



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie. De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd

Barkhuysen, T.; Griffioen, H.M.

Citation

Barkhuysen, T., & Griffioen, H. M. (2004). Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie. De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd. *Nederlands Juristenblad*, 79(41), 2132-2140. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12678>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12678>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie



T. Barkhuysen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.



H.M. Griffioen LL.M. is als PhD-fellow verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Dit artikel is mede geschreven in het kader van de onderzoeksprogramma's 'Securing the Rule of Law in Multilevel Jurisdictions' en 'Geschillenbeslechting' van het Leidse E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. De tekst is afgerond op 9 september 2004, waarna hij nog op enkele kleine punten is geactualiseerd.

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op internet: www.njb.nl

De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd

Met Kühne & Heitz heeft het Hof van Justitie EG een belangrijke nieuwe bouwsteen toegevoegd aan de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht. De oude vertrouwde formele rechtskracht en de kracht van het gewijsde zijn aan het wankelen gebracht. Daarmee is een complex rechtersrecht ontstaan dat alleen nog door experts te begrijpen is.

De tijden dat een uitspraak van een hoogste nationale rechter nog letterlijk een arrest – een einde van de rechtsstrijd – was, zijn voorbij. In het (allang fictieve) model van de afgebakende, in zichzelf gekeerde nationale rechtsorde kwam een rechterlijke uitspraak eigenlijk neer op de verwerkelijking van het woord van de wetgever in het concrete geval. De rechterlijke hiërarchie garandeerde de integriteit van de rechtsorde: de hoogste rechter bepaalde *definitief* hoe de wil van de wetgever in het concrete geval moest worden geacht te luiden. Maar in het rijk van de overlappende bevoegdheden dat de Europese Unie is, kan men niet meer spreken van *de* wetgever of van *de* rechterlijke hiërarchie. De nationale rechter past dikwijls (Europese) wetten toe, waarbij hij niet meer het laatste woord heeft over de interpretatie daarvan; die is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG). Het was daarom slechts een kwestie van tijd voordat aan de reeds bestaande communautaire doctrines – zoals directe werking, aan-

sprakelijkheid van de lidstaat voor schendingen van gemeenschapsrecht e.d. – ook de erkenning van de feilbaarheid van de nationale rechter en de principiële aantastbaarheid van diens uitspraken en van de formele rechtskracht¹ van daaraan ten grondslag liggende besluiten toegevoegd zou worden. Het HvJ EG heeft dat intussen gedaan in het drieluik *Köbler, Kühne & Heitz* en *Commissie/Italië*.²

Over deze zaken is alleen al in Nederland uitvoerig gepubliceerd.³ In aansluiting daarop zal in deze bijdrage op relatief beknopte wijze worden bezien welke betekenis deze Europese jurisprudentie – en met name de uitspraak inzake *Kühne & Heitz* – heeft voor de formele rechtskracht van besluiten en de kracht van gewijsde van rechterlijke uitspraken. Daarbij zullen centraal staan de implicaties op het terrein van het bestuursrecht, maar er zal ook een blik worden geworpen op het strafrecht en het civiele recht.

1. Zie over dit leerstuk in nationale context uitvoerig E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechts-*

kracht: de kleren van de Keizer (diss. Maastricht), Den Haag 1998.

2. HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, AB 2003, 429,

m.nt. RW, JB 2004, 41, m.nt. MC (Köbler); HvJ EG 13 januari 2004, C-453/00, AB 2004, 58, m.nt. RW, JB 2004, 42, m.nt. NV (Kühne

& Heitz); HvJ EG 9 december 2003, C-129/00, AB 2004, 59, m.nt. RW, JB 2004, 72, m.nt. MC (Commissie/Italië).

I Herziening van besluiten en rechterlijke uitspraken naar Nederlands bestuursrecht

1.1 Herziening van besluiten

Naar huidig Nederlands recht is een bestuursorgaan in beginsel steeds bevoegd om terug te komen van een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen, ook wanneer daaraan geen nieuw gebleken feiten en omstandigheden (nova) in de zin van artikel 4:6 lid 1 Awb ten grondslag worden gelegd, zij het dat daarbij steeds rekening moet worden gehouden met eventuele belangen van derden.⁴ Wanneer er geen sprake is van nova, biedt artikel 4:6 lid 2 Awb bestuursorganen echter de mogelijkheid een aanvraag om terug te komen van een eerder besluit (een 'herhaalde aanvraag') simpelweg af te wijzen met verwijzing naar dat eerdere besluit. Benadrukt zij dat het bij dat laatste gaat om een bevoegdheid en niet om een verplichting. Worden wel nova aangevoerd, dan moet een bestuursorgaan een herhaalde aanvraag in beginsel gewoon behandelen en kan het niet volstaan met de vereenvoudigde afwijzing op basis van een beperkte motivering. Het bestuursorgaan moet dan de betekenis van de nova onderzoeken en, als het de aanvraag niet kan inwilligen, motiveren waarom op basis van de nova niet tot een andere uitkomst wordt gekomen, bijvoorbeeld in verband met betrokken derdenbelangen. Met het begrip 'nova' wordt bedoeld op nieuwe of nieuw gebleken informatie die niet eerder naar voren had kunnen worden gebracht over feiten en omstandigheden waarvan niet op voorhand vaststaat dat deze geen afbreuk kan doen aan het oorspronkelijke besluit. Uit de jurisprudentie blijkt dat latere rechtspraak, al dan niet afkomstig van Europese rechters, tot nu toe niet als een novum in de zin van artikel 4:6 Awb wordt aangemerkt zodanig dat het aanvoeren daarvan het betrokken bestuursorgaan zou verplichten tot een dergelijke gewone behandeling.⁵ Dit is niet anders wanneer uit deze rechtspraak blijkt dat sprake kan zijn van een schending van fundamentele rechten.⁶ Dit impliceert dat bestuursorganen bevoegd zijn om een aanvraag om terug te komen van een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen simpelweg af te wijzen met verwijzing naar het eerdere besluit, ook wanneer dat eerdere besluit blijkens de betreffende rechtspraak in strijd is met het recht. De ratio daarvan is duidelijk: zou een latere rechterlijke uitspraak wel als een novum worden gezien, dan zouden via de achterdeur van de nieuwe aanvraag de bezwaar- en beroepstermijnen en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen kunnen worden omzeild waarmee de rechtszekerheid niet zou zijn gediend.

Nu een latere rechterlijke uitspraak geen novum is in de zin van artikel 4:6 Awb, is het interessant om te bezien op welke wijze de rechter besluiten op herhaalde aanvragen toetst waarin geen nova aan de orde zijn. Een tweetal situaties kan worden onderscheiden.

In de eerste plaats kan het bestuursorgaan besluiten een dergelijke aanvraag op grond van artikel 4:6 lid 2 Awb vereenvoudigd af te doen en de aanvraag zonder inhoudelijke heroverweging afwijzen. Een eventueel daartegen gericht beroep zou door de Afdeling bestuursrechtspraak worden afgewezen: bij het ontbreken van nova is een bestuursorgaan nooit verplicht inhoudelijk te heroverwegen.⁷ Uitgangspunt is volgens de Afdeling verder dat de rechter in dergelijke gevallen zijn toets beperkt tot de vraag of de conclusie ter zake van de nova al dan niet terecht was. Als er inderdaad geen nova aan de orde zijn, is de rechter gelet op het algemene rechtsbeginsel op grond waarvan niet meermaals mag worden geoordeeld over eenzelfde zaak (*ne bis in idem*) en het bepaalde in artikel 8:1 Awb niet bevoegd het besluit inhoudelijk te toetsen.⁸ De Centrale Raad van Beroep sloot in dit soort gevallen een inhoudelijke rechterlijke toets echter niet geheel uit wanneer het besluit willekeurig dan wel anderszins in strijd met het recht zou zijn. Dit zou aan de orde kunnen zijn indien de evidente onjuistheid van het oorspronkelijke besluit zou blijken uit latere informatie. In een dergelijke situatie zou dan ook de verplichting kunnen bestaan voor bestuursorganen om – ondanks het ontbreken van nova – terug te komen van een besluit met formele rechtskracht.⁹ In een recente uitspraak sluit de Centrale Raad op dit punt echter (vrijwel geheel) aan bij de lijn van de Afdeling.¹⁰ In vreemdelingenzaken lijkt de Afdeling zelfs aan deze strenge lijn vast te houden wanneer er een uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM dreigt, zij het dat daarvan 'onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende feiten en omstandigheden' moet worden afgeweken.¹¹ Dergelijke omstandigheden heeft de Afdeling tot nu toe echter alleen aangenomen in een zaak waarin tussen partijen niet in geschil was dat er bij terugkeer naar het land van herkomst een inhumane behandeling zou volgen.¹²

