

Tussen rechtszekerheid en gemeenschapstrouw

De gevolgen in Nederland van de arresten Kühne en Heitz en Köbler

	Inhoudsopgave	<i>Pagina</i>
1	Inleiding	5
1.1	Opdracht van de werkgroep	5
1.2	Probleemschets	5
1.3	Korte samenvatting	6
2	(On)aantastbaarheid van besluiten naar Nederlands recht	7
2.1	De bezwaar- en beroepstermijn en het leerstuk van de formele rechtskracht	7
2.2	Intrekking en wijziging van besluiten	8
2.3	Artikel 4:6 Awb	9
3	Het arrest Kühne en Heitz	10
3.1	De casus	10
3.2	De uitspraak	11
3.3	De vier voorwaarden	11
3.3.1	Het bestuursorgaan is naar nationaal recht bevoegd om op het besluit terug te komen.	11
3.3.2	Het besluit is definitief geworden tengevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie, waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep.	12
3.3.3	Voormelde uitspraak berust, gelet op latere rechtspraak van het Hof, op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 234, derde alinea EG, is verzocht om een prejudiciële beslissing	14
3.3.4	De betrokkene heeft zich tot het bestuursorgaan gewend, onmiddellijk na van de nieuwe rechtspraak van het Hof kennis te hebben genomen.	15
4	Gevolgen van Kühne voor Nederlandse bestuursorganen	16
4.1	In welke gevallen moet een besluit worden heroverwogen?	16
4.2	Factoren die bij de heroverweging een rol spelen	16

4.3	Is het bestuursorgaan schadeplichtig als de heroverweging niet tot herziening van het besluit leidt of kan leiden?	16
4.4	Is het bestuursorgaan schadeplichtig indien het een besluit ten onrechte niet heroverweegt of niet herziet?	17
4.5	Is het bestuur schadeplichtig jegens derden als het het besluit wel herziet?	18
5	(On)aantastbaarheid van rechterlijke uitspraken naar Nederlands recht	18
5.1	Kracht van gewijsde en gezag van gewijsde	18
5.2	Europeesrechtelijke dimensie	18
5.3	Het rechtsmiddel herziening in het bestuursprocesrecht	19
5.4	Aantastbaarheid van definitief geworden rechterlijke beslissingen in het Nederlandse civiele recht	19
5.5	Aantastbaarheid van definitief geworden rechterlijke beslissingen in het Nederlandse strafrecht	20
5.6	Onrechtmatige rechtspraak naar Nederlands recht	20
6	Het arrest Köbler	20
6.1	De casus	20
6.2	De uitspraak	21
6.3	De zaak Traghetti.	22
6.4	De zaak Kapferer	23
6.5	De zaak Lucchini: uitzondering op de hoofdregel?	23
6.6	Conclusie	24
7	Rechtswegen voor de benadeelde burger	25
7.1	Inleiding	25
7.2	Kühne : miskening van het gemeenschapsrecht bij individueel besluit	25
7.3	Köbler: schadevergoeding voor onrechtmatige rechtspraak	25
7.4	Verhouding tussen Kühne en Köbler: keuzeruimte voor de burger?	26

8	Zijn wettelijke maatregelen nodig?	26
8.1	Is er reden om de ‘Kühne-uitzondering’ wettelijk te regelen?	26
8.2	Moet de wetgever meer ruimte scheppen voor schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak?	27

Inhoudsopgave

1 Inleiding

1.1 Opdracht van de werkgroep

Op 1 maart 2005 heeft de ICER besloten een interdepartementale werkgroep¹ in te stellen teneinde de nationaalrechtelijke gevolgen in kaart te brengen van de arresten Kühne & Heitz² (hierna: Kühne) en Köbler³ van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Dit rapport bevat de neerslag van de werkzaamheden van de werkgroep.

1.2 Probleemschets

Het arrest-Kühne (zie uitvoeriger hoofdstuk 3) betreft de vraag hoe lidstaten moeten omgaan met *besluiten van bestuursorganen* die enerzijds naar nationaal recht rechtens onaantastbaar zijn geworden, maar anderzijds in strijd blijken te zijn met het gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) oordeelde in Kühne, dat de bestuursorganen van de lidstaten in een beperkt aantal gevallen verplicht zijn een dergelijk besluit te heroverwegen. Deze verplichting gaat verder dan tot dusver op grond van het Nederlandse recht werd aangenomen.

In de zaak Köbler (zie uitvoeriger hoofdstuk 7) oordeelde het Hof dat een lidstaat onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk is voor schade die een particulier leidt als gevolg van een *uitspraak van de hoogste rechter* die in strijd is met het gemeenschapsrecht. Onderzocht zal worden hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de in Nederland geldende opvattingen over onrechtmatige rechtspraak.

Bij beide zaken is sprake van een zekere spanning tussen de beginselen van rechtszekerheid en gemeenschapstrouw. Met het oog op de rechtszekerheid beperkt het Nederlandse bestuursrecht de mogelijkheden van burgers om de rechtmatigheid van besluiten aan te vechten, zowel in de tijd als in die zin, dat tegen een besluit slechts de door de wet uitdrukkelijk toegekende bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan. Als deze rechtsmiddelen niet, niet tijdig of tevergeefs zijn aangewend, wordt het besluit in rechte onaantastbaar. Dit wil zeggen dat het besluit voor geldig wordt gehouden, ook als later alsnog blijkt dat het op enigerlei wijze in strijd met het recht is. Dit impliceert dat ook een onaantastbaar besluit dat in strijd is met het gemeenschapsrecht door het Nederlandse recht als geldig wordt aangemerkt.

Voor rechterlijke uitspraken geldt naar Nederlands recht eveneens dat daartegen slechts de uitdrukkelijk door de wet toegekende rechtsmiddelen openstaan, die bovendien binnen een bepaalde termijn moeten worden aangewend. Dientengevolge wordt ook een rechterlijke uitspraak naar Nederlands recht voor

¹ Zie voor de samenstelling van de werkgroep bijlage 1.

² HvJEG 13 januari 2004, zaak C-453/00, onder meer gepubliceerd in NJ 2004, 125 m.nt. MRM; AB 2004, 58 m.nt. RW en JB 2004, 42 m.nt. NV.

³ HvJEG 30 september 2003, zaak C-224/01, AB 2003, 429 m.nt. RW; JB 2004, 41 m.nt. MC.

geldig gehouden als de daartegen openstaande rechtsmiddelen niet, niet tijdig of tevergeefs zijn aangewend, hoezeer ook later zou mogen blijken dat de uitspraak in strijd met het gemeenschapsrecht is. De achtergrond hiervan is wederom de rechtszekerheid, meer in het bijzonder het inzicht dat aan geschillen eens een einde moet komen.

Anderzijds brengt het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) met zich, dat de lidstaten zoveel mogelijk de volle werking van het gemeenschapsrecht moeten verzekeren. Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat de organen van de lidstaten hun nationale recht zoveel mogelijk zo moeten uitleggen dat het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht is.⁴ Indien dit niet mogelijk is, moeten zij nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing laten voorzover zij in strijd zijn met rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht.⁵ Beide verplichtingen gelden niet alleen voor nationale rechters, maar ook voor bestuursorganen.⁶

Tussen rechtszekerheid en gemeenschapstrouw kan in concrete gevallen een spanning bestaan. Dit doet zich voor als een besluit of uitspraak naar nationaal recht onaantastbaar is, maar inhoudelijk in strijd is met het gemeenschapsrecht. Het arrest-Kühne zegt dat in zo'n geval soms een uitzondering moet worden gemaakt op de regel van de onaantastbaarheid. Het arrest-Köbler raakt weliswaar niet rechtstreeks aan de geldigheid van rechterlijke uitspraken, maar relativeert evenzeer de rechtszekerheid ten gunste van de volle werking van het gemeenschapsrecht, doordat het de mogelijkheid opent van een voortzetting van het geschil met andere middelen.

1.3 Korte samenvatting

Hierna wordt eerst ingegaan op de gevolgen van het arrest-Kühne voor de aantastbaarheid van besluiten van bestuursorganen. Vervolgens worden de gevolgen van de zaak-Köbler belicht. In beide gevallen wordt kort het Nederlandse recht geschetst. Vervolgens wordt de relevante rechtspraak van het Hof geanalyseerd en worden de gevolgen daarvan in kaart gebracht. Tenslotte wordt, aan de hand van nog bij het Hof aanhangige zaken en de literatuur, nagegaan welke thans nog onbeantwoorde vragen in de (nabije) toekomst zouden kunnen gaan spelen.

