtsprekend en niet-rechtsprekend handelen lijkt daarom ook voor arbiters passend, aldus de AG, onder meer om te voorkomen dat arbiters minder snel aansprakelijk zijn dan overheidsrechters. Zij merkt daarbij op dat niet helemaal duidelijk is welke handelingen onder de in lid 1 van artikel 42 Wrra bedoelde bedrijfsfouten vallen, maar dat in ieder geval duidelijk is dat lid 1 geldt voor niet-rechtsprekende handelingen.¹⁷⁾

Verband met de rechterlijke taak

In tegenstelling tot de conclusie acht de Hoge Raad het ontbreken van de voor het arbitrale vonnis vereiste handtekeningen geen bedrijfsfout. De betreffende overweging in het arrest luidt:

‘Opmerking verdient dat een fout als de onderhavige dient te worden onderscheiden van de ‘bedrijfsfouten’ vermeld in de toelichting op de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [...]. De laatstgenoemde fouten – zoals het zoekmaken van stukken – kunnen niet leiden tot vernietiging van een (arbitraal) vonnis en staan ook overigens in onvoldoende verband met de rechterlijke taak om daartoe te worden gerekend. Voor dergelijke fouten geldt de maatstaf van het Greenworld-arrest dan ook niet.’¹⁸⁾

Er is ‘geen grond om de maatstaf van [Greenworld] te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden.’¹⁹⁾ De Hoge Raad herinnert eraan dat al in Greenworld is gezinspeeld op toepassing van de Greenworld-criteria na vernietiging van arbitrale uitspraken vanwege processuele fouten, en acht het niet-ontbreken van het vonnis een dergelijke fout.²⁰⁾ Vervolgens wordt overwogen:

‘Er is geen grond om in dit verband een onderscheid te maken tussen enerzijds processuele fouten – of bepaalde processuele fouten – en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak. Ook bij de inhoudelijke beoordeling kunnen immers fouten worden gemaakt die geen verband houden met beoordelingsvrijheid, maar in meerdere of mindere mate kunnen worden gekwalificeerd als mislagen of omissies.’²¹⁾

De Hoge Raad oordeelt dat alle fouten die samenhangen met de rechterlijke taak onder de Greenworld-maatstaf vallen.²²⁾ Waar de A-G onderscheidt tussen de rechtsprekende taak en de niet-rechtsprekende taak, onderscheidt de Hoge Raad als het ware tussen rechterlijke en niet-rechterlijke handelingen. Blijkens Qnow omvat de rechterlijke taak meer dan rechtsprekend handelen in enge zin. Processuele handelingen zijn in elk geval ook rechterlijke handelingen. De rechterlijke taak omvat echter blijkbaar niet het feitelijk beheren van het dossier. De Hoge Raad noemt immers expliciet het zoekmaken van stukken als voorbeeld van een bedrijfsfout.²³⁾

3. Wat behoort tot de rechterlijke taak

Gegeven dat de Hoge Raad het zoekmaken van processtukken ogenschijnlijk zonder voorbehoud als bedrijfsfout kwalificeert, zou het door de Hoge Raad beoogde onderscheid mogelijk getoetst kunnen worden door te vragen of de betreffende fout ook gemaakt kon worden door iemand anders dan de rechter. Het lezen van de processtukken, het volgen van procedures en het schrijven van een vonnis zijn werkzaamheden die alleen de rechter kan doen, of laten doen. Het kwijtraken van processtukken zou de rechter kunnen overkomen, maar is niet voorbehouden aan de rechter. Een dergelijke toets voorkomt dat bijvoorbeeld het kwijtraken van stukken op de griffie andere gevolgen heeft dan het kwijtraken van stukken door de rechter. Gesteld kan worden dat een fout een bedrijfsfout is als zij verhindert dat de rechter zijn rechtsprekende taak kan uitvoeren, bijvoorbeeld doordat een processtuk ontbreekt. Het maakt dan niet uit of de rechter zelf verhindert dat hij zijn rechterlijke taak kan uitvoeren, of dat iemand anders dit doet.

14. Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2016:472, bij HR 30 september 2016, NJ 2017/141.