In de tweede plaats kan het bestuursorgaan besluiten over te gaan tot een *inhoudelijke* heroverweging van het oorspronkelijke besluit ondanks het feit dat er geen sprake is van nova. De bestuursrechter respecteert deze keuze tot een – onverplichte – heroverweging in beginsel.¹³ Indien een bestuursorgaan na een onverplichte inhoudelijke heroverweging geen aanleiding ziet het besluit te herzien en daartegen zou bij de rechter worden opgekomen, dan dient deze

3. M. de Jong, 'Kühne: vraag CBB over consequenties van latere afwijkende prejudiciële uitspraak voor formele rechtskracht van eerdere besluiten', *NTER* 2001, p. 29-35; E.M. Vermeulen, 'Het gemeenschapsrecht en de formele rechtskracht van Awb-besluiten', *JB-plus* 2002, p. 38-48; A.J.C. de Moor-van Vuigt & E.M. Vermeulen, 'Correctie gebrekkige toepassing EG-recht', *JB-plus* 2004, p. 58-68; J.H. Jans & K.J. de Graaf, 'Bevoegdheid verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kühne & Heitz*', *NTER* 2004, p. 98-102; R.J.G.M. Widdershoven & R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *O&A* 2004, p. 34-48; E. Steyger, 'De gevolgen van aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', *NTER* 2004, p. 18-22; B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', *O&A* 2003, p. 149-159; E. Steyger, 'Formele rechtskracht geen rustig bezit

meer', *NTB* 2003, p. 231; W.Th. Braams, 'Formele rechtskracht in civielrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief', *NTBR* 2004, p. 163. In meer algemene zin: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer 2004. Na afronding van deze bijdrage verscheen de voor het onderhavige onderwerp relevante dissertatie van R.E. Bakker, *Terecht, maar te laat. De werking in de tijd van verandering van bestuursrechtspraak* (diss. Maastricht), Maastricht 2004.

4. Zie over artikel 4:6 Awb in algemene zin o.a. H.E. Bröring & A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb', *JB-plus* 2002, p. 54-71; J. de Vries, 'Artikel 4:6 Awb: enkele beschouwingen over de jurisprudentie van bestuursrechters', *Gemeentestem* 2002, p. 521-528.

5. CRvB 18 december 1997, *AB* 1998, 124, m.nt. HBR, *JB* 1998, 40, m.nt. EVDL (malus II). Vgl. PG Awb I,

p. 245-246 waaruit blijkt dat de regering het antwoord op de vraag of nieuwe jurisprudentie een novum kan zijn aan de rechter wilde overlaten.

6. CRvB 15 januari 1998, *AB* 1998, 188.

7. ABRvS 29 augustus 2000, *AB* 2001, 165, m.nt. Marseille (inrit Albert Cuyp).

8. ABRvS 4 april 2003, *AB* 2003, 315, m.nt. BPV; ABRvS 3 maart 2004, *JB* 2004, 154, m.nt. EVDL.

9. CRvB 17 januari 2001, *JB* 2001, 75.

10. CRvB 4 december 2003, *AB* 2004, 125, m.nt. HBR.

11. ABRvS 6 november 2002, *AB* 2003, 56, m.nt. BPV; ABRvS 19 mei 2004, *JV* 2004, 313, m.nt. TS (waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de rechter steeds moet toetsen of sprake is van deze bijzondere omstandigheden).

12. ABRvS 24 april 2003, *AB* 2003, 316, m.nt. BPV.

13. CRvB 28 november 1995, *JB* 1996, 33 (yogaopleiding); ABRvS 28 juni 1999, *AB* 1999, 415 (tuinbouwkas Moerkapelle).

De zaak Kühne & Heitz moet in samenhang worden gezien met de andere twee panelen van het drieluik 'gebrekkige rechtspraak': de zaak Köbler en de zaak Commissie/Italië.

zijn toetsing – als hiervoor al geschetst vanwege de *ne-bis-in-idem*-regel – te beperken tot de vraag of er al dan niet sprake is van nova. Voor een inhoudelijke toets door de rechter is in beginsel geen plaats, zij het dat de Centrale Raad van Beroep anders dan de Afdeling nog ruimte lijkt te laten voor een zeer marginale toetsing.¹⁴ Komt het bestuur na een onverplichte inhoudelijke heroverweging wel tot een andersluidend besluit, dan lijken de zaken deels anders te liggen in die zin dat er dan ruimte bestaat voor een normale rechterlijke toetsing. In dat kader blijkt dat de rechten en belangen van derden (burgers en betrokken bestuursorganen) die aan het eerdere onherroepelijke besluit rechtszekerheid konden ontlenuen zich tegen een dergelijke herziening kunnen verzetten, waarbij een rol speelt of een herhaalde aanvraag wordt gebruikt door rechtzoekenden die eerder door het laten verstrijken van bezwaar- en beroepstermijnen rechtsmiddelen onbenut hebben gelaten.¹⁵

1.2 Herziening van rechterlijke uitspraken

Artikel 8:88 Awb voorziet in de mogelijkheid van herziening van uitspraken van bestuursrechters die kracht van gewijsde hebben gekregen. Daarvoor is het noodzakelijk dat nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd die a) hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak, b) bij de indiener van het verzoek om herziening niet bekend waren of redelijkerwijs konden zijn en c) als zij wel eerder bekend waren geweest tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. Jurisprudentie van na de uitspraak die een nieuw licht op de zaak kan werpen wordt, ook als deze afkomstig is van een Europese rechter, alleen al vanwege de onder a) genoemde voorwaarde niet als een novum in de zin van artikel 8:88 Awb aangemerkt. Van jurisprudentie van voor de uitspraak lijkt in beginsel te worden aangenomen dat deze op zijn minst bij de indiener bekend *kon* zijn, zodat niet aan voorwaarde b) wordt voldaan.¹⁶

De herzieningsmogelijkheden van de artikelen 4:6 en 8:88 Awb zijn, gelet op de geldende voorwaarden, in zekere zin complementair in die zin dat voor de herziening van een besluit feiten van na een rechterlijke uitspraak over dat besluit wel als nova kunnen worden aangemerkt, terwijl dat niet geldt voor de herziening van een uitspraak. Overigens blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb dat bij twijfel over de vraag of het gaat om feiten die een herziening van een uitspraak dan wel van een besluit kunnen rechtvaardigen, die laatste weg moet worden gevolgd.¹⁷ Voor de verwerking van Europese rechtspraak is het in dat licht dus extra problematisch dat nieuwe jurisprudentie niet als een novum in de zin van artikel 4:6 Awb wordt aangemerkt.

1.3 Een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat

Een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat op grond van artikel 6:162 BW zou – in theorie – een alternatief kunnen zijn voor een herziening van een besluit indien uit (Europese) rechtspraak zou blijken dat een besluit of uitspraak daarmee in strijd zou zijn. Naar de huidige stand van de jurisprudentie van de civiele rechter maakt een dergelijke actie echter weinig tot geen kans. Waar het betreft besluiten die

formele rechtskracht hebben, zal de civiele rechter in beginsel uitgaan van de rechtmatigheid daarvan. Uit jurisprudentie volgt dat latere rechtspraak geen reden is voor de doorbreking van deze formele rechtskracht, ook niet wanneer daaruit blijkt dat de regeling waarop een besluit is gebaseerd in strijd is met hoger recht.¹⁸ Recentelijk heeft de Hoge Raad nog uitgemaakt dat ook het EG-recht zich niet verzet tegen de toepassing van het beginsel van formele rechtskracht. Het betrof een civiele zaak waarin belastingplichtigen betaalde belasting terugvorderden omdat deze was gebaseerd op een regeling die – blijkens een uitspraak van het HvJ EG gewezen na het tijdstip waarop de belastingaanslagen formele rechtskracht hadden gekregen door het laten verlopen van de beroepstermijnen – in strijd was met de Zesde BTW-Richtlijn.¹⁹

Voor een actie uit onrechtmatige rechtspraak geldt iets vergelijkbaars. De Hoge Raad is op dit punt zeer terughoudend ter bewaking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en neemt alleen aansprakelijkheid aan indien er sprake is van een schending van dusdanig fundamentele rechtsbeginselen dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.²⁰ Er is nog geen jurisprudentie bekend waarin op basis van latere Europese rechtspraak aansprakelijkheid wordt aangenomen, noch voor besluiten, noch voor rechterlijke uitspraken. Niet uitgesloten is echter dat de Hoge Raad deze aansprakelijkheid veruimt door meer uitzonderingen op de formele rechtskracht van besluiten aan te nemen en eerder aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak vast te stellen. Daarvoor wordt in de literatuur ook sinds jaar en dag gepleit.²¹

2 De uitspraak inzake Kühne & Heitz

2.1 Het voortraject

De prejudiciële uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Kühne & Heitz* gaat over de situatie dat een bestuursbesluit, waartegen tot in hoogste nationale instantie tevergeefs geprocedeerd is, blijkens een latere prejudiciële uitspraak in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn geweest. In die situatie staat het vast dat het hoogste nationale rechtscollege een onjuiste interpretatie van het gemeenschapsrecht heeft gegeven. Het belang van het ongedaan maken van de met het gemeenschapsrecht strijdige situatie – de verzekering van de effectieve werking van het gemeenschapsrecht – staat dan tegenover het belang van de finaliteit van het rechterlijk oordeel – het beginsel *litres finiri oportet*. Zoals reeds uit het voorgaande bleek, geeft deze situatie naar huidig Nederlands recht noch grond voor een heroverwegingsplicht van het besluit, noch voor herziening van het rechterlijk oordeel.