De werkgroep concludeert dat de uitspraak in de zaak Kühne bestuursorganen niet verplicht uit eigen beweging besluiten te heroverwegen. Wel wijst de werkgroep erop, dat het gelijkheidsbeginsel vereist dat indien bestuursorganen uit eigen beweging een besluit heroverwegen, zij zich ertoe verplichten om dit in alle vergelijkbare gevallen te doen. Voorts meent de werkgroep dat er voorlopig geen aanleiding is, om uitzonderingen aan te nemen op de regel dat de plicht tot

⁴ HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, blz. 1891; HvJEG 13 november 1990, zaak C-106/89, Marleasing, Jur. 1990, blz. I-4135.

⁵ HvJEG 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal III, Jur. 1977, blz. 629.

⁶ HvJEG 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Constanzo, Jur. 1988, blz. 1839; HvJEG 9 september 2003, zaak C-198/01, CIF, Jur 2003, blz. I-8055; AB 2003, 387 m.nt. E. Steyger; JB 2004, 113 m.nt. NV; NJ 2004, 437 m.nt. MRM.

heroverweging slechts bestaat als de betrokkene de nationale rechtsmiddelen heeft benut.

De werkgroep concludeert dat de zaak-Kühne betekent, dat de gangbare uitleg van artikel 4:6 Awb moet worden genuanceerd. Volgens de huidige uitleg is nieuwe rechtspraak geen nieuw feit, dat noopt tot herziening van een besluit. Met de Kühne-rechtspraak moet deze stelling worden genuanceerd. De werkgroep ziet echter geen aanleiding voor aanpassing van de Nederlandse wetgeving; een nuancering van de Nederlandse jurisprudentie volstaat.

In de zaak-Köbler besliste het Hof dat het toekennen van een schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak mogelijk was. In de zaak Kapferer maakte het Hof duidelijk, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet verplicht om nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten. Ook de zaak-Köbler noopt niet tot wetswijziging; een aanpassing van de jurisprudentie van de Hoge Raad over onrechtmatige rechtspraak volstaat.

2 (On)aantastbaarheid van besluiten naar Nederlands recht

2.1 De bezwaar- en beroepstermijn en het leerstuk van de formele rechtskracht

Naar Nederlands recht staat tegen bijna alle besluiten van bestuursorganen beroep open bij een bestuursrechter, zij het dat in de meeste gevallen eerst bezwaar moet worden gemaakt bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (art. 7:1 Awb). De termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep bedraagt zes weken (art. 6:9 Awb).

Indien deze termijn ongebruikt verstrijkt, alsmede indien een tijdig aangetekend bezwaar of (hoger) beroep onherroepelijk ongegrond of niet-ontvankelijk wordt verklaard, wordt het besluit in rechte onaantastbaar. Ook een vordering bij de burgerlijke rechter die stoelt op de bewering dat het besluit onrechtmatig is, is dan niet meer mogelijk. De burgerlijke rechter heeft er in zo'n geval van uit te gaan dat het besluit zowel naar zijn inhoud als naar zijn wijze van totstandkoming rechtmatig is.⁷ Dit laatste aspect van de onaantastbaarheid van een besluit wordt ook wel "formele rechtskracht" genoemd.

Naar Nederlands recht kan ook rechtspraak waaruit blijkt dat een onaantastbaar besluit bij nader inzien inhoudelijk onjuist was, niet afdoen aan de onaantastbaarheid van dat besluit. Daarom spreken wij van *formele* rechtskracht: het besluit heeft, ongeacht de inhoud, rechtskracht op grond van het formele gegeven dat er geen rechtsmiddelen meer tegen openstaan.

⁷ HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS; AB 1986, 573 m nt. FHvdB (Heesch/Van de Akker);

Dat een besluit “in rechte onaantastbaar” is, wil zeggen dat het voor de burger onaantastbaar is. Het feit dat tegen het besluit geen rechtsmiddelen meer openstaan, staat er op zichzelf niet aan in de weg, dat het bestuursorgaan zelf het besluit aantast door dit in te trekken of te wijzigen. In hoeverre een bestuursorgaan naar Nederlands recht bevoegd is om een eenmaal genomen besluit weer in te trekken of te wijzigen, hangt af van andere factoren. Daarop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

2.2 Intrekking en wijziging van besluiten

Nederland kent geen algemene wettelijke regeling inzake de intrekking van besluiten. Er zijn wel tal van bijzondere wettelijke regelingen voor bepaalde typen besluiten, die soms echter onvolledig of in ieder geval niet uitputtend bedoeld zijn. Bij het ontbreken van een wettelijke regeling of in aanvulling daarop wordt de bevoegdheid om een eenmaal genomen besluit weer in te trekken beheerst door het ongeschreven recht, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.⁸

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de rechtszekerheid zich tegen intrekking van een in rechte onaantastbaar geworden besluit verzet, moeten verschillende soorten besluiten worden onderscheiden. In de eerste plaats is van belang het onderscheid tussen begunstigende besluiten (bijvoorbeeld een subsidie) en belastende besluiten (bijvoorbeeld een boete). Een louter belastend besluit is in het algemeen eerder intrekbaar dan een begunstigend besluit.

Van groot belang is voorts, of bij het besluit al dan niet derden-belanghebbenden zijn betrokken. Als dat wel het geval is, is het besluit veelal voor de ene belanghebbende begunstigend en voor een andere belastend. Dit betekent dat de belangen van degene voor wie het besluit begunstigend is, zich tegen intrekking kunnen verzetten.

Besluiten kunnen op verschillende gronden worden ingetrokken. In de context van het arrest-Kühne zal het steeds gaan om intrekking op de grond, dat het besluit onjuist is omdat het in strijd is met het gemeenschapsrecht. Bovendien gaat het in die context altijd om een besluit dat voor ten minste één belanghebbende belastend is; anders zal immers niet om intrekking worden gevraagd.

Wij hebben het dus steeds over twee typen situaties. De eerste is die waarin de geadresseerde vraagt om intrekking van een voor hem belastend besluit (bijvoorbeeld een terugvorderingsbesluit, zoals in de zaak-Kühne zelf). De tweede situatie is die waarin een derde-belanghebbende vraagt om intrekking van een besluit (bijvoorbeeld een vergunning) dat voor hem belastend, maar voor een derde begunstigend is.

⁸ Zie uitvoeriger J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht*, diss. UU 1998, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, blz. 82 e.v.; N. Verheij, *Vertrouwen op de overheid*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1997, Deventer: Kluwer 1997.

In de eerste situatie verzet de rechtszekerheid van de burger zich niet tegen intrekking van het besluit. Dit betekent dat het bestuur in de eerste situatie vrijwel altijd bevoegd is om het besluit in te trekken.

In de tweede situatie kan de rechtszekerheid van degene voor wie het besluit begunstigend is, zich wel tegen intrekking van het besluit verzetten. Dit betekent echter niet, dat een bestuursorgaan in een dergelijke situatie in algemene zin onbevoegd is om het besluit in te trekken. Het bestuur zal in deze situatie in elk concreet geval de verschillende betrokken belangen moeten afwegen. Niet is uitgesloten, dat deze belangenafweging in een concreet geval leidt tot het oordeel, dat het besluit kan worden ingetrokken.

Er zijn echter ook gevallen, waarin een bijzonder wettelijk voorschrift zich tegen intrekking verzet. Een voorbeeld is artikel 59 Woningwet, dat een limitatieve opsomming geeft van de gevallen waarin een bouwvergunning kan worden ingetrokken. Daartoe behoort niet het geval, dat de vergunning later in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn verleend. In dit en dergelijke gevallen is er dus geen nationale bevoegdheid om op een besluit terug te komen.

2.3 Artikel 4:6 Awb

Zoals in de vorige paragraaf is gebleken, is een bestuursorgaan naar Nederlands recht doorgaans bevoegd om een onaantastbaar geworden besluit te heroverwegen en daar eventueel op terug te komen.

Onder omstandigheden is een bestuursorgaan naar Nederlands recht niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht om een in rechte onaantastbaar besluit te heroverwegen. Dit is geregeld in artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁹ Naar de letter gaat dit artikel slechts over besluiten die op aanvraag zijn genomen, maar in de rechtspraak wordt de bepaling ook toegepast op ambtshalve genomen besluiten, zoals een besluit tot terugvordering.

