

Rechtspraak

De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht

Prof. mr. E. Steyger

Het arrest Köbler heeft duidelijk gemaakt dat het Europees Gemeenschapsrecht de juiste toepassing ervan door de nationale rechter sanctioneert door middel van de aansprakelijkheid van de overheid. Voor Nederland leidt dat tot bijstelling van de tot nu toe gebruikelijke norm voor onrechtmatige rechtspraak. Het wachten is nu op het arrest in de zaak Kühne en Heitz, C-453/00, naar aanleiding van vragen van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.*

Hof van Justitie, arrest van 30 september 2003, zaak C-224/01, G. Köbler/Republiek Oostenrijk (n.n.g.).

Inleiding

Sinds de arresten Francovich¹ en Brasserie² betreffende de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schending van het gemeenschapsrecht door de wetgever³ en bestuur⁴ zijn geweest, is het steeds de vraag geweest of ook schendingen van het gemeenschapsrecht door rechterlijke instanties aansprakelijkheid van de Staat voor de daarvoor geleden schade zouden opleveren.⁵

Dat die schendingen plaatsvinden is bekend. Nationale rechters zijn niet te benauwd om, ook in het geval er een niet mis te verstane uitspraak van het Hof van Justitie over de interpretatie van een communautaire bepaling ligt, om hen moverende redenen toch tot een andere interpretatie van de onderliggende nationale regel te komen.⁶ Ook is het niet onwaarschijnlijk dat schendingen plaatsvinden vóórdat er een arrest van het Hof over de materie ligt. Zo'n schending kan plaatsvinden doordat de nationale rechter, ook in hoogste instantie, het antwoord op de niet gestelde prejudiciële vragen al denkt te weten.⁷ Als het Hof van Justitie dan later in een vergelijkbare zaak anders beslist levert dat toch wat zure momenten voor de oorspronkelijke klager op.

In het arrest Köbler⁸ lijkt de vraag of er aansprakelijkheid van de Staat bestaat te zijn opgelost. Volgens het Hof van Justitie is de Staat gehouden de schade die door rechterlijke uitspraken in strijd met het gemeenschapsrecht wordt veroorzaakt, te vergoeden. Ik zeg 'lijkt te zijn opgelost' want de uitspraak roept nogal wat vragen op. Om te beginnen is er de vraag wanneer de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke uitspraken begint. Daarnaast zal de verhouding met andere mogelijkheden de schade te beperken, zoals een mogelijke doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten, moeten worden bezien. Het arrest lijkt dan ook het sluitstuk van de rechtsontwikkeling betreffende Staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het gemeenschapsrecht, maar zou juist wel eens het begin van een nieuwe lange reeks jurisprudentie kunnen zijn.

In dit artikel bespreek ik primair de inhoud van het arrest Köbler en de consequenties daarvan binnen het nationale rechtssysteem. Daarna ga ik in op de vraag wanneer de aansprakelijkheid van de Staat ontstaat en hoe zich die verhoudt tot het op dit moment nog bij het Hof liggende prejudiciële vraag betreffende de formele rechtskracht van besluiten en andere rechtspraak van het Hof betreffende de verplichtingen van nationale rechters onder het gemeenschapsrecht. Ik besluit met de vraag hoe wenselijk het is dat het Köbler-arrest het nationale rechtssysteem opschudt.

* Inmiddels geweest, arrest van 13 januari 2004 (red.).

¹ Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich c.s., *Jur.* 1991, p. I-5357.

² Gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame, *Jur.* 1996, p. I-1029.

³ Zie ook zaak C-302/97, Konle, *Jur.* 1999, p. I-3099.

⁴ Zaak C-424/97, Haim, *Jur.* 2000, p. I-5123.

⁵ Zie bijvoorbeeld Von der Groeben, Thiesing, Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5e Auflage, Nomos-Verlag 1997, p. 4/518.