De episode die leidde tot deze belangrijke prejudiciële uitspraak begon met een terugvorderingsbesluit van het Productschap voor Pluimvee en Eieren in 1990. Kühne & Heitz NV, exporteur van o.a. kip, zou in de periode 1987-1988 teveel exportrestituties hebben ontvangen, aangezien de kippendelen in het toenmalige besluit verkeerd zouden zijn gecategoriseerd. Ingevolge het Gemeenschappelijk Douane Tarief (GDT) waren de exportrestituties voor 'dijen' hoger dan voor de restcategorie 'andere delen'. De kippendelen in kwestie zouden als 'andere delen' te kwalificeren zijn, omdat ze naast de dij ook delen van het rugstuk omvatten. Het Productschap was er al in 1988 toe overgegaan deze producten in te delen onder de restcategorie.

Geeft de rug de doorslag, of toch de dij? Een klassieke

14. CRvB 4 december 2003, AB 2004, 125, m.nt. HBR; ABRvS 3 maart 2004, LJN-nr AO4759. Nog meer in de richting van de Afdeling lijken te gaan CRvB 27 februari 2004, AB 2004, 230, m.nt. HBR; CRvB 29 april 2004, AB-kort 2004, 425.
15. ABRvS 24 december 2000, JB 2000, 345 (intrekking PKB Betuweroute).
16. ABRvS 26 maart 1996, AB 1996, 253, m.nt. AvH (beroep op de Procola-uitspraak van het EHRM terwijl deze uitspraak al bekend was op het moment dat de Afdeling de uitspraak deed waarvan herziening werd gevraagd; uit de bewoordingen van de Afdeling volgt echter niet dat jurisprudentie principieel nooit als een novum zou kunnen worden gezien).
17. PG Awb II, p. 515.
18. HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40, m.nt. FHvdB, NJ 1993, 638, m.nt. MS (Vulhop).
19. HR 24 januari 2003, JB 2003, 44, m.nt. EvdL, AB 2003, 120, m.nt. RW (Maple Tree BV/Staat).
20. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS, AB 1972, m.nt. Stellinga; HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, met noten CJHB en EAA.
21. Zie o.a. V. van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', NJB 2000, p. 789-795 (met nadere verwijzingen).

interpretatiekwestie, zo lijkt het, waarbij beide oplossingen te verdedigen zijn. Toch achtte het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, waar Kühne & Heitz het terugvorderingsbesluit uiteindelijk aanvochten, het niet nodig een prejudiciële opheldering van het HvJ EG te vragen. De grammatica van de GDT-verordening was volgens het CBB duidelijk genoeg: de dijk is nauwkeurig omschreven, dus valt al het overige erbuiten. Weliswaar beriepen Kühne & Heitz zich op jurisprudentie van het HvJ EG, maar het CBB zag daarin geen oplossing van de rechtsvraag die voorlag.

Het betwiste terugvorderingsbesluit betrof de periode 1987-1988; Kühne & Heitz hadden nagelaten op te komen tegen de restitutiebeschikkingen die vanaf 1988 uitgingen van de voor hen nadelige indeling. Toen de uitspraak van het CBB in 1991 werd gewezen, leek men zich terecht de moeite van het (naar achteraf bleek) kansloos procederen te hebben bespaard. Uit het latere arrest-*Voogd* van het HvJ EG²² bleek echter dat de GDT-indeling toch niet zo'n *acte clair*²³ was als het CBB had aangenomen. Deze prejudiciële uitspraak betrof exact dezelfde rechtsvraag, en viel in gunstige zin uit voor *Kühne & Heitz*: het ahangig zijn van een deel van de rug doet de dijk niet ophouden dijk te zijn, mits dit rugstuk – vrij vertaald – niet te groot is. Redelijk snel na deze uitspraak dienden *Kühne & Heitz* dan ook een aanvraag in bij het Productschap om in de eerste plaats terug te komen op het (inmiddels bijna vijf jaar) eerdere terugvorderingsbesluit en in de tweede plaats de te weinig ontvangen restituties aan te vullen vanaf de periode dat het Productschap het lage tarief verstrekke. Deze verzoeken werden (ook in bezwaar) afgewezen. Volgens het Productschap was er geen enkele reden om terug te komen op het eerdere besluit, vooral omdat deze door het CBB in stand was gelaten.

Vervolgens is het opnieuw het CBB dat deze afwijzing moet beoordelen.²⁴ Het College erkent dat het in 1991 ten onrechte er van uit is gegaan dat de juiste interpretatie van de tariefposten niet betwifelbaar was. De centrale vraag is nu of het verzoek tot heroverweging van *Kühne & Heitz* de achterdeur kan zijn waarlangs de kracht van gewijsde van de eerdere onjuiste interpretatie, en daarmee de formele rechtskracht van het eerdere gebrekkige besluit, kan worden 'gepasseerd'. Impliciet was het Productschap er van uitgegaan dat het verzoek zonder meer op grond van artikel 4:6 lid 2 Awb vereenvoudigd mocht worden afgedaan.²⁵ Maar het CBB is daar niet zo zeker van, zowel om redenen van nationaal- als van gemeenschapsrecht. Zelfs bij het ontbreken van nova kan het bestuursorgaan, zo stelt het CBB, onder omstandigheden *verplicht* zijn om een eerder (definitief geworden) besluit te heroverwegen. Waar het College op doelt is niet helemaal duidelijk. Het betreft wellicht de (oude) jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over artikel 4:6 lid 2 Awb die het bestuursorgaan – bij een herhaalde aanvraag zonder nieuwe feiten – tóch verplichtte om te bezien of het definitief geworden besluit niet 'evident onjuist' was. Een andere mogelijkheid is dat het College doelde op de (situaties die aanleiding geven tot de) uitzonderingen op de formele rechtskracht, die sinds jaar en dag door de Hoge Raad worden geformuleerd. Tot nu toe heeft de Hoge Raad, voor zover hier relevant, echter alleen een uitzondering aanvaard wanneer rechtzoekenden door de overheid op het verkeerde been zijn gezet over de aan te wenden rechtsmiddelen en daardoor de bestuursrechtelijke rechtsgang niet (tijdig) hebben benut dan wel in het geval de rechtzoekende en de overheid het eens zijn over de onrechtmatigheid van het besluit.²⁶

De verwijzingsvraag die het CBB uiteindelijk aan het HvJ EG stelt, sluit hier nauw op aan. Eist de 'volle wer-

king van het gemeenschapsrecht' dat de heroverwegingsbevoegdheid van artikel 4:6 Awb tot een plicht wordt? Met louter een heroverwegingsbevoegdheid zou de volle werking van het gemeenschapsrecht immers nauwelijks geëindigd zijn: de uitoefening van deze bevoegdheid is zoals gezegd naar Nederlands recht volledig vrij en ongesanctioneerd. Het College beantwoordt de helft van deze vraag zelf: ten aanzien van definitief geworden besluiten waartegen destijds geen rechtsmiddelen zijn aangewend, kan en zal het gemeenschapsrecht volgens het CBB geen heroverwegingsplicht eisen, omdat anders een administratieve chaos het gevolg zou zijn. Daarop strandt het tweede verzoek van *Kühne & Heitz* – betaling van het meerdere aan restitutie dat zij zouden hebben ontvangen wanneer de kippendelen vanaf 1988 in de juiste tariefgroep zouden zijn ingedeeld.

2.2 De antwoorden van het HvJ EG

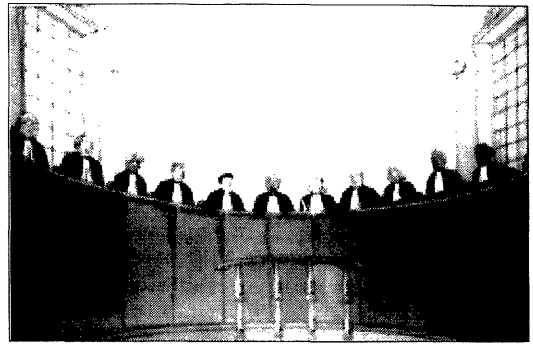
Het HvJ EG beantwoordt de verwijzingsvraag bevestigend: in omstandigheden zoals door het CBB geschetst is een bestuursorgaan verplicht om 'zijn besluit opnieuw te onderzoeken'. Daarmee is een belangrijke principiële uitspraak gedaan. Maar anderzijds is de betekenis van de uitspraak beperkt door de striktheid van de randvoorwaarden. Het bestuursorgaan is slechts gehouden zijn besluit opnieuw te onderzoeken wanneer:

1. het naar nationaal recht bevoegd is op dat besluit terug te komen;
2. het besluit definitief is geworden nadat de hoogste nationale rechter zich erover heeft uitgesproken (zonder een prejudiciële vraag te stellen);
3. die uitspraak, blijkens een latere prejudiciële uitspraak, berust op een onjuiste interpretatie van het gemeenschapsrecht en
4. de betrokkene 'onmiddellijk na' kennisname van het prejudicieel arrest een nieuwe aanvraag heeft ingediend.