Ingevolge artikel 4:6 Awb is een bestuursorgaan slechts verplicht om een onaantastbaar besluit te heroverwegen indien een belanghebbende nieuwe feiten of omstandigheden aanvoert. Nieuwe jurisprudentie wordt echter niet als een nieuw feit in de zin van artikel 4:6 beschouwd.¹⁰

Voor financiële besluiten die periodieke rechtsgevolgen hebben, zoals besluiten omtrent uitkeringen, past hier wel een nuancering. De Centrale Raad van Beroep maakt bij dergelijke duurbesluiten onderscheid tussen heroverweging van het besluit voor het verleden en heroverweging voor de toekomst. Voorzover het besluit betrekking heeft op tijdvakken die ten tijde van het verzoek om heroverweging reeds in het verleden liggen, geldt onverkort de zojuist

⁹ Daarover H.E. Bröring, A.T. Marseille, De ongekende vrijheden en beperkingen van artikel 4:6 Awb, JBPlus 2002, blz. 54.

¹⁰ CRvB 15 januari 1998, AB 1998, 188; ABRvS 3 september 1999, AB 2000, 362; CRvB 21 maart 2001, LJN AB 1691; CRvB 27 september 2001, LJN AD5307.

weergegeven uitleg van artikel 4:6 Awb: het bestuur is slechts verplicht tot heroverweging als de verzoeker relevante nieuwe feiten aanvoert.

Voorzover het besluit betrekking heeft op ten tijde van het verzoek nog in de toekomst gelegen tijdvakken, geldt een minder terughoudende toets. Volgens de Centrale Raad van Beroep zal het in de regel niet van een evenwichtige en zorgvuldige belangenafweging getuigen om een besluit waarbij ten onrechte geen of een te lage aanspraak is toegekend ook voor de toekomst te handhaven. Herziening van het besluit voor de toekomst maakt immers veel minder inbreuk op de rechtszekerheid van het bestuursorgaan dan herziening voor het verleden.¹¹

3 Het arrest Kühne en Heitz

3.1 De casus

Het bedrijf Kühne & Heitz NV exporteerde in de periode van december 1986 tot december 1987 diverse partijen kippevlees naar landen buiten de gemeenschap. In de aangiften ten uitvoer had Kühne de partijen ingedeeld onder de post “pluimveedijen” van het gemeenschappelijk douanetarief. Op basis van deze indeling zijn aan Kühne exportrestituties toegekend. Bij een controle komt het Productschap voor Pluimvee en Eieren (PVE) echter tot het oordeel dat de desbetreffende partijen kippevlees hadden moeten worden ingedeeld onder de post “andere pluimveedelen”, hetgeen tot een lagere restitutie leidt. Daarop vordert PVE bijna één miljoen gulden aan naar zijn oordeel ten onrechte uitbetaalde restituties terug.

Kühne maakt tegen deze terugvordering tevergeefs bezwaar en stelt vervolgens beroep in bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Bij uitspraak van 22 november 1991 verwerpt het CBb dit beroep op grond van een bepaalde uitleg van de desbetreffende posten van het gemeenschappelijk douanetarief. Het CBb heeft over deze uitleg geen prejudiciële vragen gesteld. Door de uitspraak van het CBb wordt het terugvorderingsbesluit in rechte onaantastbaar.

Enige tijd later stelt het gerechtshof Den Haag in een strafzaak tegen een van fraude beschuldige andere vleesexporteur, Voogd Vleesimport en –export, wel prejudiciële vragen over de uitleg van deze posten. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt, dat de door het CBb gegeven uitleg onjuist is.¹²

Kühne vraagt daarop aan PVE om terug te komen op het terugvorderingsbesluit. PVE weigert dit en handhaaft deze weigering in bezwaar. Kühne gaat opnieuw in beroep bij het CBb. Het CBb constateert dat PVE naar nationaal recht wel bevoegd, maar niet verplicht is om op het terugvorderingsbesluit terug te komen. Vervolgens stelt het aan het Hof van Justitie de vraag of uit het gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder het in artikel 10 EG neergelegde

¹¹ CRvB 19 februari 2004, JB 2004, 137 m.nt. EvdL; CRvB 6 september 2001, JB 2001, 281 m.nt. JHK; CRvB 1 februari 2001, JB 2001, 78 m.nt. E.J. de Lange-Bekker.

¹² HvJEG 5 oktober 1994, zaak C-151/93, Voogd Vleesimport en – export, Jur. I-4915.

beginsel van gemeenschapstrouw, voor een geval als dat van Kühne wel een verplichting voortvloeit om het besluit te herzien.¹³

3.2 De uitspraak

Het Hof stelt voorop (r.o. 24) dat de rechtszekerheid tot de in het gemeenschapsrecht erkende algemene beginselen behoort. Daarom verplicht het gemeenschapsrecht niet in algemene zin tot het herzien van onherroepelijke besluiten, ook niet als deze in strijd blijken met het gemeenschapsrecht.

Nationale bestuursorganen moeten een onherroepelijk besluit echter wel “opnieuw onderzoeken” als voldaan is aan vier voorwaarden. Deze voorwaarden zijn de volgende (r.o. 26):

- het nationale recht biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid om terug te komen op het definitief geworden besluit;
- het besluit is definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor beroep;
- de uitspraak was gebaseerd op een uitleg van het gemeenschapsrecht die, gelet op een later arrest van het Hof, onjuist was en was gegeven zonder dat was verzocht om een prejudiciële uitleg;
- de betrokkene heeft zich opnieuw tot het bestuursorgaan gewend, onmiddellijk na kennis te hebben genomen van het arrest van het Hof.

Als aan deze vier voorwaarden is voldaan, moet het bestuursorgaan het besluit “opnieuw onderzoeken” ofwel heroverwegen. Het Hof laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open, dat deze heroverweging niet tot een herziening van het besluit leidt, omdat de belangen van derden zich daartegen verzetten (r.o. 27). Hieronder wordt nader op de vier voorwaarden ingegaan.

3.3 De vier voorwaarden

3.3.1 Het bestuursorgaan is naar nationaal recht bevoegd om op het besluit terug te komen.

Zoals in paragraaf 2.2 uiteengezet, is in de zaak Kühne aan deze voorwaarde naar Nederlands recht doorgaans voldaan. Van belang is echter om te benadrukken, dat een bestuursorgaan in het algemeen niet verplicht is om uit eigen beweging op een besluit te terug te komen. Uitgangspunt is, dat een *betrokkene* het bestuursorgaan hierom *verzoekt*.

Een verzoek

Ook de zaak-Kühne gaat over de situatie dat iemand heeft *verzocht* om een in rechte onaantastbaar besluit te heroverwegen. Het dwingt bestuursorganen niet om naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie van het Hof ambtshalve alle in het verleden genomen besluiten die bij nader inzien in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, te heroverwegen.

¹³ CBb 1 november 2000, AB 2001, 32 m.nt. JHvdV; JB 2000, 355 m.nt. EvdL.

Nu komt het natuurlijk vaak voor, dat een bestuursorgaan een groot aantal soortgelijke besluiten neemt ten aanzien van een groot aantal betrokkenen. Dan kan het voorkomen dat sommige betrokkenen wel om heroverweging vragen en anderen niet. Het is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel om onderscheid te maken tussen belanghebbenden die wel om heroverweging hebben gevraagd en belanghebbenden die dat niet hebben gedaan, net zo min als het in strijd met het gelijkheidsbeginsel is om onderscheid te maken tussen belanghebbenden die wel en niet de nationale rechtsmiddelen hebben benut. Maar als het bestuursorgaan – onverplicht – ambtshalve gaat heroverwegen, dan moet het daarbij wel het gelijkheidsbeginsel in acht nemen. Als één besluit ambtshalve wordt heroverwogen, dan moeten ook vergelijkbare besluiten ambtshalve worden heroverwogen. Als het bestuursorgaan een onderscheid wil maken tussen besluiten die wel en besluiten die niet worden heroverwogen, dient het hiervoor een objectief criterium te hanteren, zodat geen sprake is van ongeoorloofd onderscheid.

Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor in de zaak Arcor.¹⁴ Naar Duits recht dient een bestuurshandeling te worden ingetrokken wanneer de handhaving van deze handeling "absoluut onaanvaardbaar" zou zijn. Hiermee stelt het Duitse recht in het geval van 'absolute onaanvaardbaarheid' dus *niet* het vereiste dat tot in hoogste instantie is doorgeprocedeerd. Het Hof concludeert in de zaak Arcor dat het gelijkwaardigheidsbeginsel voorschrijft dat deze zelfde verplichting tot intrekking in gelijkwaardig omstandigheden bestaat wanneer een bestuurshandeling niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Het is aan de nationale rechter om dit te bepalen. Het Nederlandse recht kent echter een dergelijke verplichting voor om een besluit in te trekken wanneer sprake is van "absolute onaanvaardbaarheid" niet.¹⁵

Van een betrokkene

In de zaak-Kühne was het de geadresseerde van het besluit die om heroverweging verzocht. Het Hof zegt niets over de vraag, of ook een derde-belanghebbende om heroverweging kan vragen. De ratio van het arrest brengt echter mee, dat het verzoek kan worden gedaan door degene die door de schending van het gemeenschapsrecht is benadeeld, onverschillig of dat de geadresseerde of een andere belanghebbende is.

3.3.2 Het besluit is definitief geworden tengevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie, waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

De tweede voorwaarde houdt in, dat het besluit definitief moet zijn geworden als gevolg van een uitspraak van een nationale rechter waarvan de uitspraken niet

¹⁴ Arrest van het Hof van 19 september 2006, gevoegde zaken C-392 en C-422/04 (i-21 en Arco AG en Co. KG (voorheen ISIS)), n.n.g.

¹⁵ De Nederlandse bestuursrechter toetst hooguit zeer marginaal of het bestuursorgaan in redelijkheid kan weigeren op een besluit terug te komen. Dit leidt vrijwel nooit tot het oordeel dat het bestuursorgaan op het besluit moet terugkomen.

vatbaar zijn voor hoger beroep. De formulering die het Hof hier gebruikt, is woordelijk ontleend aan artikel 234 EG, inzake de verplichting om prejudiciële vragen te stellen. Dit betekent, dat voor “hoger beroep” moet worden gelezen: hogere voorziening. Dit betekent ook, dat het niet alleen kan gaan om uitspraken van de hoogste nationale rechter, maar ook om uitspraken van lagere rechters die in concreto niet vatbaar waren voor een hogere voorziening. Anders gezegd: de betrokkene moet de beschikbare nationale rechtsmiddelen hebben benut.

Dit betekent dat het arrest-Kühne het bestuur in ieder geval niet verplicht terug te komen op een besluit, waarbij de belanghebbende niet alle mogelijkheden van bezwaar en (hoger) beroep heeft benut. Aldus ook de stand van de Nederlandse rechtspraak terzake.¹⁶ Inmiddels is aan het Hof echter in de zaak Arcor de vraag voorgelegd, of een bestuursorgaan onder omstandigheden ook verplicht kan zijn om op een besluit terug te komen als niet alle nationale rechtsmiddelen zijn benut.¹⁷ Het Hof heeft in deze zaak zijn standpunt in Kühne bevestigd, dat uitputting van de nationale rechtsmiddelen vereist is.¹⁸

Een onherroepelijk besluit

De zaak-Kühne ziet op onherroepelijke besluiten. Zolang tegen het besluit nog bezwaar of beroep openstaat of aanhangig is, kan de belanghebbende de vermeende schending in de bezwaar- of beroepsprocedure aan de orde stellen. Een Nederlands bestuursorgaan is namelijk bevoegd om een besluit hangende bezwaar of beroep te heroverwegen (art. 6:18, eerste lid Awb).

Uitputting van nationale rechtsmiddelen

Het besluit moet onherroepelijk zijn geworden als gevolg van een uitspraak van de hoogste nationale rechter. Dit betekent als gezegd dat de belanghebbende zijn nationale rechtsmiddelen moet hebben uitgeput. Deze voorwaarde is recent uitdrukkelijk door het Hof bevestigd in de zaak Arcor.¹⁹

Sinds begin 2006 is eveneens bij Hof van Justitie aanhangig een Duitse zaak waarin betrokkene wel alle nationale rechtsmiddelen heeft benut, maar zich in dat kader niet op schending van het gemeenschapsrecht heeft beroepen, doch uitsluitend op schending van nationaal recht.²⁰ De zaak-Kühne biedt vooralsnog geen aanknopingspunten om dit laatste relevant te achten.²¹

Nog niet aan het Hof voorgelegd, maar wel in de literatuur²² opgeworpen is de vraag, of uitputting van nationale rechtsmiddelen ook mag worden verlangd indien aanwending van dit rechtsmiddel naar nationaal recht kansloos moest worden

¹⁶ Hoge Raad 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM; AB 2003, 120 m.nt. RW (Maple Tree); CRvB 4 januari 2006, JB 2006, 65 m.nt. NV.

¹⁷ Zie hierboven noot 14.

¹⁸ Zie hierboven noot 9.

¹⁹ HvJEG 19 september 2006, gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04, i-21 en Arcor, n.n.g.

²⁰ Zaak C-2/06, Kempter.

²¹ Aldus ook de conclusie van de AG Bot van 24 april 2007 in de zaak Kempter.

²² Zie o.m. N. Verheij, Relatief onaantastbaar?, oratie UM 2005, te vinden op www.unimaas.nl.

geacht. Dit kan zich met name voordoen bij zogenaamde repeterende besluiten: een reeks besluiten die telkens op dezelfde rechtsopvatting berusten.

De zaak-Kühne biedt een voorbeeld: Kühne heeft na de eerste – achteraf onjuist gebleken – uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven nog meer partijen kippevlees geëxporteerd, waarvoor achteraf gezien telkens te lage restituties zijn vastgesteld. Daartegen is Kühne echter niet meer in beroep gegaan, omdat een dergelijk beroep gelet op de uitspraak van het College kansloos moest worden geacht. Na het arrest-Voogd heeft Kühne het productschap verzocht om ook op deze besluiten terug te komen.

In de verwijzingsuitspraak die tot het arrest-Kühne leidde, oordeelde het College dat het productschap dit verzoek terecht heeft afgewezen. Het College heeft op dit punt ook geen prejudiciële vragen gesteld. De huidige stand van het recht is derhalve, dat ook in deze gevallen aan het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen moet worden vastgehouden. Het is echter niet ondenkbaar dat een dergelijke kwestie in de toekomst alsnog aan het Hof zal worden voorgelegd.

3.3.3 Voormelde uitspraak berust, gelet op latere rechtspraak van het Hof, op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 234, derde alinea EG, is verzocht om een prejudiciële beslissing

De derde voorwaarde valt eigenlijk uiteen in drie subvoorwaarden:

- a. de uitspraak waardoor het besluit definitief is geworden, was gebaseerd op een onjuiste uitleg van het gemeenschapsrecht;
- b. deze onjuistheid blijkt uit een later arrest van het Hof, en
- c. deze uitleg is gegeven zonder daarover een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.

De derde subvoorwaarde heeft normaliter geen zelfstandige betekenis: als wel een prejudiciële vraag is gesteld, zal de uitspraak van de nationale rechter op dat punt ook niet op een onjuiste uitleg van het gemeenschapsrecht berusten.

De eerste subvoorwaarde moet, naar de werkgroep aanneemt, zo worden gelezen, dat vast moet staan dat het besluit bij een juiste uitleg van het gemeenschapsrecht niet (in die vorm) definitief zou zijn geworden. Anders gezegd: dat bij een juiste uitleg de uitkomst van de beroepsprocedure anders zou zijn geweest.²³ Het is immers denkbaar, dat een nationale rechter weliswaar een onjuiste rechtsgrondslag heeft gekozen, maar dat dit materieel niet tot een andere uitslag zou hebben geleid. Men denke aan het geval dat een vergunning is geweigerd op een met het gemeenschapsrecht strijdige grond, maar wel had kunnen worden geweigerd op een andere grond.

²³ Waarmee nog niet is gezegd dat dan ook een ander besluit zou zijn genomen. Als op grond van een onjuiste uitleg van m.e.r.-richtlijn een milieuvergunning ten onrechte niet wegens het ontbreken van een m.e.r. is vernietigd, staat daarmee nog niet vast dat de vergunning zou zijn geweigerd als wel een m.e.r. was opgesteld.

Nieuwe rechtspraak van het Hof

Wat de tweede subvoorwaarde betreft, zij opgemerkt dat het arrest-Kühne ziet op het geval dat pas *na* het onaantastbaar worden van het besluit uit een arrest van het Hof blijkt dat het besluit in strijd met het gemeenschapsrecht is. Het verplicht dus niet tot heroverweging als de belanghebbende zich beroept op rechtspraak van het Hof die dateert van vóór het tijdstip waarop het besluit onaantastbaar is geworden. Daarop had belanghebbende zich immers in de gewone bezwaar- of beroepsprocedure kunnen beroepen.