15. Onderdelen 2.14 tot en met 2.18 van de conclusie.

16. De relevante artikelen luiden als volgt: (1) Voor schade die een rechterlijk ambtenaar [...] bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, is jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk. (2) Voor schade als bedoeld in het eerste lid en voor schade die hij bij de vervulling van zijn ambt aan de Staat toebrengt, is een rechterlijk ambtenaar [...] jegens de Staat niet aansprakelijk, behalve voor zover de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. (3) Voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak is een rechterlijk ambtenaar niet aansprakelijk. Voor meer over dit artikel en de manier waarop de Hoge Raad het lijkt uit te leggen, zie nrs. 401 e.v., 459 e.v. van mijn proefschrift.

17. Onderdeel 2.18.

18. R.o. 3.4.4.

19. R.o. 3.4.3.

20. R.o. 3.4.4.

21. R.o. 3.4.3.

22. R.o. 3.4.3.

23. Dat de Hoge Raad dit voorbeeld noemt is niet zo vreemd, want de Hoge Raad steunt in de Greenworld- en Qnow-arresten op artikel 42 Wrra. In de totstandkomingsgeschiedenis daarvan is het kwijtraken van stukken genoemd als voorbeeld van een bedrijfsfout.

Als voorbeeld van deze benadering kan de volgende uitspraak dienen. Het Hof 's-Hertogenbosch verklaarde iemand failliet terwijl het daaraan ten grondslag liggende verzoek een dag eerder was ingetrokken.²⁴⁾ De betreffende fax was wel op de griffie aangekomen, maar had de rechters niet bereikt. Dit was geen fout van de rechters, laat staan een fout die alleen de rechter had kunnen maken. De fout is daarom een bedrijfsfout. Dat blijft zo als het wél een van de rechters was geweest die, om maar wat te noemen, de fax van de griffie had opgehaald, maar deze op de weg terug was kwijtgeraakt. Ook als het toevallig een rechter is die deze taak uitvoert, zijn de criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak hierop niet van toepassing. Ervoor zorgen dat een fax van de griffie bij de kamer aankomt is immers niet een handeling die is voorbehouden aan de rechter. Als de fax de kamer wel had bereikt, maar vervolgens over het hoofd was gezien, dan zou die fout mijns inziens beoordeeld dienen te worden op grond van de criteria van onrechtmatige rechtspraak. Het geven van een gevolg aan de betreffende fax is een taak die een verantwoordelijkheid is van alleen de rechter.

4. Het probleem van de bedrijfsfout die doorwerkt in een rechterlijke uitspraak

De Hoge Raad acht het zoekmaken van stukken een bedrijfsfout, omdat deze fout onvolgende in verband staat met de rechterlijke taak. Dit sluit niet uit dat het kwijtraken van stukken ook onrechtmatige rechtspraak tot gevolg kan hebben als deze fout doorwerkt in het oordeel. Denkbaar is dat de (scheids) rechter die documenten zoekmaakt in de omstandigheden van het geval grof plichtsverzuim verweten kan worden. Op basis van het Greenworld-arrest kan dat in elk geval voor arbiters aansprakelijkheid meebrengen. Ook is denkbaar dat door de ontbrekende stukken de rechtsgang geacht wordt in strijd te zijn met de fundamentele beginselen van een eerlijk proces.²⁵⁾

In hoeverre potentieel naast elkaar schadevergoeding verkregen kan worden vanwege enerzijds de bedrijfsfout en anderzijds de resulterende onrechtmatige uitspraak, zal mijns inziens afhangen van de omstandigheden van het geval. Zit de schade vooral in het verkeerde vonnis, dan zullen er in het algemeen rechtsmiddelen beschikbaar zijn om schade te herstellen of voorkomen. Er zal dan naar verwachting weinig meer te verdienen zijn vanwege de bedrijfsfout. Als er schade is die niet via een rechtsmiddel valt te herstellen, dan is het van groter belang of iemand naast de inzet van rechtsmiddelen de mogelijkheid heeft om schadevergoeding te vorderen vanwege de bedrijfsfout die tot

het verkeerde oordeel heeft geleid. De Staat zou dan aansprakelijk kunnen zijn voor de (rest)schade.