Het is opvallend dat de geformuleerde randvoorwaarden een exacte kopie zijn van de omstandigheden van het geval *Kühne & Heitz*. Wat moeten we hieruit afleiden? Het Hof heeft zich ofwel zeer dicht bij de prejudiciële vraag gehouden, ofwel de *Kühne & Heitz*-casus is al direct het archetype van dit nieuwe leerstuk. Het laatste lijkt onwaarschijnlijk, aangezien bij elk van de randvoorwaarden wel vervolgvragen rijzen. Op dergelijke vragen zal in deze bijdrage nog nader worden ingegaan. Eerst wordt nu echter de uitspraak inzake *Kühne & Heitz* in een breder jurisprudentieel kader geplaatst.

3 Kühne & Heitz als onderdeel van het drieliuk 'gebrekkige rechtspraak'

De zaak *Kühne & Heitz* moet in samenhang worden gezien met de andere twee panelen van het drieliuk 'gebrekkige rechtspraak': de zaak *Köbler* en de zaak *Commissie/Italië*.²⁷ In *Köbler* is vastgesteld dat de aansprakelijkheid van de lidstaat voor schendingen van gemeenschapsrecht ook geldt wanneer die schending is veroorzaakt door een in laatste instantie oordelende nationale rechter. *Commissie/Italië* betreft het eerste geval waarin een lidstaat in een inbreukprocedure (artikel 226 EG) veroordeeld wordt ten ge-



Hof van Justitie EG

22. HvJ EG 5 oktober 1994, C-151/93, *Jur.* 1994, p. I-4915.
23. Criteria om te bepalen of daarvan sprake is volgen uit HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (Clift).
24. CBB 1 november 2000, JB 2000, 355, m.nt. EvdL, AB 2001, 32, m.nt. JHvdV.
25. Het Productschap ging er namelijk van uit dat de enige mogelijkheid om iets af te doen aan een definitief geworden besluit, de herzieningsmogelijkheid van artikel 8:88 Awb was.
26. HR 16 mei 1986, AB 1986, 573, m.nt. FHvdB, NJ 1986, 723, m.nt. MS (Heesch/vd Akker); HR 18 juni 1993, AB 1993, 504, m.nt. FHvdB, NJ 1993, 642, m.nt. MS (Sint-Oedenrode/Van Aarle).
27. Op deze laatste zaak zal in het vervolg niet worden ingegaan, omdat er geen directe implicaties zijn voor particulieren.

Nieuwe rechtspraak van het HvJ EG die eerdere beslissingen van in laatste instantie rechtsprekende bestuursrechters op losse schroeven zet, moet worden aangemerkt als novum in de zin van artikel 4:6 Awb, mits aan de overige Kühne & Heitz-criteria is voldaan.

volge van een (stelselmatige) verdragsschending door de nationale rechter.

De zaak *Köbler* is van de drie onmiskenbaar de belangrijkste uitspraak.²⁸ Alleen *Köbler* creëert een echt communautair rechtsmiddel – in vervolg op *Franco-vich*²⁹ en *Brasserie du Pêcheur*³⁰ – dat uniform en zonder tussenkomst van de nationale wetgever in de rechtsstelsels van de Lidstaten wordt neergelaten. Dat uitspraken van hoogste nationale rechtscollages principieel aantastbaar zijn in het licht van het gemeenschapsrecht, is een gegeven dat al lang ‘in het vat’ zat. Op de hem kenmerkende manier illustreert het Hof in *Köbler* dat deze ontwikkeling niet meer is dan een logisch voortvloeisel van de gedachte van een communautaire rechtsorde. Eigenlijk stond de aansprakelijkheid van de lidstaat voor schendingen van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter al vast in het arrest *Brasserie du Pêcheur*, aangezien de daar geformuleerde aansprakelijkheid voor de lidstaat als eenheid geldt, ongeacht welke macht (wetgeving, besturend, of rechtsprekend) de schending veroorzaakt heeft.³¹ In *Köbler* wordt ook bij de al bestaande communautaire rechtsmiddelen aangehaakt doordat voor het aannemen van aansprakelijkheid wordt vereist dat de Lidstaat zich heeft schuldig gemaakt aan een *voldoende gekwalificeerde* schending van het gemeenschapsrecht. Toegespitst op onrechtmatige rechtspraak betekent dit dat de rechter het gemeenschapsrecht *kennelijk* heeft geschonden; een eis die wordt ingeleurd als ware het een culpoos delict.³² Hieruit volgt dat – althans in de Nederlandse context – aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak niet alleen mogelijk moet zijn bij een schending van fundamentele beginselen (zoals volgt uit de hiervoor beschreven geldende jurisprudentie van de Hoge Raad), maar dat deze uitgebreid moet worden naar alle mogelijke schendingen van gemeenschapsrechtelijke regels. Het praktische effect van deze vereiste uitbreiding wordt anderzijds weer beperkt doordat niet snel een *kennelijke* schending van deze regels zal worden aangenomen.

De *Köbler*-aansprakelijkheid zit daarmee op een ander – principiële – spoor van jurisprudentie dan de heroverwegingsplicht van *Kühne & Heitz*. De heroverwegingsplicht hoort bij de jurisprudentie over de grenzen aan de procesrechtelijke autonomie van

de Lidstaten bij het verzekeren van de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht. Dat lijkt althans de lijn van het Hof te zijn. Advocaat-generaal Léger had er overigens op aangedrongen om de heroverwegingsplicht te zien als een communautair rechtsmiddel.³³ Omdat het onvermijdelijk is dat de rechten die ontleend worden aan het gemeenschapsrecht uitgeoefend moeten worden in, en daarmee mede gestalte krijgen door, het nationale procesrecht, heeft het Hof een toetsingskader ontworpen voor procesrechtelijke regels. Deze moeten volgens de *Rewe/Comet*-jurisprudentie³⁴ voldoen aan de beginselen van *gelijkwaardigheid* en *doeltreffendheid*: een gemeenschapsrechtelijke vordering moet evenveel kansen bieden als een vergelijkbare nationale vordering, en de processuele mogelijkheden van de rechtshabende moeten adequaat zijn om zijn aanspraak te kunnen verzilveren. Tussen de regels van de uitspraak *Kühne & Heitz* lezend kunnen we concluderen dat in deze zaak de doeltreffendheid in geding is.³⁵ Een al te strikte handhaving van de formele rechtskracht zou in het geval *Kühne & Heitz* de mogelijkheden om een gemeenschapsrechtelijke aanspraak (de hogere restitutiebedragen) in rechte af te dwingen illusoir maken.

Tegen deze achtergrond is te begrijpen dat de toepasselijkheidsvoorwaarden van de heroverwegingsplicht zo restrictief zijn. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om het belang van de formele rechtskracht voor de rechtszekerheid te relativeren. In *Köbler* had het Hof al gewezen op het principiële belang van de kracht van gewijsde en gesteld dat deze door de *Köbler*-aansprakelijkheid niet wordt aangetaast, omdat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak de rechtsgevolgen van uitspraken (en de eventueel daaraan ten grondslag liggende besluiten) intact laat.³⁶ In het verlengde daarvan stelt het Hof in *Kühne & Heitz* dat de hoofdregel nog steeds luidt dat op besluiten die op welke manier dan ook (het verstrijken van beroepstermijnen dan wel het zonder succes uitputten van alle rechtsmiddelen) definitief zijn geworden, niet meer kan worden teruggekomen. Daarin schuilt een bevestiging van de leer van de formele rechtskracht, zoals die ook door de Hoge Raad in *Maple Tree* is toegepast, die slechts bij hoge uitzondering kan worden doorbroken. Een opmerkelijke

28. Zie over deze uitspraak o.a. H.B. Krans, ‘Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken’, *NJB* 2004, p. 571-576 (met nadere verwijzingen).

29. HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (Franco-vich e.a.).

30. HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (Brasserie du Pêcheur en Factortame).

31. *Brasserie*, r.o. 32. Dit past bij de kenmerkende houding van onverschilligheid van het HvJ EG t.a.v. intern-constitutionele complicaties. Zie bijv. HvJ EG 5 mei 1970, 77/69, *Jur.* 1970, p. 237 (Commissie/België).