3.3.4 De betrokkene heeft zich tot het bestuursorgaan gewend, onmiddellijk na van de nieuwe rechtspraak van het Hof kennis te hebben genomen.

De vierde voorwaarde is, dat de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend met een verzoek om het besluit te heroverwegen, “onmiddellijk” nadat hij heeft kennis genomen van de uitspraak van het Hof waaruit blijkt dat het besluit in strijd is met het gemeenschapsrecht. Hoe langer het duurt voordat het besluit opnieuw ter discussie staat, des te groter is immers de inbreuk op de rechtszekerheid.

Helaas is deze voorwaarde op tenminste twee punten onduidelijk. In de eerste plaats: hoe snel is onmiddellijk? In de zaak-Kühne zelf had het bedrijf zich ongeveer twee maanden na het arrest-Voogd tot het bestuursorgaan gewend. Dit wekt de indruk dat “onmiddellijk” moet worden gelezen als “binnen een redelijke termijn”.

In de tweede plaats is onduidelijk of beslissend is wanneer de belanghebbende feitelijk van de relevante rechtspraak *heeft* kennisgenomen, dan wel wanneer hij daarvan redelijkerwijs *had kunnen* kennisnemen. De werkgroep is van oordeel dat in ieder geval van het laatste moet worden uitgegaan. Dan nog is de vraag, wanneer een betrokkene geacht kan worden redelijkerwijs van een uitspraak te hebben kunnen kennisnemen. Is de bekendmaking van de uitspraak daartoe in alle gevallen voldoende?

Een tijdig verzoek

Het Hof stelt als voorwaarde dat betrokkene zich onmiddellijk na het bekend worden van de nieuwe rechtspraak van het Hof tot het bestuursorgaan heeft gewend. Zoals aangegeven is onduidelijk wanneer deze termijn begint, alsook wanneer nog van “onmiddellijk” kan worden gesproken. De werkgroep beveelt aan om ieder geval verzoeken die zijn gedaan binnen drie maanden na de datum van het arrest (die tegenwoordig ook de datum is waarop de tekst beschikbaar is), nog als tijdig te beschouwen.

In de zaak Kempster wordt de vraag gesteld of een verzoek om heroverweging ook binnen een bepaalde termijn *na het besluit* moet worden gedaan.²⁴ In die zaak gaat het om een in 2002 gedaan verzoek om een besluit uit 1995 te heroverwegen.

²⁴ Zaak C-2/06, Kempster.

Vooralsnog zijn er geen aanknopingspunten om te oordelen dat een dergelijke termijn geldt.²⁵

4 Gevolgen van Kühne voor Nederlandse bestuursorganen

4.1 In welke gevallen moet een besluit worden heroverwogen?

In deze paragraaf wordt aan de hand van de voorwaarden uit het arrest-Kühne nog eens nagelopen, in welke gevallen een Nederlands bestuursorgaan een in rechte onaantastbaar geworden besluit moet heroverwegen. Daarbij wordt telkens ingegaan op vragen die daarbij zouden kunnen rijzen.

4.2 Factoren die bij de heroverweging een rol spelen

De belangrijkste factor die bij de heroverweging een rol speelt, is of er belangen van derden in het geding zijn. Indien die er niet zijn, zal het bestuursorgaan naar het oordeel van de werkgroep vrijwel altijd op het besluit moeten terugkomen. Dit geldt zeker als aan de zijde van de overheid slechts financiële belangen een rol spelen.

Als er wel belangen van derden in het geding zijn, wordt het ingewikkelder. Dikwijls zal het dan gaan om een verzoek om terug te komen op een aan een ander verleende vergunning. Bovendien zal het veelal gaan om een vergunning voor een voortdurend handelen, zoals een milieuvergunning. Terugkomen op een vergunning voor een eenmalig handelen, zoals een kapvergunning of een aanlegvergunning, is immers doorgaans niet zinvol.

Bij vergunningen voor een voortdurend handelen is terugkomen voor het verleden in het algemeen evenmin zinvol. “Opzegging” van de vergunning voor de toekomst kan echter wel zinvol zijn. Zij kan echter een forse inbreuk op de rechtszekerheid van de vergunninghouder betekenen. Deze inbreuk moet worden afgewogen tegen het belang van de verzoeker bij naleving van het gemeenschapsrecht. Over de uitkomst van deze belangenafweging kunnen geen algemene uitspraken worden gedaan, omdat de situaties te veel kunnen verschillen. Als het om een milieuvergunning zou gaan, maakt het bijvoorbeeld nog al wat uit of de strijd met het gemeenschapsrecht kan worden weggenomen door enkele voorschriften aan te scherpen of dat algehele intrekking van de vergunning en daarmee beëindiging van de bedrijfsactiviteiten de enige mogelijkheid is.

4.3 Is het bestuursorgaan schadeplichtig als de heroverweging niet tot herziening van het besluit leidt of kan leiden?

Onder omstandigheden kan de uitkomst van de heroverweging zijn dat het niet mogelijk is om op het met het gemeenschapsrecht strijdige besluit terug te komen,

²⁵ Aldus ook R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007

omdat de belangen van derden zich daartegen verzetten. In dat geval rijst de vraag of verzoeker de schade die hij lijdt op enigerlei wijze kan verhalen.

Deze vraag valt in twee deelvragen uiteen. In de eerste plaats is er de vraag of de benadeelde de staat kan aanspreken wegens onrechtmatige rechtspraak. Dat is (slechts) het geval als voldaan is aan de criteria die het Hof van Justitie in het arrest-Köbler heeft geformuleerd. Daarop wordt in hoofdstuk 6 van dit rapport nader ingegaan.

De tweede vraag is of de benadeelde het bestuursorgaan²⁶ kan aanspreken tot vergoeding van de schade, veroorzaakt door het besluit dat bij nader inzien in strijd met het gemeenschapsrecht is gebleken. Bij de huidige stand van het Nederlandse recht is dit niet mogelijk zolang het besluit formele rechtskracht heeft. Als heroverweging niet tot een herziening van het besluit leidt, blijft deze formele rechtskracht in stand. Dit betekent dat de burgerlijke rechter in een beroep moet aannemen dat het besluit zowel naar zijn inhoud als naar zijn wijze van totstandkoming rechtmatig was.²⁷ Een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad tegen het bestuur stuit daar op af.²⁸

Het beginsel dat lidstaten aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht, zoals ontwikkeld in de arresten Francovich²⁹ en Brasserie du pêcheur³⁰, dwingt evenmin noodzakelijkerwijs tot doorbreking van de regel van de formele rechtskracht. Aan dat beginsel kan immers ook worden voldaan door de aansprakelijkheid van de Staat voor de onjuiste rechterlijke uitspraak waardoor het besluit formele rechtskracht heeft verkregen ("Köbler-aansprakelijkheid", zie par. 6.2). Hoewel de formele rechtskracht van het besluit dus in stand blijft, moet op grond van het arrest Köbler toch schadeplichtigheid van de lidstaat worden aangenomen, omdat de schade mede is veroorzaakt door een rechterlijke uitspraak, die in strijd is met het gemeenschapsrecht.

4.4 Is het bestuursorgaan schadeplichtig indien het een besluit ten onrechte niet heroverweegt of niet herziet?

Een andere vraag is of het bestuursorgaan aansprakelijk is voor de schade die ontstaat doordat het het besluit ten onrechte niet heroverweegt of niet herziet. Het antwoord op die vraag luidt zonder meer bevestigend. De betrokkene zal dan tegen de weigering om het besluit te heroverwegen of te herzien beroep moeten instellen bij de bevoegde bestuursrechter. Indien dat beroep tot vernietiging van de

²⁶ Strikt genomen: de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.

²⁷ HR 16 mei 1985, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB (Heesch/Van de Akker).

²⁸ De juridische herziening van een besluit moet worden onderscheiden van het al dan niet in stand laten van de gevolgen. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Wanneer een boom in strijd met het gemeenschapsrecht is gekapt, kunnen de feitelijke gevolgen niet meer ongedaan worden gemaakt. Juridische herziening van het besluit, dat immers in strijd was met het gemeenschapsrecht, opent echter de weg voor schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter.

²⁹ HvJEG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci, Jur. 1991, I-5357.