⁶ Voor een saillant voorbeeld nog steeds: zaak 102/88, Ruzius Wilbrink, *Jur.* 1989, p. 4311. Zie hierover ook E. Steyger, *Communautaire en nationaal vertrouwen, een onzekere mix*, in F.J. van Ommeren, S.E. Zijlstra, de rechtsstaat als toetsingskader, Boom, Den Haag, 2003, p. 114, 115.

⁷ CBB 30 januari 1991, SEW1991, 489-498, Kingtel.

⁸ Zaak C-224/01, Köbler, 30 september 2003, *Jur.* 2003, n.n.g.

Inhoud van het arrest

De heer Köbler is sinds 1986 hoogleraar aan de universiteit van Innsbruck. Bij zijn benoeming destijds kreeg hij het salaris van een gewoon hoogleraar in salaristrap 10, verhoogd met de normale anciënniteitstoelage. Volgens de Oostenrijkse *Gehaltsgesetz* heeft een hoogleraar die een diensttijd van vijftien jaar in deze functie aan Oostenrijkse universiteiten of hogescholen heeft en die gedurende vier jaar de reguliere anciënniteitstoelage heeft ontvangen, vanaf de datum waarop hij aan deze beide voorwaarden voldoet, aanspraak op een bijzondere anciënniteitstoelage ter hoogte van de reguliere anciënniteitstoelage die bij de berekening van het pensioen in aanmerking wordt genomen.

In 1996 diende Köbler een aanvraag voor de bijzondere anciënniteitstoelage in hoewel hij nog geen staat van dienst van vijftien jaar had. Volgen hem moesten de tijdvakken die hij aan universiteiten in andere EG-lidstaten had gewerkt meegeteld worden voor de vraag of hij recht had op de anciënniteitstoelage. Wanneer deze periodes meegeteld werden kwam hij op een langere aanstelling dan vijftien jaar uit.

In het geding naar aanleiding van de zaak stelde het *Verwaltungsgerichtshof* van Oostenrijk prejudiciële vragen aan het Hof.⁹ In 1998 vroeg de griffier van het Hof het *Verwaltungsgerichtshof* of dit het nog noodzakelijk achtte zijn prejudiciële verzoek te handhaven in het licht van het arrest van Schönning-Kougebetopoulou.¹⁰ Het *Verwaltungsgerichtshof* vroeg de partijen in het geschil zich uit te spreken over de vraag van de griffier van het Hof, waarbij het voorlopig opmerkte dat de rechtsvraag die aan de betrokken prejudiciële procedure ten grondslag lag een voor Köbler gunstig antwoord had ontvangen.

Op 24 juni 1998 heeft het *Verwaltungsgerichtshof* zijn prejudiciële verzoek vervolgens ingetrokken. Op diezelfde dag heeft het Köblers beroep verworpen, met als grond dat de bijzondere anciënniteitstoelage een premie voor trouwe dienst vormt die een afwijking van de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers objectief rechtvaardigde.

Köbler was het met deze uitspraak niet eens en stelde een schadevorderingsactie tegen de Republiek Oostenrijk in, om vergoeding van de schade te verkrijgen die hij zou hebben geleden doordat hem geen bijzondere anciënniteitstoelage is betaald. Köbler meent dat het arrest van het *Verwaltungsgerichtshof* in strijd is met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arresten waarin het heeft verklaard dat een bijzondere anciënniteitstoelage geen premie voor trouwe dienst vormt.

De Republiek Oostenrijk stelde daartegenover dat het arrest van het *Verwaltungsgerichtshof* geen schending van het rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsrecht oplevert. Bovendien zou een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie, zoals het *Verwaltungsgerichtshof*, geen verplichting tot schadevergoeding voor de Staat in het leven roepen.

Om deze reden heeft het *Landesgericht für Zivilrechtssachen*, voorzover relevant, de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1 Is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, volgens welke het voor de aansprakelijkstelling van de Staat wegens schending van het gemeenschapsrecht om het even is aan welk orgaan van een lidstaat die schending is toe te rekenen (zie, onder meer, het reeds aangehaalde arrest *Brasserie du pêcheur en Factortame*), ook van toepassing wanneer het bij de beweerde met het gemeenschapsrecht strijdige

gedraging van het orgaan gaat om een uitspraak van een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat, zoals in casu het *Verwaltungsgerichtshof*?