32. *Köbler*, r.o. 55: ‘Die elementen zijn onder meer: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234 lid 3 EG, een prejudiciële vraag te stellen.’

33. Hij was van mening dat de casus niets met procesrechtelijke autonomie te maken had omdat het niet slechts om de uitoefening, maar om het bestaan van een communautair recht ging. A-G Léger in zijn conclusie bij *Kühne & Heitz* van 17 juni 2003, punt 70.

34. HvJ EG 16 december 1976, 33/76 en 45/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe en Comet).

35. Anders dan M. de Jong (a.w., p. 34) ten tijde van de verwijzingsvraag van het CBB voorspelde. De Jong toont aan dat er ook genoeg argumenten voor een negatieve beantwoording van de prejudiciële vraag waren.

36. *Köbler*, r.o. 39. P. Wattel, ‘*Köbler*, *Cilfit* and *Welthgrove*: We Can’t Go on Meeting Like This’, *CMLR* 2004, p. 177-190, bestrijdt deze stelling van het Hof zeer fel: de zaak *Köbler* levert rechterlijke uitspraken naar zijn mening uit aan een in theorie en waarschijnlijk ook praktisch ongebreidelde procedeerwede.

redenering, omdat het Hof in de uitspraak *Kühne & Heitz* daaraan voorafgaand zijn zogenaamde *declaratoire theorie* ontvouwt: een interpretatie gegeven in een prejudiciële uitspraak geldt in principe voor alle rechtsbetrekkingen die onder vigeur van de betreffende bepaling sinds diens inwerkingtreding zijn ontstaan. De hoofdregel die het Hof formuleert ten aanzien van definitief geworden besluiten behelst in feite een omkering daarvan. Maar de declaratoire theorie is een onmisbare schakel om in een geval als *Kühne & Heitz* überhaupt tot een doorbreking van de formele rechtskracht te kunnen komen. Door deze te beperken tot de nauw omliggende *Kühne & Heitz*-criteria heeft het Hof de terugwerkende kracht van prejudiciële uitspraken in bestuursrechtelijke casus aan belang laten inboeten.³⁷

Aan de andere kant gaat *Kühne & Heitz* op sommige punten verder dan *Köbler*. Allereerst kan de heroverwegingsplicht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – wél afbreuk doen aan de formele rechtskracht en daarmee feitelijk aan de kracht van gewijsde, terwijl de *Köbler*-aansprakelijkheid dat per definitie niet doet. Ten tweede vereist *Köbler* dat de nationale rechter het gemeenschapsrecht *kennelijk*, dat wil zeggen onmiskenbaar heeft geschonden, terwijl het voor de heroverwegingsplicht niet terzake doet of de latere prejudiciële uitspraak voor de nationale rechter die indertijd een onjuiste interpretatie gaf, voorzienbaar was. Slechts is vereist dat hij destijds geen prejudiciële vraag had gesteld.³⁸ Bovendien is het voor de particulier praktisch veelal aantrekkelijker om een verzoek om terug te komen op een definitief geworden besluit te richten tot een bestuursorgaan, dan om een actie uit onrechtmatige daad te starten vanwege onrechtmatige rechtspraak. In andere opzichten blijft de *Köbler*-aansprakelijkheid haar aantrekkelijkheid behouden. De strijdigheid met het gemeenschapsrecht van een rechterlijke uitspraak hoeft niet te blijken uit een later arrest van het Hof: de nationale rechter kan zelf een kennelijke schending vaststellen, zo nodig met behulp van een prejudiciële vraag. Ook kan de *Köbler*-aansprakelijkheid niet gefrustreerd worden door de belangen van derden.

4 Directe gevolgen van *Kühne & Heitz* voor het bestuursrecht en beoordeling daarvan

In het kort zijn de gevolgen van de uitspraak inzake *Kühne & Heitz* voor het Nederlandse bestuursrecht deze: nieuwe rechtspraak van het HvJ EG die eerdere beslissingen van in laatste instantie rechtsprekende

bestuursrechters op losse schroeven zet, moet worden aangemerkt als novum in de zin van artikel 4:6 Awb, mits aan de overige *Kühne & Heitz*-criteria is voldaan. Daarmee is een einde gekomen aan het heersende begrip novum, zoals dat in de jurisprudentie gold. De Awb-wetgever had – zoals gezegd – de vraag of een rechterlijke uitspraak een novum in de zin van artikel 4:6 Awb kan opleveren uitdrukkelijk naar de rechter verwezen.³⁹ Het bestuursorgaan is nu dus verplicht zijn eerdere besluit 'opnieuw te onderzoeken'⁴⁰, maar daarmee is nog niet gezegd dat de aanspraak die men naar aanleiding van zo'n onderzoek kan ontlenen aan het gemeenschapsrecht altijd volledig kan worden gehonoreerd. Zoals ook door het Hof wordt onderkend, kan in drie- of meer-partijenrelaties de rechtszekerheid van de andere particuliere partij aan de volle doorwerking van het gemeenschapsrecht in de weg staan.⁴¹ Nog complexer worden de zaken wanneer in een *Kühne & Heitz*-situatie niet tegen een onjuiste interpretatie van een verordeningsbepaling wordt opgekomen, maar tegen het naar achteraf blijkt onjuist implementeren van een richtlijn door wetgever en/of rechter.⁴² Het bestuursorgaan dient dus na te gaan 'in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit dient terug te komen'.⁴³ Het is de vraag of deze volledige heroverweging, wanneer de belangen van derden aan het wijzigen van het besluit in de weg staan, wel zonder enig gevolg moet blijven. Aangezien de belangen van derden de gemeenschapsrechtelijke aanspraak in principe niet aantasten, kan verdedigd worden dat een schadevergoeding aan de aanvrager of – omgekeerd – het toekennen van nadeelcompensatie aan door de heroverweging getroffen derde(n) dan in de rede ligt. Zou het bestuur niet overgaan tot schadevergoeding in dergelijke situaties, dan zou een beroep op de *Franovich* en *Köbler*-jurisprudentie uitkomst kunnen bieden.

5 Mogelijke andere bestuursrechtelijke implicaties en beoordeling daarvan

De ogenschijnlijk kleine *Kühne & Heitz*-kiezel veroorzaakt zo aardige rimpelingen in de bestuursrechtelijke vijver. De vereenvoudigde afdoening van artikel 4:6 lid 2 Awb maakt deel uit van de bredere leer van de formele rechtskracht. In samenhang met *Köbler* gezien, is ook wel het een en ander afgedaan aan de onaantastbaarheid van rechterlijke uitspraken. Op zichzelf zal *Kühne & Heitz* de administratieve orde echter niet doen trillen op haar grondvesten. Maar het is interessant te speculeren over de vraag waartoe het ingeslagen pad mogelijk verder zal kunnen lei-

37. Het uitgangspunt is dat nationale procesrechtelijke regels zoals beroeps- en verjaringstermijnen ingevolge de nationale processuele autonomie een algemene beperking aanbrengen in de terugwerkende kracht van prejudiciële uitspraken. Omdat deze termijnen in de regel in het civiele recht langer zijn, heeft de declaratoire theorie in het civiele recht nog meer voeten in de aarde. Op communautair niveau kunnen 'klemmende eisen van rechtszekerheid' in een concrete zaak aanleiding vormen voor het HvJ EG om de terugwerkende kracht van een uitspraak te beperken. Zie HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (Defrenne).

38. Het Hof gaat niet in op de theoretische mogelijkheid dat het in een later arrest afwijkt van een eerdere prejudiciële uitspraak. Kennelijk gaat het Hof

uit van dezelfde gedachtegang die ook ten grondslag ligt aan artikel 4:6 lid 2 Awb (nieuwe rechtspraak is geen novum): wanneer het zelf na verloop van tijd zijn koers wijzigt dan heeft dat geen gevolgen voor eerder totstandgekomen rechtsbetrekkingen. Het Hof begint zich daarmee in alles te gedragen zoals van een hoogste rechter wordt verwacht.

39. PG Awb I, p. 246.

40. Inmiddels heeft het CBB naar aanleiding van het arrest *Kühne & Heitz* het besluit op bezwaar van het Productschap inderdaad vernietigd, en haar opgedragen het eerste verzoek van *Kühne & Heitz* opnieuw te overwegen (CBB 22 september 2004, LJN-nr AR3068).

41. N. Verheij wijst in zijn noot onder *Kühne & Heitz* (JB 2004, 42) op de situatie dat een derde zich verzet tegen een met het gemeenschapsrecht strijdige,

maar door de hoogste nationale rechter in stand gelaten vergunning, terwijl de aanvrager inmiddels vertrouwt op de ongewijzigde instandhouding daarvan.