In het voorbeeld van het Hof 's-Hertogenbosch dat een faillietverklaring had uitgesproken hoewel het verzoek daartoe al was ingetrokken, werd in cassatie gevraagd om de Staat te veroordelen tot het betalen van de proceskosten in cassatie. Het cassatieberoep was immers nodig door een apparaatsfout bij het hof. Omdat de Staat geen partij bij deze procedure was, oordeelde de Hoge Raad dat de Staat niet tot een vergoeding veroordeeld kon worden. De benadeelde zou ter zake een aparte procedure moeten aanspannen.²⁶⁾ De Hoge Raad en de advocaat-generaal zijn niet vooruitgelopen op de kans dat zo'n nieuwe procedure iets oplevert. Aangezien bij de totstandkoming van artikel 42 Wraa is gesproken over de mogelijkheid dat een rechter een bedrijfsfout begaat en daardoor de Staat aansprakelijk maakt, lijkt het niet denkbeeldig dat de Staat ook in dit geval van een bedrijfsfout bij de griffie veroordeeld zou kunnen worden tot schadevergoeding.

Doet een vergelijkbare misser zich voor in de inhoudelijke behandeling van een zaak, dan heeft de benadeelde zeer waarschijnlijk geen kans op vergoeding van die schade. Een voorbeeld is een zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof had een email per abuis aangezien voor een bericht dat tussen partijen was verstuurd, terwijl het om een interne email ging. In het daaropvolgende cassatieproces maakt advocaat-generaal Spier de volgende opmerking:

'Ik kom dan op een heikel punt. Vergissingen zijn menselijk, maar feit blijft dat 's Hofs arrest een oplossing in de onderhavige zaak m.i. geen stap verder heeft gebracht. Niet geheel zonder aarzeling zou ik er daarom voor willen pleiten dat Uw Raad verstaat dat voor de behandeling bij het verwijzingshof geen griffierecht in rekening mag worden gebracht. [...] Rechtspraak is en blijft mensenwerk. Dat heeft grote voordelen, al was het maar omdat mensen problemen anders benaderen dan machines. Maar zoals bij alle mensenwerk: er gaat soms wat mis. Het is verre van mij het Hof daarover hard te vallen. Maar het is in mijn ogen toch niet bevredigend om partijen de volledige rekening te presenteren van een rechterlijk product waarmee hun zaak in het geheel niet verder is gekomen.'²⁷⁾

Op dit voorstel is de Hoge Raad niet teruggekomen. Er is mijns inziens op grond van de huidige leer van de onrechtmatige rechtspraak ook geen kans dat in dit geval een vergoeding toegekend zou worden.

Kwijtraken van stukken kan ook onrechtmatige rechtspraak tot gevolg hebben.

24. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:336.

25. Zie ter vergelijking: Hof Leeuwarden 30 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BL3560, waar een kantonrechter een administratieve verkeersboete had opgelegd voor rijden door rood licht terwijl het bij hem dienende beroep ging om een snelheids-overtreding. Het hof doorbreekt het appelverbod vanwege schending van fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging. Dit ging, veronderstel ik, over het verkeerd lezen van de processtukken, maar zou mijns inziens ook voor een geval van zoekgemaakte processtukken kunnen gelden.

26. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:336, r.o. 3.4.

27. Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2014:375, bij HR 5 september 2014, nr. 5.4.

5. Andere benaderingen voor het onderscheid tussen bedrijfsfouten en onrechtmatige rechtspraak

Beide voorbeelden zijn eenvoudige missers in de rechtspraak die leiden tot een verkeerd vonnis. Het ene voorbeeld is toevallig een bedrijfsfout, het andere niet. Daardoor kan potentieel in het ene geval wel vergoeding verkregen worden voor de kosten om de fout te repareren en in het andere niet, terwijl het fouten van gelijke aard zijn. Ook is het bij dit soort bedrijfsfouten die tot verkeerde vonnissen leiden de vraag of het logisch is om te zeggen dat zij onvoldoende in verband staan met de rechterlijke taak. Tot slot heeft de kwalificatie van een rechterlijke fout als bedrijfsfout op grond van artikel 42 Wvra gevolgen voor de potentiële persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter. In geval van aansprakelijkheid voor een bedrijfsfout kan de Staat onder voorwaarden regres nemen op de betreffende rechter. Bij aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van een rechterlijke uitspraak kan dat niet, al lijkt de Hoge Raad daar mogelijk anders over te denken.²⁸⁾ Hoewel er met betrekking tot de bijzondere criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak ergens grenzen moeten zijn, wringen deze aspecten van de bedrijfsfout die doorwerkt in een rechterlijke uitspraak toch. Verschillende denkrichtingen voor een andere benadering zijn mogelijk.