2 Ingeval vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

Is de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens welke de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend (zie, onder meer, het reeds aangehaalde arrest *Dorsch Consult*), ook van toepassing wanneer het bij de beweerde met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging van het orgaan gaat om de uitspraak van een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat, zoals in casu het *Verwaltungsgerichtshof*?

De overige vragen betroffen de rechtmatigheid van de wetgeving betreffende de anciënniteitstoelage zelf, waarin Köbler van het Hof gelijk kreeg in zijn stelling dat artikel 48 eraan in de weg staat dat een dergelijke toelage moet worden gezien als een beloning voor trouwe dienst.

Het Hof behandelde de eerste twee vragen gezamenlijk. Onder aanhaling van de bekende arresten betreffende aansprakelijkheid van de Staat voor schending van het gemeenschapsrecht overwoog het Hof (32 tot en met 36):

'32 In de internationale rechtsorde wordt de staat, wanneer hij aansprakelijk is wegens de schending van een internationale verplichting, in zijn geheel beschouwd, ongeacht of de schending die tot de schade heeft geleid, aan de wetgevende, de rechterlijke of de uitvoerende macht is toe te rekenen; in de communautaire rechtsorde geldt dit des te meer, omdat alle organen van de staat, de wetgevende macht daaronder begrepen, bij de vervulling van hun opdrachten de regels dienen te eerbiedigen die door het gemeenschapsrecht zijn opgelegd en die rechtstreeks gevolgen kunnen hebben voor de situatie van de particulieren.

33 Gezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die particulieren aan communautaire voorschriften ontnemen, zou de volle werking ervan in gevaar komen en zou de bescherming van de daarin toegekende rechten worden verzwakt, indien het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding kunnen krijgen indien zij in hun rechten zijn geschaad door een schending van het gemeenschapsrecht die kan worden toegerekend aan een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie van een lidstaat.

34 Een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie is per definitie de laatste instantie bij wie particulieren de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten geldend kunnen maken. Aangezien een schending van deze rechten door een beslissing van een dergelijke rechterlijke instantie die definitief is geworden, gewoonlijk niet meer kan worden hersteld, mag particulieren niet de mogelijkheid worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen en zo een rechtsbescherming van hun rechten te krijgen.

35 Overigens is het vooral om te voorkomen dat door het gemeenschapsrecht aan particulieren toegekende rechten worden geschonden, dat op grond van artikel 234, derde alinea, EG een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden is zich tot het Hof te wenden.

⁹ C-382/97.

¹⁰ C-15/96, *Jur.* 1998, p. I-47.

36 Uit de vereisten die inherent zijn aan de bescherming van de rechten van particulieren die zich op het gemeenschapsrecht beroepen, volgt dan ook dat zij bij een nationale rechter vergoeding moeten kunnen verkrijgen van de schade die is veroorzaakt door schending van deze rechten door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie.'

In verband met de rechtszekerheid voegde het Hof hieraan toe dat de aansprakelijkheid van de Staat geen afbreuk doet aan de kracht van gewijsde van rechterlijke uitspraken.¹¹

De voorwaarden voor Staatsaansprakelijkheid wegens onjuiste rechterlijke uitspraken zijn niet anders dan die voor ander overheids-handelen in strijd met het gemeenschapsrecht (de geschonden rechtsregel strekt ertoe particulieren rechten toe te kennen, voldoende gekwalificeerde schending, causaal verband tussen schending en schade). Het Hof wijst de lidstaten opnieuw op het assimilatiebeginsel, hetgeen betekent dat de voorwaarden voor het verkrijgen van schadevergoeding op grond van de nationale wettelijke regelingen, voor vorderingen ontleend aan het communautaire recht niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden, en niet van dien aard mogen zijn, dat zij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Daaruit vloeit volgens het Hof voort dat de nationale rechter gehouden is te onderzoeken of een uitspraak van de hoogste rechter een kennelijke schending van het gemeenschapsrecht oplevert. De lidstaten zijn daarom gehouden een rechter aan te wijzen die bevoegd is over deze vorderingen te oordelen.