42. Dan gaat namelijk de problematiek van de directe horizontale werking van richtlijnen spelen, te weten de vraag of richtlijnen direct verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen. Dat het categorisch 'nee' van het Hof in *Marshall* (26 februari 1986 C-152/84, *Jur.* 1986, p. 723) inmiddels aanzienlijk is gerelativeerd, blijkt wel uit de zaak *Wells* (HvJ EG 7 januari 2004, C-201/02 (r.o. 54-58)). Zie over deze jurisprudentie in relatie tot *Kühne & Heitz* De Moorvan Vugt & Vermeulen, a.w., p. 62-64.

43. *Kühne & Heitz*, r.o. 27.

den. Een korte schets in oplopende mate van speculatie.

1. Wat voor heroverweging van besluiten geldt, geldt evenzeer voor herziening van bestuursrechtelijke uitspraken? De herzieningsmogelijkheid is hoe dan ook secundair aan de heroverweging, maar ook hier kan verdedigd worden dat het begrip novum moet worden bijgesteld om nieuwe rechtspraak van het HvJ EG te accommoderen. Alle overwegingen in *Kühne & Heitz* lijken evenzeer op de herzieningsprocedure toepasbaar, behalve de eis dat er naar nationaal recht een bevoegdheid moet zijn om te heroverwegen/herzien. Anders dan bij artikel 4:6 lid 2 voor bestuursorganen geldt, laat artikel 8:88 Awb bij het ontbreken van nova voor de rechter geen ruimte voor een onverplichte heroverweging. Het gebruik van artikel 8:88 Awb lijkt met name dan voor de hand te liggen wanneer het gaat om een procedurele fout die niet of nauwelijks aan het bestuur is toe te rekenen. Dat de hier opgeworpen kwestie niet louter theoretisch is, blijkt uit het feit dat precies hierover inmiddels ook prejudiciële vragen zijn gesteld.⁴⁴
2. Wat voor het bestuursorgaan geldt, geldt evenzeer voor de civiele rechter? Wat dient de civiele rechter te doen wanneer een betrokkene geen gebruik heeft gemaakt van de opening die *Kühne & Heitz* in de bestuursrechtelijke kolom biedt, en in plaats daarvan bij hem aanklopt? Uit *Kühne & Heitz* volgt geenszins dat de civiele rechter dan het bestuursbesluit niet voor de tweede keer met formele rechtskracht zou mogen bekleden omdat betrokkene heeft nagelaten de heroverwegingsplicht van *Kühne & Heitz* te benutten. In zoverre blijft de formele rechtskracht waarschijnlijk behouden. Maar er doen zich twee complicaties voor. In de eerste plaats is de 'tweede generatie formele rechtskracht' moeilijker te hanteren: de fatale termijn voor de tweede kans is moeilijker te bepalen omdat het HvJ EG slechts als eis stelt dat 'de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die uitspraak kennis te hebben genomen'. Hoe lang duurt onmiddellijk⁴⁵, en hoe lang mag men onwetendheid veinzen?⁴⁶ Ten tweede kan met behulp van de 'tweede generatie formele rechtskracht' de heroverwegingsplicht van *Kühne & Heitz* mogelijk worden ingezet om de weg naar *Köbler*-aansprakelijkheid gedeeltelijk te blokkeren, en dat kan nooit de bedoeling van het HvJ EG zijn geweest. Dit zou het geval zijn wanneer een vordering uit onrechtmatige rechtspraak zou worden afgewezen op de grond dat van de rechtmatigheid van het door die beweerdelijk onrechtmatige rechtspraak in stand gelaten besluit moet worden uitgegaan, nu de betrokkene de weg van de heroverwegingsplicht niet heeft benut. Hoewel nationaalrechtelijk volkomen coherent, kan niet worden aangenomen

Het ligt in de rede dat de Kühne & Heitz-doctrine ook toepassing zal kunnen en misschien wel moeten gaan vinden op strafrechtelijk gebied.

dat het HvJ EG middels *Kühne & Heitz* heeft willen derogeren aan *Köbler*.⁴⁷

3. Wat geldt voor de betrokkene die alle beschikbare rechtsmiddelen heeft aangewend, zou ook moeten gelden voor degene die het niet kan worden aangerekend dat hij dat niet heeft gedaan, bijvoorbeeld omdat hij er bij voorbaat al vanuit mocht gaan dat die beroepen zinloos zouden zijn? Van deze gedachtegang zijn al sporen te vinden in het gemeenschapsrecht. In de jurisprudentie van het HvJ EG is geaccepteerd dat in uitzonderlijke gevallen niet meer de hoofdregel geldt dat het niet aanwenden van rechtsmiddelen tot verval van recht leidt,⁴⁸ maar de uitzondering dat de betrokkene mag afgaan op de stand van zijn nationale rechtsorde, en niet *coute que coute* aanspraak hoeft te hebben gemaakt op de directe werking van het gemeenschapsrecht.⁴⁹ Maar dit zijn zeer exceptionele gevallen, die voor de tweede vordering (het met terugwerkende kracht berekenen van het hogere restitutietarief) van *Kühne & Heitz* in ieder geval geen soelaas zouden bieden.⁵⁰ De Hoge Raad heeft onlangs uitgemaakt dat de betrokkene in ieder geval niet mag nalaten bezwaar te maken wanneer uit een resolutie (een beleidsregel) van de Staatssecretaris van Financiën blijkt dat een beroep op een aan het EG-recht ontleend recht zinloos zou zijn geweest.⁵¹ Ook het CBB toont de beperkte betekenis van een dergelijke redenering aan: uit een zaak die zeer vergelijkbaar is met *Kühne & Heitz* kan worden afgeleid dat ook *Kühne & Heitz* (ten aanzien van hun tweede verzoek) niet hadden kunnen weten dat hun beroepen zinloos zouden zijn geweest.⁵²
4. Wat geldt voor misslagen van nationale rechters, zou ook moeten gelden wanneer het Hof terugkomt op een eerder door hemzelf aangehangen interpretatie? Onder het motto 'Those who live in glass houses should not throw stones' bepleit Wattel dat het Hof de kritische blik van de *Köbler*-aansprakelijkheid ook eens op zichzelf zou moeten richten.⁵³ Hij verwijt het Hof een gebrek aan zelfkennis wat betreft misslagen en abrupte koerswijzigingen. Inderdaad is de wat hautaine stijl van de uitspraken van het HvJ EG soms opvallend, maar toch is moeilijk voorstelbaar dat *Köbler* en *Kühne & Heitz* op het Hof zelf zouden worden

44. C-234/04, *Rosmarie Kapferer t. Schlank & Schick GmbH*.

45. Dat *Kühne & Heitz* er bijna drie maanden over deden om n.a.v. Voogd een verzoek tot heroverweging in te dienen, was kennelijk onmiddellijk genoeg.

46. Als men de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van terugvordering van verboden staatssteun als richtsnoer neemt, mag men aannemen dat het (moment van) 'kennis nemen van de uitspraak' niet subjectief zal worden ingekleurd. De betrokkene wordt geacht elke tittel en jota van het gemeenschapsrecht te kennen. Zie recent nog HvJ EG

14 januari 2004, T-109/01 (Fleuren).

47. Zo concluderen ook Jans & De Graaf, a.w. p. 102.

48. Bijvoorbeeld HvJ EG 14 september 1999, C-310/97 (Commissie/AssiDomän Kraft Products).

49. Dit blijkt uit de *Metallgesellschaft*-zaak (HvJ EG 8 maart 2001, C-397/98, *SEW* 2002, m.nt. H.T.P.M. van den Hurk & J.M. Prinssen). Wel moet worden opgemerkt dat het in die zaak ging om nationale wetgeving die duidelijk maakte dat een beroep zinloos zou zijn geweest. Er zal niet snel sprake zijn van een dergelijke uitzondering. Daarentegen kan verdedigd worden dat het geval *Commissie/Italië* grond zou kunnen geven voor een *Metallgesellschaft*-uitsluiting: het ging om een vaste – met het

gemeenschapsrecht strijdige – jurisprudentieel van de hoogste Italiaanse rechter.

50. De redenen dat *Kühne & Heitz* hadden nagelaten op te komen tegen de lagere restituties van na 1988, was in ieder geval niet dat zij wisten dat een beroep zinloos zou zijn. Dat wisten zij immers pas in 1991, toen het CBB de eerste keer uitspraak deed. Anders Jans & De Graaf, a.w. p. 101, die het betreuren dat het CBB geen prejudiciële vraag had gesteld m.b.t. het tweede verzoek.