³⁰ HvJEG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jur. 1996, I-1029

weigering leidt, staan hem drie wegen ten dienste om schadevergoeding te verkrijgen:

- Hij kan tegelijk met zijn vernietigingsberoep de bestuursrechter verzoeken het bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen (art. 8:73 Awb);
- Hij kan een vordering uit onrechtmatige daad instellen bij de burgerlijke rechter;
- Hij kan het bestuursorgaan verzoeken om de schade te vergoeden. De beslissing op dat verzoek is een zogenaamd zuiver schadebesluit, waartegen hij zo nodig weer bezwaar kan maken en beroep kan instellen bij de bevoegde bestuursrechter.³¹

4.5 Is het bestuur schadeplichtig jegens derden als het het besluit wel herziet?

Weer een andere vraag is of het bestuur aansprakelijk kan zijn als het het met het gemeenschapsrecht strijdige besluit wel herziet en een derde – bijvoorbeeld de vergunninghouder – daardoor schade lijdt. Dit kan uiteraard het geval zijn als de herziening onrechtmatig is, bijvoorbeeld wegens een kennelijk onredelijke belangenafweging.

Denkbaar is echter ook, dat herziening van het besluit op zichzelf een verdedigbare beslissing is, maar alleen als het bestuur tegelijk de derde een tegemoetkoming in diens schade aanbiedt, omdat anders de gevolgen voor deze derde kennelijk onevenredig en daarom in strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb zijn (wij spreken dan van een zogenaamd onzuiver schadebesluit).

5 (On)aantastbaarheid van rechterlijke uitspraken naar Nederlands recht

5.1 Kracht van gewijsde en gezag van gewijsde

Een rechterlijke uitspraak heeft kracht van gewijsde gekregen, wanneer daartegen geen gewone rechtsmiddelen (verzet of hoger beroep of cassatie) meer openstaan, hetzij omdat de termijn voor het instellen daarvan ongebruikt is verstreken, hetzij omdat die rechtsmiddelen wel zijn aangewend, maar zonder succes. Het gevolg daarvan is dat de inhoud van de uitspraak gezag van gewijsde krijgt. Dit wil zeggen dat hetgeen de rechter in zijn uitspraak heeft vastgesteld, (tussen partijen) voor juist wordt gehouden.

5.2 Europeesrechtelijke dimensie

Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak Köbler gebogen over de vraag hoe dient te worden omgegaan met een uitspraak van een hoogste nationale rechter die in

³¹ Dit geldt echter niet, indien het schadeveroorzakende besluit een fiscaal besluit is, omdat in het belastingrecht bezwaar en beroep slechts openstaan tegen uitdrukkelijk door de wet aangewezen besluiten. Zie nader over de verschillende wegen om schadevergoeding te krijgen het ICER-advies 'Slapen en waken op het werk' vastgesteld op 1 februari 2005 n.a.v. het arrest Jaeger (zaak C-151/02), te vinden op www.ecer.minbuza.nl onder ICER/Adviezen.

strijd is met het gemeenschapsrecht.³² Het verschil met de situatie in de zaak Kühne is, dat het hier gaat om een uitspraak van een *rechter*, en niet om een besluit van een bestuursorgaan. Overeenkomst is, dat de hoogste rechter heeft verzuimd om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de juiste uitleg van het gemeenschapsrecht.

5.3 Het rechtsmiddel herziening in het bestuursprocesrecht

Op grond van artikel 8: 88 Awb kan de rechtbank op verzoek van een partij een onherroepelijk geworden uitspraak herzien op grond van feiten of omstandigheden die:

- a) hebben plaatsgevonden voor de uitspraak;
- b) bij de indiener van het verzoekschrift voor uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn;
- c) waren zij bij de rechtbank eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden.

Het is vaste jurisprudentie dat nieuwe jurisprudentie geen grond voor herziening oplevert. Een nieuwe uitleg van een rechtsregel heeft weliswaar in beginsel een declaratoir karakter – zij heeft bij nader inzien altijd al gegolden –, maar dat tast de geldigheid van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak niet aan, omdat het enkele feit dat een uitspraak bij nader inzien wellicht onjuist is, niet voldoende is voor herziening. Een en ander is ook na het arrest-Kühne nog diverse malen door Nederlandse bestuursrechters bevestigd.³³

5.4 Aantastbaarheid van definitief geworden rechterlijke beslissingen in het Nederlandse civiele recht³⁴

Een vonnis (of arrest) in een civiele zaak dat in kracht van gewijsde is gegaan, kan onder bepaalde voorwaarden op vordering van een partij worden herroepen. Voor rechterlijke beschikkingen geldt hetzelfde, tenzij de aard van de beschikking zich hiertegen verzet. Het rechtsmiddel moet worden aangewend binnen drie maanden nadat de grond voor herroeping is ontstaan en de eiser daarmee bekend is geworden.

In het Nederlandse civiele recht vormt latere rechtspraak geen grond voor herroeping van een definitief geworden vonnis of arrest. Dit geldt dus ook voor latere uitspraken van het Hof van Justitie. Herroeping is mogelijk indien aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd,
- b) het berust op stukken, waarvan de valsheid na het vonnis is erkend of bij gewijsde is vastgesteld, of

³² Eerder had het Hof van Justitie in zaak C-129/00, *Commissie/Italië*, in het kader van een inbreukprocedure al vastgesteld dat vaste jurisprudentie van een hoogste nationale rechter een inbreuk op het gemeenschapsrecht kan opleveren.

³³ CRvB 17 november 2006, AB 2007, 57 m.nt. R. Ortlep; ABRvS 27 oktober 2004, AB 2004, 427 m.nt. RW.

³⁴ Herroeping (voorheen: request civiel) van rechterlijke beslissingen in civiele zaken is geregeld in Boek 1, Titel 10, artikel 382 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

- c) de partij na het vonnis stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

5.5 Aantastbaarheid van definitief geworden rechterlijke beslissingen in het Nederlandse strafrecht

Herziening van rechterlijke beslissingen in strafzaken is geregeld in artikel 457 van het Wetboek van Strafvordering. Van belang is dat de wet expliciet bepaalt dat latere rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van Mens onder omstandigheden een grond voor herziening van een definitief geworden strafrechtelijke veroordeling kan vormen.

Herziening kan worden aangevraagd als aan één van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

- bewijsverklaringen uit diverse arresten of vonnissen spreken elkaar tegen;
- er blijken nieuwe omstandigheden, die, als zij eerder bekend waren geweest hadden geleid tot vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging, niet-ontvankelijkheid van het OM of tot toepassing van een minder zware strafbepaling;
- er is latere rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin is vastgesteld dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dan wel een protocol bij dit verdrag is geschonden in de procedure.

5.6 Onrechtmatige rechtspraak naar Nederlands recht

In Nederland geldt als uitgangspunt dat de staat alleen aansprakelijk kan worden gehouden wegens onrechtmatige rechtspraak indien bij de voorbereiding van de beslissingen zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdig behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, terwijl er geen hogere voorziening meer openstaat.³⁵ Dit criterium voor onrechtmatige rechtspraak is aanmerkelijk strenger dan het criterium dat geldt voor onrechtmatige bestuurshandelen.

Hieronder zal worden onderzocht of deze beperkte uitleg van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak in het licht van de zaak Köbler niet te beperkt is.

6 Het arrest Köbler

6.1 De casus

In de zaak Köbler³⁶ maakte de Oostenrijkse hoogleraar Köbler bezwaar tegen het feit dat hij geen normale anciënniteitsstoeilage kreeg. De reden die hij hiervoor aanvoerde, was dat hij weliswaar niet de vereiste vijftien jaar in dienst was als

³⁵ HR 3 december 1971, NJ 1972, 137 (m.nt. GJS), AB 1972, 27 (m.nt. JSt); HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 (m.nt. EAA). M. Schreuder-Vlasblom, de Awb; het bestuursprocesrecht (zevende druk), Deventer: Kluwer 2006, pag. 235.

³⁶ Zaak C-224/01, Gerhard Köbler en Republiek Oostenrijk, arrest van het Hof van 30 september 2003, n.n.g.

hoogleraar aan Oostenrijkse universiteiten, maar dat zijn diensttijd aan andere universiteiten in de Gemeenschap moest worden meegeteld.

Aanvankelijk had het Verwaltungsgerichtshof aan het Hof een prejudiciële vraag voorgelegd. Het Hof informeerde echter later of het Verwaltungsgerichtshof het noodzakelijk vond deze prejudiciële vraag te handhaven met het oog op een door het Hof inmiddels gewezen arrest. Hierop trok het Verwaltungsgerichtshof zijn prejudiciële vraag in. Vervolgens wees het het verzoek van Köbler om een anciënniteitstoelage af.