De eerste richting zou zijn om een aparte aansprakelijkheidsregel te vormen voor evidente fouten in de rechtspraak, ongeacht of dat bedrijfsfouten zijn of fouten in de uitvoering van de rechterlijke taak. Een dergelijk criterium valt mijns inziens vooralsnog niet te verwachten, al is het maar omdat het woord 'evident' niettegenstaande de betekenis daarvan in de praktijk naar verwachting toch tot discussie zal leiden en daardoor onvoldoende hanteerbaar is om het gewenste doel te bereiken.

De tweede richting is om het criterium dat de Hoge Raad aanlegt ruimer uit te leggen. Het lijkt niet altijd vanzelfsprekend dat het feitelijk beheren van een procesdossier onvoldoende verband heeft met de rechterlijke taak. De rechter kan immers zijn werk niet doen zonder het dossier in handen te hebben. De ontvangst, de verwerking en het beheer van de dossierstukken is een integraal onderdeel van het proces van rechtspraak. Hoewel de Hoge Raad geen voorbeeld noemt, is het zoekmaken van stukken slechts een voorbeeld in een overweging van de Hoge Raad. Het blijft denkbaar dat de Hoge Raad daarbij niet het oog had op gevallen die een onjuiste uitspraak tot gevolg hebben.

Een indicatie van een dergelijke ruimere uit-

leg is te vinden in een arrest van het Hof Den Haag van 18 juli 2017 over aansprakelijkheid van een officier van justitie, waarin het hof overweegt:

'In zijn arrest van 4 december 2009 [Greenworld, MWJR], dat betrekking had op de aansprakelijkheid van arbiters, heeft de Hoge Raad bevestigd dat [...] uit artikel 42 Wvra volgt dat een rechterlijk ambtenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak. Gelet op de tekst van het artikel, de parlementaire toelichting, waarin mede wordt gesproken over "bedrijfsfouten", en de door de wetgever gegeven ratio van het artikel, moet naar het oordeel van het hof worden aangenomen dat dit geldt voor *alle in de vervulling van het ambt verrichte handelingen*.'²⁹⁾ [cursivering MWJR]

Het hof wijkt daarmee mogelijk af van de opvatting van de Hoge Raad, aangenomen dat de Hoge Raad bedoelt dat niet alle handelingen die rechters in de vervulling van hun ambt verrichten voldoende verband houden met de rechterlijke taak om daarop de criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak toe te passen. Met de uitleg van het hof zouden mijns inziens ook op het zoekmaken van processtukken de criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak van toepassing zijn, voor zover dat is gebeurd doordat een rechter het dossier onder zich heeft in het kader van de vervulling van zijn ambt.³⁰⁾

De 'judicial act' in de common law

Een vergelijkbare opvatting als die van het Hof Den Haag is te vinden in de *common law*-stelsels van bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Naar *common law* genieten rechters immuniteit voor aansprakelijkheid voor al hun *judicial acts*. Een *judicial act* kan worden omschreven met de woorden die ook het Hof Den Haag gebruikt: de in de vervulling van het rechtersambt verrichte handelingen.³¹⁾ Daarnaast hebben bijvoorbeeld Amerikaanse griffiers dezelfde immuniteit voor aansprakelijkheid als rechters, voor zover zij taken uitvoeren die een integraal onderdeel zijn van het proces van rechtspraak.³²⁾ Naar *common law* lijkt aannemelijk dat een rechter die een verkeerd vonnis wijst doordat hij een processtuk is kwijtgeraakt nog steeds *judicial immunity* geniet, ook al is het kwijtraken van processtukken niet aan rechters voorbehouden. Het feit dat griffiers ook een afgeleide vorm van *judicial immunity* genieten voor onder meer dit soort gevallen ondersteunt die opvatting. Bovendien wordt sterk geabstraheerd van de feiten als het aankomt op de vraag wat precies de handeling is die beoordeeld dient te worden. Een voorbeeld uit de Amerikaanse rechtspraak is een rechter die als onderdeel