Consequenties van Köbler op nationaal niveau

Op zich lijken de gevolgen van Köbler uiterst helder. Wanneer er sprake is van schending van gemeenschapsrecht door een rechter in laatste instantie, dan kan een particulier de Staat aansprakelijk stellen voor de vergoeding van de schade. In Nederland kan je daarvoor gewoon naar de civiele rechter, en, als de hoogte van de schade of de spoedeisendheid dit rechtvaardigt kun je een voorschot vragen in kort geding.

De oordelende instantie is de nationale rechter. Er hoeft niet al een uitspraak te liggen betreffende dezelfde aangelegenheid waarover de rechter in laatste instantie heeft geoordeeld. Uiteraard is dat wel handig, aangezien anders lang niet altijd zeker is – zoals ook in de Köblerzaak – dat er überhaupt een schending heeft plaatsgevonden, en dan zal de nationale rechter alvorens schadevergoeding toe te kennen dat toch even nagaan door middel van een prejudiciële procedure. Maar de nationale rechter die niet in hoogste instantie recht spreekt, is niet verplicht tot het stellen van vragen en kan dus direct schadevergoeding toekennen indien hij de schending van het gemeenschapsrecht door de rechter in laatste instantie evident aanwezig acht.

De kans dat dit laatste zal gebeuren als het gaat om procedures binnen dezelfde rechtsgang is overigens uiterst klein. Dan volgt namelijk de volgende situatie: een particulier heeft een beroep gedaan bij de burgerlijke rechter op de schending van een bepaling

van gemeenschapsrecht en gevorderd dat de overheid de nationale bepaling buiten toepassing moet laten aangezien deze in strijd is met de bepaling waarop hij een beroep doet. Hij procedeert in drie instanties en in laatste instantie oordeelt de Hoge Raad dat er geen reden is tot het stellen van prejudiciële vragen en wijst de vordering af.¹² De klager stapt vervolgens naar de eerste rechter en vordert nu van de Staat schadevergoeding omdat de Hoge Raad onrechtmatig heeft gehandeld en de Staat dientengevolge aansprakelijk is voor de geleden schade.

Hoe waarschijnlijk is het dat deze claim wordt toegekend in eerste dan wel in laatste instantie? Niet erg waarschijnlijk lijkt mij, want de lagere rechter heeft nu eenmaal het oordeel van de Hoge Raad in de eerste zaak te aanvaarden dat het handelen van de Staat niet onrechtmatig was. En tenzij in de tussentijd het Hof van Justitie in een gelijke zaak spelend in een andere lidstaat een zeer helder oordeel heeft gegeven dat volledig toepasbaar is in de Nederlandse situatie, zal de rechtbank aannemen dat dat oordeel nog steeds juist is. Mocht de particulier desondanks doorprocederen dan komt hij weer bij de Hoge Raad uit die, zonder nadere incentive in de vorm van een nieuw arrest van het Hof, niet nu opeens zal oordelen dat zijn eerdere oordeel onjuist was. Op deze wijze kan er een eindeloze reeks procedures ontstaan, want de inmiddels getergde particulier kan ook hiertegen weer – met een beroep op het gemeenschapsrecht – gaan procederen.