Vervolgens stelde Köbler een schadevergoedingsactie wegens onrechtmatige daad tegen de Oostenrijkse overheid. Hij stelde schade te hebben geleden, omdat hij ten onrechte geen anciënniteitstoelage had ontvangen. Over deze schadevergoedingsactie stelde het Landesgericht für Zivilrechtssachen op zijn beurt weer prejudiciële vragen aan het Hof.

6.2 De uitspraak

Het Hof stelt om te beginnen vast, dat het geen afbreuk wil doen aan de eerbiediging van het beginsel van het gezag van gewijsde. Niettemin zo stelt het Hof, mag een particulier niet de mogelijkheid worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen en zo bescherming van zijn rechten te verkrijgen.

Voor aansprakelijkheid van de staat voor onjuiste rechterlijke beslissingen formuleert het Hof de volgende voorwaarden:

- Het moet gaan om een regel van gemeenschapsrecht die er toe strekt rechten toe te kennen aan particulieren;
- Er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht;
- Er bestaat een rechtstreeks causaal verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de betrokkene geleden schade.
- Tenslotte dient het te gaan om een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechter.

Het Hof werkt vervolgens het begrip "voldoende gekwalificeerde schending" nader uit (punten 54 en 55).

De nationale rechter dient, om te beoordelen of aan die voorwaarde is voldaan, rekening te houden met alle elementen die aan hem voorgelegde situatie kenmerken. Deze elementen zijn onder meer:

- de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van geschonden regel;
- de vraag of de schending opzettelijk is begaan;
- eventuele verschoonbaarheid van de rechtsdwaling;
- een eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt;
- schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om een prejudiciële vraag stellen.

In ieder geval is een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd, wanneer de rechtspraak van het Hof op het gebied bij het nemen

van de betrokken beslissing *kennelijk* is miskend (punt 56). Hiervan is sprake wanneer het materiële recht ernstig is geschonden. Het enkele feit dat een nationale rechter heeft verzuimd prejudiciële vragen te stellen, levert echter niet noodzakelijkerwijs een voldoende gekwalificeerde schending op.

In de zaak Köbler kwam het Hof uiteindelijk tot de conclusie, dat er geen sprake van een kennelijke schending was. Dit is verklaarbaar, omdat er sprake was van een door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt (het Hof zelf), dat het stellen van een prejudiciële vraag niet nodig was. Derhalve had Köbler geen aanspraak op schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak.

Er zijn inmiddels verschillende uitspraken die de lijn die het Hof heeft ingezet met de zaak Köbler nader uitwerken. Hierna worden deze uitspraken besproken.

6.3 De zaak Traghetti.

In de zaak Traghetti moest het Hof oordelen over de situatie dat nationale (Italiaanse) wetgeving de aansprakelijkheid van de rechter sterk beperkte en wel tot de situatie waarin sprake is van handelen te kwader trouw of van grove schuld van de rechter. Wanneer hiervan precies sprake is wordt nauwkeurig omschreven in de Italiaanse wet.

De Italiaanse wet sloot aansprakelijkheid uit wanneer de rechter een fout had gemaakt die betrekking had op de vaststelling van de feiten of de uitleg van het recht. Toen Traghetti aanvoerde dat de Italiaanse rechter een onjuiste uitleg had gegeven van de mededingingsbepalingen uit het EG-Verdrag, waardoor zij schade had geleden, meende de Italiaanse overheid dat het hier een uitleg van rechtsregels betrof, die niet tot aansprakelijkheid kon leiden (punt 18).

Naar aanleiding hiervan stelde de Italiaanse rechter de prejudiciële vraag of een lidstaat aansprakelijkheid voor de uitleg van rechtsregels ook kon uitsluiten als het ging om de uitleg van Europese rechtsregels.

Het Hof verwijst allereerst naar het arrest Köbler. Het stelt vast dat de volle werking van het gemeenschapsrecht in gevaar zou komen wanneer het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden vergoeding kunnen krijgen van schade die een gevolg is van onrechtmatige rechtspraak. Er kan volgens het Hof ook sprake zijn van een kennelijke schending van het Gemeenschapsrecht, als een nationale rechter bepalingen van het Gemeenschapsrecht uitlegt. Wanneer aansprakelijkheid van de lidstaat wordt uitgesloten voor de beoordeling van de feiten of het bewijs, zou elke nuttige werking worden ontnomen aan het beginsel uit de zaak Köbler, dat een kennelijke schending van het gemeenschapsrecht die kan worden toegerekend aan een nationale rechterlijke instantie die uitspraak doet in hoogste aanleg, tot aansprakelijkheid van de lidstaat kan leiden.

Het Hof preciseert nog dat dit in het bijzonder geldt op het gebied van staatssteun, omdat de bescherming die particulieren aan het Verdrag ontnemen in ruime mate afhankelijk is van juridische kwalificaties van de feiten. Ook al kan niet worden

uitgesloten dat het nationale recht preciseert wanneer de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor een schending van het gemeenschapsrecht door de hoogste nationale rechter, deze criteria mogen geen geval eisen stellen die verder gaan dan het vereiste van een kennelijke schending van het toepasselijk recht zoals omschreven in de punten 53 tot met 56 van het arrest Köbler.

6.4 De zaak Kapferer

In de zaak Kapferer³⁷ boog het Hof zich opnieuw over het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken. In deze zaak was het Hof de vraag voorgelegd of het loyaliteitsbeginsel van artikel 10 EG een nationale rechter verplicht een rechterlijke beslissing te vernietigen wanneer blijkt dat deze in strijd is met het gemeenschapsrecht.

Het Hof geeft aan dat het doel van het beginsel van de kracht van gewijsde is, om zowel de stabiliteit van het recht als een goede rechtspleging te garanderen. Daarom is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijn is verstreken, niet meer opnieuw ter discussie kunnen worden gesteld.

Het gemeenschapsrecht verplicht een nationale rechter dan ook niet, nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven. Het Hof bevestigt in deze uitspraak dus de procedurele autonomie van de lidstaten.

Wel wijst het Hof op het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel. De procedures die gelden voor het gemeenschapsrecht mogen niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor overeenkomstige vorderingen op basis van nationaal recht en mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk maken.

Het Hof sluit verder niet expliciet uit dat een nationale rechter op dezelfde wijze als een nationaal bestuursorgaan verplicht zou kunnen zijn op een rechterlijke uitspraak terug te komen, maar laat het antwoord op deze vraag open. Evenals dit voor een nationaal bestuursorgaan het geval is, is in elk geval wel een vereiste dat de rechter hiertoe naar nationaal recht bevoegd is. Hiermee trekt het Hof een parallel met zijn uitspraak in de zaak Kühne, waar de nationaalrechtelijke bevoegdheid van het bestuursorgaan om op een besluit terug te komen ook een eerste vereiste is.

6.5 De zaak Lucchini: uitzondering op de hoofdregel?

In de uitzonderlijke en a-typische zaak Lucchini³⁸ speelt een van de criteria uit de zaak Köbler een rol, namelijk het criterium dat een standpunt is ingenomen door

³⁷ Arrest van het Hof van 16 maart 2006, Rosmarie Kapferer tegen Schlank & Schick GmbH, zaak C-234/04, n.n.g.

³⁸ Zaak C-119/05, Lucchini. In deze zaak heeft de AG Geelhoed op 14 september 2006 conclusie genomen.

een gemeenschapsinstelling. In deze zaak was een flagrante schending van het Gemeenschapsrecht aan de orde, namelijk het opzettelijk negeren van een Commissiebeschikking. Bovendien gingen om een terrein (staatssteun) waar de Commissie beschikt over exclusieve bevoegdheid.

De situatie was als volgt. De Europese Commissie had een Italiaanse maatregel waarbij steun werd verleend aan het staalbedrijf Lucchini, onverenigbaar verklaard met de interne markt. Tegen deze beschikking had Lucchini niet tijdig beroep ingesteld.

Toen de Italiaanse overheid de steun terugvorderde wegens strijd met het gemeenschapsrecht, stelde Lucchini hiertegen alsnog beroep in. Volgens Lucchini was terugvordering van de steun niet meer mogelijk, nu de uitspraak van de nationale civiele rechter de Italiaanse staat tot betaling van de toegezegde staatssteun verplichtte en deze uitspraak kracht van gewijsde had gekregen.