51. HR 23 januari 2004, *AB* 2004, 258, m.nt. RW.

52. CBB 22 september 2004, LJN-nr AR3073 (Hop Trading Ermelo).

53. Wattel, a.w., p. 184-186.

toegepast. Wat het Hof beoogt, is het perfectioneren van de rechterlijke hiërarchie, waarin het zelf de hoogste trede bezet. Met het buiten twijfel stellen van de eigen interpretatie gedraagt het Hof zich juist typisch als een hoogste rechter,⁵⁴ om wellicht uiteindelijk een Europa-breed *lites finiri oportet* te bewerkstelligen. Maar zover is het inderdaad nog lang niet.⁵⁵

6 Mogelijke gevolgen buiten het bestuursrecht

6.1 Het civiele recht

Op het eerste gezicht heeft de uitspraak inzake *Kühne & Heitz* geen directe gevolgen voor het civiele (proces)recht. Herziening van besluiten is daarin immers niet aan de orde. Om de in *Kühne & Heitz* in essentie beoogde effectieve werking van het gemeenschapsrecht ook in civiele rechtsrelaties te bewerkstelligen door deze met inachtneming van Europese jurisprudentie te wijzigen, zou alleen geschikt zijn het middel van heropening van afgesloten civiele procedures ('herroeping van vonnissen in kracht van gewijsde') op grond van artikel 382 e.v. Rv. Uit de toelichting bij dit artikel en de jurisprudentie blijkt echter dat een latere HvJ EG-uitspraak naar huidig recht geen grond is voor herroeping, terwijl de tekst van de betreffende wetsbepalingen ook niet in deze zin kan worden uitgelegd.⁵⁶ Wetswijziging zou daarvoor noodzakelijk zijn, maar het is de vraag of dat wenselijk is. Er kan namelijk worden aangenomen dat in het civiele procesrecht te beschermen belangen van derden nog vaker aan herroeping in de weg staan. Daar komt bij dat mede om deze reden het aansprakelijk stellen van de Staat vanwege incorrecte rechtspraak op basis van *Köbler* een toereikend en nuttig instrument is. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de civiele verjaringstermijn, die volgens de post-*Van de Hurk*-jurisprudentie van de Hoge Raad gaat lopen vanaf het moment dat de betwiste nationale uitspraak is gewezen.⁵⁷ Hoewel deze jurisprudentie in een EVRM-context tot stand is gekomen, ligt het voor de hand dat de Hoge Raad een zelfde lijn zal kiezen ten aanzien van EG-recht, hoewel er dan nog een toetsing aan de *Rewe/Comet*-criteria zou moeten plaatsvinden. Dit betekent dat een *Köbler*-claim moet worden ingediend binnen vijf jaar na de betwiste nationale uitspraak, ook als, bijvoorbeeld, pas na zes jaar uit Europese jurisprudentie blijkt dat van incorrecte rechtspraak sprake is.

Het invoeren van een heropeningsmogelijkheid naar aanleiding van een uitspraak van het HvJ EG in het civiele recht zou hooguit kunnen worden overwogen wanneer de wetgever – zoals voorzichtig aangekondigd – zou besluiten heropening op dit rechtsgebied mogelijk te maken naar aanleiding van veroordelende Straatsburgse uitspraken.⁵⁸ In verband met de belangen van derden zou dat alleen mogelijk moeten zijn in zaken waarin de overheid wederpartij is en er geen derdenbelangen in het spel zijn.⁵⁹ Wanneer daarvan wel sprake is, zou het alternatief van de actie uit onrechtmatige rechtspraak soelaas moeten bieden, waarvoor – zoals hiervoor betoogd – wel versoepeling van de nationale jurisprudentie nodig is, iets waartoe *Köbler* ook al dwingt.

6.2 Het strafrecht

Het ligt in de rede dat de *Kühne & Heitz*-doctrine ook toepassing zal kunnen en misschien wel moeten gaan vinden op strafrechtelijk gebied. Wellicht kan zelfs worden gesteld dat daarvoor op strafrechtelijk gebied meer aanleiding bestaat dan op de beide andere, hiervoor behandelde rechtsgebieden. Tegen het handhaven van incorrecte rechtspraak bestaan in het

strafrecht nog zwaarwegender bezwaren. Bovendien is de ruimte voor autoriteiten om corrigerend op te treden – uiteraard slechts in het voordeel van de verdachte – groter omdat er geen (directe) derdenbelangen in het spel zijn. Met het oog op de mogelijke verdergaande communautisering van het strafrecht wordt het belang van goede verwerkingsmogelijkheden van Luxemburgse rechtspraak op dit terrein alleen maar groter.

De meest directe manier om de *Kühne & Heitz*-doctrine gestalte te geven is de heropening van afgesloten strafzaken, waarin bezien wordt of er aanleiding bestaat terug te komen op een eerder vonnis. Alleen daarmee kan immers, wanneer daarvoor aanleiding bestaat, de basis van de sanctieoplegging daadwerkelijk worden gewijzigd, bijvoorbeeld door alsnog te komen tot een vrijspraak. Secundair is de mogelijkheid om de bevoegde autoriteiten te bewegen tot een gewijzigde tenuitvoerlegging van het vonnis. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de opschorting van de executie van een vrijheidsstraf of de restitutie van een betaald boetebedrag. Mocht de bevoegde autoriteit daartoe niet vrijwillig overgaan, dan kan de gang naar de civiele rechter worden gemaakt. Opvallend is dat het strafrecht daarmee een spiegelbeeld vormt van het bestuursrecht, waarin immers de heroverweging in plaats van de heropening van een afgesloten rechterlijke procedure voorop staat.

Gelet op het voorgaande zou een Luxemburgse uitspraak als grond voor heropening van een afgesloten strafzaak moeten kunnen dienen. Naar huidig recht is een rechterlijke uitspraak – inclusief Europese jurisprudentie – geen herzieningsgrond in de zin van 457 Sv. Slechts in die – zeer zeldzame – gevallen waarin feitelijke en rechtsvragen zeer verweven zijn, kan een latere rechterlijke uitspraak 'eene omstandigheid' – een feitelijk novum – in de zin van 457 lid 1 sub 2 Sv opleveren. Een in het kader van deze bijdrage bijzonder treffend voorbeeld hiervan vormt de zaak *Hop Trading Ermelo*,⁶⁰ waarin de interpretatie van het begrip 'dij' in de zaak Voogd aanleiding vormde voor de herziening van een eerder veroordelend strafvonnis. Naar onze mening kan uit deze zaak niet afgeleid worden dat heropening naar aanleiding van latere Luxemburgse rechtspraak in het algemeen mogelijk is, omdat daarin vaak, anders dan in *Voogd*, pure rechtsvragen aan de orde zijn. Dit betekent dat de herzieningsgronden van artikel 457 Sv uitbreiding behoeven. Analooq aan de recente aanvulling van het artikel met de mogelijkheid van verwerking van Straatsburgse uitspraken, ligt het voor de hand om de wet opnieuw aan te passen met een expliciete verwijzing naar Luxemburgse rechtspraak.

7 Introductie van de heroverwegingsverplichting buiten het EG-recht?

Met dit uitstapje naar het civiele en het strafrecht, wordt teruggekeerd naar het bestuursrecht en – op basis van een globale beschouwing – geprobeerd na te gaan of de lijnen uit *Kühne & Heitz* doorgetrokken zouden moeten worden naar buiten het EG-recht gelegen terreinen. Meer concreet: wanneer er gevolg wordt gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit *Kühne & Heitz*, dringt de vraag zich op of uitspraken van het EHRM niet op eenzelfde wijze zouden moeten kunnen worden verwerkt. Daartegen spreekt dat het EHRM niet zover gaat als het HvJ EG en waar het betreft de aansprakelijkheid voor het optreden van de nationale rechter slechts een bescheiden stap heeft gezet in de zaak *Kudla t. Polen*. Daarin maakte het Hof uit dat er voor het ver-

54. Ook in nationale rechtsstelsels ligt een dergelijk mechanisme voor de hand. Vgl. bijv. de artikelen 4:6 en 8:88 Awb: beiden zien niet op herstel van rechterlijke fouten, laat staan rechterlijke koerswijzigingen. Rechterlijke fouten blijven (behoudens de doorwerking van internationaal recht, en de zeer restrictieve jurisprudentie over onrechtmatige rechtspraak) verscholen achter de kracht van gewijsde dan wel formele rechtskracht.

55. De *Köbler*-doctrine kan al tot bizarre ping-pong effecten leiden. Steyger, a.w. p. 20, schetst de mogelijkheid dat de Hoge Raad heeft te oordelen over een aansprakelijkheidsvordering tegen een eerder (beweerdelijk onjuist) arrest van de Hoge Raad zelf, en daarbij weigert een prejudiciële vraag te stellen. Ook de minister van Justitie is op deze mogelijkheid ingegaan naar aanleiding van vragen van senator Jurgens, maar zag hierin hoogstens een hypothetisch probleem. Zie *Handelingen I* 2003/04, Aanhangel, p. 31-32.

56. P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen 2003, p. 169-189.

57. Het gaat om drie arresten van de HR van 24 mei 2002, NJ 2003, 267, 268, 269, m.nt. TK, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 765 e.v., m.nt. N. Verheij.