28. De manier waarop de Hoge Raad artikel 42 Wvra betreft in zijn overwegingen in het Greenworld-arrest houdt in dat de Staat ook in het geval dat de Staat met succes aansprakelijk gesteld wordt vanwege onrechtmatige rechtspraak, regres kan nemen op de rechter in geval van boos opzet, bewuste roekeloosheid en mogelijk 'kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. Die overweging lijkt niet in overeenstemming te zijn met de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van artikel 42 Wvra en heeft daarom geleid tot kritiek in de literatuur: D.M.A. bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (MSR nr. 67), Deventer: Kluwer 2015, 6.7.31; F.J. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010-42, p. 2696-2699, onder 4; Asser *Procesrecht*/Giesen 1 2015/130; R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-2, p. 11-14, onder 4; Asser/*Sieburgh* 6-IV 2019/386a; P.J.L. Tjittes, annotatie bij: HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, *JBPR* 2010/6, nr. 8; J.B.M. Vranken, annotatie bij: HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, *NJ* 2011/131 (Greenworld), nrs. 9-10. Zie ook mijn proefschrift, nr. 459 e.v.

29. Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2033, r.o. 15.

30. Daarentegen zou ook gesteld kunnen worden dat handelingen die onvoldoende verband houden met de rechterlijke taak niet werkelijk handelingen 'in de vervulling van het ambt' zijn, om zo weer op hetzelfde spoor te komen als de Hoge Raad lijkt te hanteren.

31. Zie hierover in mijn proefschrift nr. 249 e.v. De context in de *common law* is anders dan in Nederland. Er is geen staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak; rechters zijn in persoon aansprakelijk (voor zover hun immuniteit niet zou gelden). Ook doet boos opzet de immuniteit in beginsel niet vervallen. Rechters worden niet beschermd voor alle handelingen die ze in hun werk verrichten. Het moeten handelingen zijn met een 'judicial' karakter, dus bijvoorbeeld niet het ontslaan van een medewerker. Ook is er geen immuniteit bij een kennelijk gebrek aan bevoegdheid om de betreffende *judicial act* uit te voeren. Over de factoren die naar *common law* bepalen of een handeling 'judicial' is, zie nrs. 281 en 282 van mijn proefschrift.

32. Zie bijvoorbeeld *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, 24 september 1987, *Mullis v. U.S. Bankruptcy Ct., Dist of Nevada*, 828 F.2d 1385, p. 1390.

van een samenzwering een bepaald vonnis had gevelde. Deze rechter kon niet vanwege de samenzwering aansprakelijk gesteld worden, omdat het wijzen van een vonnis een *judicial act* is.³³⁾ Zo zou ook te verwachten zijn dat het wijzen van een vonnis dat verkeerd is doordat de rechter een processtuk is kwijtgeraakt, enkel als *judicial act* beoordeeld wordt. Het zoekmaken van de stukken heeft dan geen zelfstandige betekenis.

Zo zou ook in Nederland aangenomen kunnen worden dat aansprakelijkheid voor schade die een bedrijfsfout via een rechterlijke uitspraak veroorzaakt alleen beoordeeld kan worden aan de hand van de onrechtmatige rechtspraak-criteria. Voor zover de bedrijfsfout schade aanricht via een rechterlijke uitspraak, heeft de bedrijfsfout dan voldoende verband met de rechterlijke taak om daartoe gerekend te worden. Leidt dezelfde fout daarnaast tot schade die niet via een rechterlijke uitspraak ontstaat, dan heeft de bedrijfsfout alleen voor die schade zelfstandige betekenis als bedrijfsfout. Oftewel: de benadeelde in de casus van het Hof 's-Hertogenbosch zou geen vergoeding kunnen krijgen voor de kosten van het cassatieberoep dat enkel nodig was omdat de griffie bij het hof de fax over het intrekken van een verzoek tot faillietverklaring niet aan de rechters had doorgestuurd. Dit is immers schade die is veroorzaakt door de onjuiste faillietverklaring door het hof.

6. Besluit

Dit artikel neemt als uitgangspunt het geval dat een rechter processtukken zoekmaakt en daardoor een verkeerd vonnis velt. Aangenomen dat daardoor schade ontstaat, is de vraag welke aansprakelijkheidscriteria van toepassing zijn op deze fout: de zeer strenge criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, de 'gewone' onrechtmatige daad-criteria, of mogelijk allebei. Drie perspectieven zijn besproken.