In deze zaak heeft de AG inmiddels conclusie genomen. De Nederlandse staat heeft voor het Hof het standpunt verdedigd, dat, gelet op de bijzondere bevoegdheden die de Europese Commissie in het kader van staatssteun heeft, het gezag van gewijsde van een nationale uitspraak niet aan de bevoegdheden van de Commissie kan afdoen. De Commissie had in dit geval de steun namelijk in strijd verklaard met de gemeenschappelijke markt.

De AG neemt dit standpunt over en concludeert dat het in dit bijzondere geval gaat om de uitoefening van communautaire bevoegdheden. Indien zou worden aanvaard, dat de uitspraak van de Italiaanse rechter kracht van gewijsde heeft, dan zou deze uitspraak de door het gemeenschapsrecht beheerste exclusieve bevoegdheid van de Commissie bij de toetsing van de steunmaatregel op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt opzij zetten en afbreuk doen de verplichtingen waaraan Italië bij de verlening van staatssteun is onderworpen (punt 47). De AG stelt vast, dat nationale rechters niet bevoegd zijn om zich over de verenigbaarheid van steun uit te spreken; alleen de Commissie heeft deze bevoegdheid. De rol van een nationale rechter is om te toetsen of aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 88, derde lid, EG is voldaan. Kortom, het gezag van gewijsde van een uitspraak van een nationale rechter kan niet afdoen aan de bevoegdheden die de Commissie op grond van de artikelen 87 EG en 88 EG heeft.

6.6 Conclusie

Het Hof wil zomin mogelijk afbreuk doen aan de eerbiediging van het gezag van gewijsde. Tegelijkertijd wil het Hof waarborgen dat een particulier in de gelegenheid is om de staat aansprakelijk te stellen en aldus bescherming van zijn rechten te krijgen. Het is waarschijnlijk daarom dat het Hof vernietiging van uitspraken van een nationale hoogste rechter in de zaak Köbler onwenselijk acht en zich concentreert op de mogelijkheid voor schadevergoeding voor een particulier.

7 Rechtswegen voor de benadeelde burger

7.1 Inleiding

Uit het voorafgaande blijkt, dat schade ten gevolge van een onjuiste uitleg van het gemeenschapsrecht zowel het gevolg kan zijn van een besluit van een bestuursorgaan als van een uitspraak van de hoogste rechter.

7.2 Kühne : miskening van het gemeenschapsrecht bij individueel besluit

Volgens de zaak Kühne kan een burger, jegens wie een met het gemeenschapsrecht strijdig besluit is genomen, zo spoedig mogelijk nadat het Hof het gemeenschapsrecht heeft uitgelegd, bij het bestuursorgaan een besluit vragen dat recht doet aan zijn situatie. Hij heeft alleen recht op een herzien besluit indien hij tegen het oorspronkelijke besluit tot in hoogste instantie heeft doorgeprocedeerd.

Het Hof somt in de zaak Kühne vier criteria op, waaraan de burger moet voldoen, wil hij kans maken op een nieuw en voor hem gunstig besluit 'ex tunc'. In het rapport zijn deze vier criteria zoveel mogelijk geconcretiseerd en naar de Nederlandse situatie vertaald. Twee criteria doen nog vragen rijzen.

Het gaat ten eerste om de eis, dat de burger het bestreden besluit tot in hoogste instantie moet hebben aangevochten. Men kan zich afvragen of men dit de burger ook kan tegenwerpen, indien het een besluit betreft waartegen het volgens vaste nationale rechtspraak nutteloos is om hoger beroep in te stellen.

De tweede eis die nog verduidelijking vergt, is het vereiste dat de belanghebbende zich 'onmiddellijk' tot het bestuursorgaan wendt, na kennis te hebben genomen van de uitspraak van het Hof.

7.3 Köbler: schadevergoeding voor onrechtmatige rechtspraak

Op grond van de zaak Köbler kan de burger een actie tot schadevergoeding jegens de staat instellen, wanneer de hoogste rechter een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht heeft begaan.

Om vast te stellen wanneer er sprake is van een uitspraak van een hoogste rechter waarvoor een particulier schadevergoeding kan eisen van de staat, heeft het Hof een aantal criteria geformuleerd:

- Het moet gaan om een rechtstreeks werkende regel van gemeenschapsrecht;
- Er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. Er is o.a. sprake van een voldoende gekwalificeerde schending wanneer er ten onrechte geen prejudiciële vraag is gesteld;
- Het gemeenschapsrecht verplicht een nationale rechter niet om nationale procedure regels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten en nationale rechterlijke beslissing te vernietigen wegens strijd met het gemeenschapsrecht.

7.4 Verhouding tussen Kühne en Köbler: keuzeruimte voor de burger?

Het is denkbaar dat deze twee scenario's in een concrete situatie geheel of gedeeltelijk samenlopen, zodat de burger kan kiezen tussen een verzoek om herziening van een besluit of een verzoek om schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt niet, of de burger zelf kan bepalen of hij er de voorkeur aan geeft een nieuw besluit aan het bestuursorgaan te ontlocken, een schadevergoeding te eisen wegens onjuiste rechtspraak of dat hij voor een combinatie van die twee opties kan kiezen.

Benadrukt moet worden dat het verkrijgen van een herzien besluit op zichzelf juridische waarde kan hebben, ook wanneer dit niets meer kan veranderen aan de feitelijke situatie. Het herzien van een besluit heeft immers gevolgen voor de omvang van de schade die, nadat het besluit is herzien, niet meer in de toekomst voortduurt. In dit verband kan men ook denken aan de verplichting van een justitiabele om de schade te beperken. In het geval van Kühne zelf leidt het herzien van het besluit er bijvoorbeeld toe, dat Kühne voor de toekomst de hogere subsidie voor zijn producten verwerft.

Ten tweede leidt een herzien besluit ertoe, dat de formele rechtskracht van het oorspronkelijke besluit ook voor de schadevergoedingsrechter ongedaan gemaakt is.

Een "overlap" tussen de beide arresten is hierin gelegen, dat ook bij Kühne tot in hoogste instantie moet zijn geprocedeerd. Wanneer de hoogste rechter het gemeenschapsrecht onjuist uitlegt en deze onjuiste uitleg later uit een arrest van het Hof zou blijken, is het in principe mogelijk om zowel nieuw besluit aan het bestuursorgaan te vragen als om een schadevergoeding te vragen wegens onrechtmatige rechtspraak.

8 Zijn wettelijke maatregelen nodig?

8.1 Is er reden om de 'Kühne-uitzondering' wettelijk te regelen?

De uitspraak in de zaak Kühne, die inhoudt dat het Hof de lidstaat kan verplichten tot het heroverwegen van een besluit, impliceert dat de gangbare uitleg van artikel 4:6 Awb moet worden genuanceerd. Volgens deze uitleg is nieuwe rechtspraak namelijk geen 'nieuw feit' dat noopt tot herziening van een besluit. Van belang is nu, dat het Hof in de Kühne-uitspraak heeft bepaald, dat een antwoord op een prejudiciële vraag onder bepaalde omstandigheden wel degelijk als een 'nieuw feit' moet worden beschouwd. In het Nederlandse recht is inmiddels ook aanvaard, dat uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de Mens kunnen leiden tot herziening van onherroepelijke strafrechtelijke veroordelingen (art. 457 Sv). Aangezien het hier echter de uitleg van een wettelijke bepaling betreft, is aanpassing van art. 4:6 Awb niet noodzakelijk. De nationale rechter kan en moet deze bepaling uitleggen in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof.

8.2 Moet de wetgever meer ruimte scheppen voor schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak?

In de literatuur is naar voren gebracht, dat het huidige criterium dat in Nederland geldt om te concluderen tot aansprakelijkheid van de staat wegens onrechtmatige rechtspraak te beperkt is, en dat de mogelijkheid voor schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak moet worden verruimd.³⁹

In Nederland geldt als uitgangspunt in de rechtspraak dat de staat alleen aansprakelijk kan worden gehouden wegens onrechtmatige rechtspraak indien bij de voorbereiding van de beslissingen zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Dit criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak is aanmerkelijk strenger dan het criterium ‘voldoende gekwalificeerde schending’, dat het Hof hanteert. De Hoge Raad kan echter zelf zijn rechtspraak op dit punt aanpassen, zodat ook hiervoor geen wijzigingen van de wet nodig zijn.⁴⁰

³⁹ Steyger meent dat dit inderdaad een te beperkte interpretatie is. Zie: De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht, E. Steyger, NTER 2004, pag. 18.

⁴⁰ Zie in deze zin ook Handelingen van de Eerste Kamer, 2003-2004, Vragen van het lid Jurgens (PvdA) van 9 maart 2004.