Voor het procederen binnen verschillende rechtsgangen is er echter meer perspectief dat de Staat aansprakelijk kan worden gehouden. Stel dat een particulier een beroep doet op een direct werkende bepaling van gemeenschapsrecht, dan wel een verzoek tot gemeenschapsrechtconforme interpretatie, binnen de administratiefrechtelijke rechtsgang. In het geval dat zijn beroep door CBB, CRvB dan wel Afdeling Bestuursrechtspak uiteindelijk ongegrond verklaard wordt kan hij een zelfstandig schadebesluit uitlokken bij de Staat (en dientengevolge opnieuw procederen binnen dezelfde rechtsgang), maar is daartoe niet verplicht. Hij kan ook besluiten een schadeclaim in te dienen bij de burgerlijke rechter, waarbij hij niet alleen in eerste instantie, maar en niet helemaal onbelangrijk ook in laatste instantie te maken krijgt met een geheel ander rechtscollege.

Nu moeten uitspraken van de hoogste administratieve rechter op zichzelf natuurlijk gerespecteerd worden maar de geschiedenis wijst uit dat de Hoge Raad, wanneer het schadevergoeding betreft, geen slaafs volger is.¹³ In een dergelijke aansprakelijkheidsprocedure zou niets de Hoge Raad ervan hoeven te weerhouden anders te oordelen dan de administratieve rechter of, bij twijfel, prejudiciële vragen te stellen. Tot dat laatste is hij in dat geval zelfs verplicht. Kortom, wanneer geprocedeerd wordt bij verschillende typen rechters is aansprakelijkheid van de Staat niet bij voorbaat uitgesloten om praktische redenen.

Een ander punt dat de Nederlandse rechtspraak zal beïnvloeden is het volgende. Het Hof hanteert in Köbler, zoals in alle jurisprudentie omtrent aansprakelijkheid van zowel de Gemeenschap als de lidstaten voor schending van het gemeenschapsrecht, het concept van de gekwalificeerde schending. Een lidstaat is, althans volgens communautair recht niet aansprakelijk voor elke schending van het gemeenschapsrecht; het moet gaan om een schending waarbij de betrokken instelling zijn bevoegdheden in ernstige mate heeft overschreden.

De lidstaten (en ook de Commissie) hadden, voorzover zij Staatsaansprakelijkheid niet absoluut afwezen wegens de problemen met rechtszekerheid en de onafhankelijkheid van de rechterlij-

¹¹ Zaak C-126/97, *Eco-Swiss*, *Jur.* 1999, p. I-3055.

¹² Denk niet dat dit niet voorkomt: zie HR 24 februari 2003, *RvdW* 2003/26.

¹³ HR 17 december 1999, *NJ2000*, 87, Groningen/Raatgever.

ke macht, algemeen voor een beperking van die aansprakelijkheid gepleit. Het Hof heeft deze pleidooien slechts tot op zeer geringe hoogte gehonoreerd.

Het Hof wijkt van zijn rechtspraak voor wat betreft aansprakelijkheid van de lidstaten als het gaat om rechterlijke uitspraken niet echt af van het reeds gevonden pad. Het Hof preciseert dat pad echter wel. Zo stelt het Hof dat bij een vordering wegens schending van het gemeenschapsrecht door de rechter in laatste instantie voor wat betreft de vraag of de schending gekwalificeerd is rekening mag worden gehouden met onder andere: 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. Deze opsomming lijkt mij overigens niet limitatief en daarom alleen al ook weer voorwerp van vele toekomstige prejudiciële vragen. Volgens het Hof is een schending van het gemeenschapsrecht in ieder geval voldoende gekwalificeerd, wanneer 's Hofs rechtspraak op het gebied bij het nemen van de betrokken beslissing kennelijk (in de betekenis van 'evident') is miskend.

Normaal gesproken levert de rechtspraak van het Hof op dit punt voor Nederland, met zijn risicoaansprakelijkheid van de overheid, in elk geval voor besluiten, relatief weinig problemen op. Voor onrechtmatige rechtspraak is dit echter anders. Volgens de Hoge Raad kan de Staat ter zake van een rechterlijke beslissing slechts dan uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden indien bij de voorbereiding van die beslissing zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.¹⁴ Dat komt in feite neer op schending van artikel 6 EVRM. Dit criterium om rechtspraak onrechtmatig te achten is aanmerkelijk zwaarder dan de gekwalificeerde schending die het Hof voldoende vindt om aansprakelijkheid aan te nemen. Op dit punt zal er op het Nederlandse niveau dus wel iets moeten veranderen.