Het eerste perspectief komt uit de conclusie bij het Qnow-arrest. Dit houdt in dat de criteria voor onrechtmatige rechtspraak zijn gereserveerd voor rechtsprekende handelingen in enge zin, omdat de criteria streng zijn met het oog op het beschermen van de oordeelsvrijheid van de rechter. De Hoge Raad heeft dit voorstel niet gevolgd. Het tweede perspectief, dat van de Hoge Raad in hetzelfde arrest, is dat de criteria voor onrechtmatige rechtspraak toegepast worden op alle fouten die voldoende verband houden met de rechterlijke taak. Daaronder vallen ook processuele fouten die niet direct met oordeelsvrijheid te maken hebben. Het zoekmaken van stukken houdt volgens de Hoge Raad echter onvoldoende verband met de rechterlijke taak.

Een derde perspectief is gebaseerd op een uitspraak van het Hof Den Haag. Uit de betreffende uitspraak is de opvatting af te leiden dat de onrechtmatige rechtspraak-criteria gelden voor alle in de vervulling van het ambt verrichte handelingen. Een dergelijk uitgangspunt bestaat ook in de *common law*, waar uitgebreid aandacht is geweest voor de omstandigheden die bepalen of een handeling een *judicial act* is. Amerikaanse rechtspraak bevat aanwijzingen die erop wijzen dat het zoekmaken van stukken naar *common law* als *judicial act* gekwalificeerd zou worden, ook als een niet-rechter dit overkomt. In dit perspectief is bepalend of de fout is gemaakt in het proces van rechtspraak.³⁴⁾

Bij ieder van de genoemde perspectieven kan de vraag in hoeverre materieel gelijke gevallen gelijk behandeld kunnen of moeten worden tot bezwaren leiden. Wordt onderscheiden naar rechtsprekende en niet-rechtsprekende daden in enge zin, met als rechtvaardiging dat het erom gaat de vrije oordeelsvorming te beschermen, dan is het bezwaar dat een rechter ook in de inhoudelijke beoordeling van een zaak een kennelijke misser kan begaan die niets met vrije oordeelsvorming te maken heeft. Wordt gevraagd naar voldoende verband met de rechterlijke taak, dan kan het kwijtraken van een processtuk anders behandeld worden dan het over het hoofd zien van informatie in datzelfde processtuk, terwijl discutabel is of het een meer verband heeft met de rechterlijke taak dan het ander. Is de vraag of de fout is begaan in het proces van rechtspraak, dan wordt een voor het gevoel typische bedrijfsfout als het zoekmaken van stukken bij de griffie beoordeeld naar de criteria voor onrechtmatige rechtspraak enkel omdat de fout daarin doorwerkt.

Het perspectief van de Hoge Raad, te weten dat wordt onderscheiden tussen bedrijfsfouten en onrechtmatige rechtspraak door te vragen naar het verband tussen de fout en de rechterlijke taak, is mijns inziens goed hanteerbaar. Dit verband kan getoetst worden door te vragen of ook een ander dan de rechter de fout had kunnen begaan. Het verschillend behandelen van het kwijtraken van processtukken en het over het hoofd zien van informatie in dezelfde processtukken kan daarmee worden verantwoord. Het kwijtraken van stukken is mijns inziens een fout die verhindert dat de rechter zijn rechtsprekende taak kan uitvoeren. Het over het hoofd zien van informatie in de stukken is een fout binnen die rechterlijke taak. Ik acht daarmee voldoende verantwoording aanwezig om de reikwijdte van de criteria voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak niet zodanig op te rekken dat ook deze fouten eronder vallen.

Het over het hoofd zien van informatie in de stukken is een fout binnen de rechterlijke taak.

33. Er zijn meer gevallen waarin de Amerikaanse bescherming van de rechter wel erg ver doorgetrokken wordt vanwege deze abstracte benadering. Zie bijvoorbeeld nrs. 253 e.v., 260 en 262 van mijn proefschrift.

34. Met als aanvullende eis dat de fout niet alleen is gemaakt in het proces van rechtspraak, maar daarin ook relevant is, bijvoorbeeld doordat de fout het oordeel beïnvloedt.