58. Voorstander daarvan is o.a. W.D.H. Asser, 'Straatsburg locuta, causa finita? Over heropening van civiele procedures waarin het EHRM een schending van het EVRM heeft vastgesteld', *Ars Aequi* 2004, p. 543-551.

59. In die zin ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmmerik, 'Herziefte het herzieningsvoorstel', *NJB* 2001, p. 1291-1294.

60. HR 10 maart 1998, nr 5128 (herz.), *nng.*; aangehaald door Widdershoven & Ortel, a.w., p. 44.

Dit systeem is nog alleen goed te begrijpen en toe te passen door daarin zeer goed ingevoerde experts.

krijgen van schadevergoeding als gevolg van schending van de redelijke termijn door de rechter op nationaal niveau een effectief rechtsmiddel moet bestaan. Het rechtsmiddelvereiste van artikel 13 EVRM geldt echter niet voor andersoortige schendingen van het EVRM door de rechter en het EHRM baseert op dit verdragsartikel ook geen verplichting tot doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten naar aanleiding van een Straatsburgse uitspraak. Hierbij lijkt een rol te spelen dat het EHRM minder dan het HvJ EG de verdragsstaten voorschrijft hoe het verdrag in de nationale rechtsorde te implementeren.⁶¹

De bescheidenheid van het EHRM op dit punt hoeft de Nederlandse wetgever echter niet te weerhouden om, uitgaande van de principiële vergelijkbaarheid van uitspraken van het HvJ EG en het EHRM, wél tot een relativering van de formele rechtskracht en kracht van gewijsde met betrekking tot de verwerking van beide rechtsregimes te besluiten. Die principiële vergelijkbaarheid zou erin bestaan dat het in beide regimes gaat om ten opzichte van de nationale rechterlijke hiërarchie hogere rechtspraak. Daar komt bij dat het in EHRM-uitspraken om fundamentele rechtsbelangen – mensenrechten – gaat, terwijl dat in veel HvJ EG zaken niet per definitie het geval is. De intentie om te bezien in hoeverre de herzieningsmogelijkheid van artikel 8:88 Awb – net als overigens de daartoe strekkende bepaling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – moet worden aangepast om verwerking van Straatsburgse uitspraken mogelijk te maken, is al in wetgeverskringen uitgesproken.⁶² Maar deze overwegingen zouden des te sterker moeten gelden bij artikel 4:6 Awb, aangezien deze weg – getuige het arrest *Kühne & Heitz* – in veel gevallen de meest voor de hand liggende is om incorrecte rechtspraak (waarin een met Europees recht strijdig besluit werd gesauveerd) te redresseren, hetgeen ook geldt in een EVRM-context.⁶³ Genoeg reden dus om de wetgever tot productie te manen.

Het voorgaande roept voorts de – wellicht oneerbiedige – vraag op hoe te motiveren dat de heroverwegingsverplichting beperkt blijft tot uitspraken van het HvJ EG en wellicht het EHRM en zich niet ook uitstrekt tot zaken waarin uit een later oordeel van een hoogste nationale rechter blijkt dat een eerder tot in hoogste instantie aangevochten en gehandhaafd besluit door een latere koerswijziging van deze rechter op enig moment anders beoordeeld zou moeten worden. Er kan vanuit het rechtvaardigheidsperspectief van de betrokken burger namelijk een zekere spanning bestaan tussen de afwijzing van de doorbreking van de formele rechtskracht naar aanleiding van dergelijke nationale uitspraken en de acceptatie daarvan met betrekking tot internationale rechters. Immers in beide gevallen blijkt een in rechte gehandhaafd besluit achteraf niet juist te zijn. Met het opwerpen van deze vraag wordt niet zozeer beoogd de nationale *lites finiri oportet* regel te bekritisieren, maar veeleer dat jurisprudentie waarin de nadruk wordt gelegd op de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht onvermijdelijk leidt tot de hiervoor beschreven spanning, hetgeen wellicht aanleiding zou kunnen zijn het nationale procesrecht meer te respecteren dan thans het geval is. Het HvJ EG heeft namelijk wel oog voor rechtszekerheid maar alleen waar het betreft zaken die inderdaad door EG-recht

worden bestreken, terwijl een nationale rechtsorde ook te maken heeft met zaken die geen EG-rechtelijke component kennen. Als gevolg daarvan kan binnen de nationale rechtsorde in sommige gevallen een moeilijk te rechtvaardigen processuele ongelijkheid ontstaan tussen beide categorieën zaken.

8 Besluit

Uit het voorgaande blijkt dat het Hof met *Kühne & Heitz* een belangrijke nieuwe bouwsteen heeft toegevoegd aan de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht, door een principieel nieuwe doorbreking te creëren van de vertrouwde formele rechtskracht en de kracht van gewijsde. Bovendien nodigt (de ratio van) deze uitspraak uit tot het doortrekken van lijnen naar buiten het EG-recht gelegen rechtsgebieden, waarbij vooral het EVRM in het oog springt.

Uit deze uitspraak volgt, zeker in samenhang met *Köbler* gezien, dat het van het grootste belang is alert te zijn op de ontwikkelingen in de Luxemburgse jurisprudentie, en deze – waar nodig – te beïnvloeden door te interveniëren in zaken waarin de uitleg van voor Nederland mogelijk relevante regels aan de orde is. De adequate verwerking van geldend EG-recht op straffe van staatsaansprakelijkheid en schadeplichtigheid was al geboden sinds *Francoovich*; de uitspraken inzake *Kühne & Heitz* en *Köbler* vereisen nu nog meer perfectie in de implementatie omdat een onjuiste interpretatie van gemeenschapsrecht op een later tijdstip nog met succes kan worden aangevochten, met alle (financiële) gevolgen van dien. De druk op nationale rechters om vooral geen onjuiste interpretatie van gemeenschapsrecht te geven, en in geval van lichte twijfel een prejudiciële vraag te stellen, neemt alleen maar toe. Risico daarvan is een forse toename van het aantal prejudiciële vragen en dus de werklast van het HvJ EG met als gevolg een verdere verlenging van de duur van nationale procedures.

Van het HvJ EG zou wellicht ook meer dan thans gevergd kunnen worden oog te hebben voor vanuit nationaal perspectief moeilijk te rechtvaardigen processuele bevoordeling van claims die hun basis hebben in het EG-recht ten opzichte van claims die een dergelijke basis ontberen. Verder dient het Hof zich er rekenschap van te geven dat de matigende werking van het nationale procesrecht op de (financiële) gevolgen van zijn uitspraken waaraan in beginsel steeds terugwerkende kracht wordt toegekend, als gevolg van de in deze bijdrage besproken uitspraken is verminderd. Dit impliceert dat het HvJ EG wellicht meer dan thans deze gevolgen zelf van geval tot geval moet wegen en zo nodig zou moeten besluiten de terugwerkende kracht van zijn uitspraken zelf te beperken.

Waar het betreft de implementatie van EG-recht en de gevolgen daarvan voor het procesrecht is zo al met al een relatief complex rechtensrecht ontstaan dat bovendien op een aantal belangrijke punten (zoals, bijvoorbeeld, de termijn waarbinnen een nieuwe '*Kühne & Heitz*-aanvraag' moet worden gedaan) niet precies is geregeld. Dit systeem is wellicht nog alleen goed te begrijpen en toe te passen door daarin zeer goed ingevoerde experts. Een en ander roept de vraag op of een codificatie in de Awb niet zou moeten worden overwogen. Daarbij zou dan ook moeten worden stilgestaan bij de belangrijke vraag of en zo ja in welke mate buiten het EG-recht gelegen aanspraken, zoals die op grond van het EVRM, parallel zouden moeten worden behandeld. De uitspraak in de zaak *Kühne & Heitz* is daarmee terecht niet onopgemerkt gebleven. ■

61. EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001, 594, m.nt. EAA, AB 2001, 275, m.nt. LV, NJCM-Bulletin 2001, p. 71 e.v., m.nt. T. Barkhuysen (Kudla t. Polen).

62. Kamerstukken II 2001/02, 27 726, nr 5, p. 16. E.e.a. mede naar aanleiding van de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa d.d. 19 januari 2000 (R (2000)2). Overigens geeft de Raad van State in zijn jaarverslag over 2003 (Den Haag 2004, p. 61) aan ook voorstander te zijn van een uitbreiding van de herzieningsmogelijkheden van artikel 8:88 Awb, maar beperkt zich daarbij niet tot uitspraken van het EHRM, maar noemt ook nadrukkelijk het HvJ EG.

63. Voor wat betreft het EHRM blijkt dat, bijvoorbeeld, uit Rb. Maastricht 22 september 2003, LJN-nr AL7595 en Rb. Breda 10 maart 2004, LJN-nr AO7185 (waarin de weigering om naar aanleiding van een EHRM-uitspraak – waarvan de terugwerkende kracht niet is begrensd – terug te komen van rechtens onaanstbare besluiten vanwege de op dat punt aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid wordt gesauveerd).