De vraag of Köbler in de praktijk veel gaat opleveren is nog niet beantwoord. De kans dat lagere rechters snel tot een erkenning van de aansprakelijkheid van de Staat zullen komen is niet te verwachten, tenzij er in de tussentijd een nieuw en zeer helder en direct op de situatie in procedure toepasbaar arrest van het Hof is geweest. Als een dergelijk arrest betrekking heeft op de relatie tussen burger en overheid, is het overigens de vraag of een procedure wegens Staatsaansprakelijkheid dan nog de meest logische weg voor de klager is om te volgen.

Schadebeperking

Het arrest Köbler staat niet op zichzelf maar is een onderdeel van een ontwikkeling waarbij de lidstaten zich steeds minder met een beroep op nationale procedureregels en nationale eigenaardigheden kunnen beroepen. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Staat (zowel wetgever als bestuur) kan het arrest als een sluitstuk worden gezien. Binnen de wijze waarop het bestuur te handelen heeft, is het slechts een volgende stap. Köbler is de eerste van deze arresten. In de overige twee zaken zijn tot dusver alleen conclusies genomen.¹⁵

De eerste zaak (C-129/00) betreft de wijze waarop Italiaanse rechters met de bewijsregels omgaan in verband met de teruggave van heffingen die zijn opgelegd in strijd met het gemeenschapsrecht. Het gevolg van de handelwijze van de Italiaanse rechters is dat de

vorderingen gebaseerd op het gemeenschapsrecht eigenlijk geen kans van slagen hebben. Tegen deze praktijk heeft de Commissie een inbreukprocedure gestart.

A-G Geelhoed is van oordeel dat de vaststelling dat een lidstaat zijn verdragsverplichtingen heeft geschonden indien het verzuim voortvloeit uit de miskenning van de communautaire verplichtingen door nationale rechterlijke instanties, steeds zal afhangen van verschillende factoren waaronder het structurele karakter van de incorrecte nationale rechtspraak, het effect en de status van de betrokken uitspraken binnen de nationale rechtsorde en het effect van deze rechtspraak op het verwezenlijken van de doelstelling van de betrokken communautaire bepalingen. Hij concludeert dat wanneer structureel door de rechter in strijd met het gemeenschapsrecht wordt gehandeld en de nuttige werking van de verdragsbepalingen wordt ondergraven, er sprake is van een inbreuk door de lidstaat op het gemeenschapsrecht. Dit geldt ook indien de wettelijke bepaling omtrent bewijsvoering op zichzelf communautairrechtelijk geen problemen oplevert. De uitleg van een dergelijke bepaling door de rechterlijk instantie is de Staat toe te rekenen. De conclusie van de A-G komt overeen met het arrest van het Hof van 9 december jongstleden.

De tweede zaak (C-453/00) betreft de tariefindeling voor uitvoerrestituties van kippendijen. Volgens het bedrijf waren de kippendijen verkeerd ingedeeld in de tariefstructuur van de EG-verordeningen op dit terrein. Daardoor verkreeg Kühne en Heitz een lager bedrag aan restituties dan waar hij recht op had. Het bedrijf procedeerde tot en met het CBB, dat in 1991 het beroep verwierp. Het CBB vond het niet nodig een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.

In 1994 besliste het Hof in de zaak Voogd¹⁶ dat kippendijen ingedeeld moesten worden op de wijze die door Kühne en Heitz verdeeld was. Na dit gelijk achteraf verzocht Kühne en Heitz om betaling van de bedragen overeenkomend met de uitvoerrestituties die ze oorspronkelijk hadden moeten ontvangen. Het Productschap wees het verzoek af. Als reden werd opgegeven dat arresten van het Hof slechts gevolgen kunnen hebben voor de toekomst en enkel directe gevolgen teweeg kunnen brengen voor nog niet door de nationale rechter berechte gevallen. Ten aanzien van de beschikkingen, datrend van na het besluit waartegen beroep was ingesteld, stelde het Productschap dat daartegen geen bezwaar was aangetekend.

Kühne en Heitz ging in beroep bij het CBB. Het Productschap stelde tevens dat de uitspraak van het CBB uit 1991 kracht van gewijsde heeft. Naar Nederlands recht zou een later arrest van het Hof van Justitie geen grond voor herziening opleveren. Nu stelde het CBB de prejudiciële vraag of het beginsel van gemeenschapstrouw met zich meebrengt dat een bestuursorgaan – na een latere prejudiciële uitspraak in een andere zaak – verplicht is om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden, teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

¹⁴ Zie onder meer Zo HR 3 dec. 1971, *NJ* 1972, 137; HR 17 maart 1978, *NJ* 1979, 204; HR 24 mei 1991, *NJ* 1991, 646 en HR 8 jan. 1993, *NJ* 1993, 558; HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727.

¹⁵ Het betreft hier zaak 129/00, *Commissie vs Italië*, Conclusie A-G Geelhoed van 3 juni 2003 en zaak C-453/00, *Kühne & Heitz NV tegen Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Conclusie A-G Legér van 17 juni 2003.

¹⁶ Zaak C-151/93, *Jur.* 1994, p. I-4915.

A-G Legér beantwoordt deze vraag bevestigend. Volgens hem verzet het gemeenschapsrecht zich er tegen dat een bestuursorgaan een verzoek gebaseerd op gemeenschapsrecht zoals dat door het Hof in een prejudicieel arrest is neergelegd, afwijst op de enkele grond dat anders inbreuk zou worden gemaakt op een nationale regel betreffende de eerbiediging van het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken. Legér verwijst daarbij onder meer op de declaratoire werking van de uitspraken van het Hof en het feit dat geen rechtsregel het terugkomen op een eerdere beslissing in de weg staat, ook al is die beslissing definitief geworden en zijn er voor het overige geen nieuwe feiten of omstandigheden.

Dat het Hof in deze zaak de A-G volgt is uiteraard niet zeker, maar gezien de uitspraak in Köbler is er een goede kans op. In dat geval rijzen er ten aanzien van de uitleg van Köbler uiteraard ook weer vragen. Want een van de vragen die je je in dat geval kunt stellen is of de Staat aansprakelijk is voor de schade van een rechterlijke uitspraak in strijd met het gemeenschapsrecht betreffende een besluit in de zin van de Awb, wanneer de klager tevens een herziening van het oorspronkelijke besluit had kunnen vragen. Het vragen van een nieuw besluit is tenslotte een mogelijkheid om de schade te beperken. Indien een klager dat niet heeft gedaan kan men zich afvragen of de Staat gehouden is de gehele schade die is veroorzaakt door de onjuiste rechterlijke uitspraak te vergoeden.

Ook hier is overigens potentie voor eindeloze procedures. Want wat nu als de aanvraag tot een nieuw besluit niet op grond van de formele rechtskracht van het eerdere besluit, maar op andere gronden wordt afgewezen? Een nieuwe aanvraag wordt uiteindelijk *ex nunc* getoetst, hetgeen betekent dat de omstandigheden van de klager veranderd kunnen zijn. In dat geval kan de klager ook in hiervoor (opnieuw via de nationale rechter en prejudiciële vragen) bij het Hof terecht, om te bezien of deze afwijzing wel overeenkomstig het gemeenschapsrecht is gedaan. Als gedurende deze periode tevens een procedure tegen de Staat wegens onrechtmatige rechtspraak betreffende het eerste besluit wordt gestart, kan dit tot een aardige proliferatie van procedures leiden.

Daarnaast kan men zich afvragen of de aansprakelijkheid van de Staat ontstaat indien de partijen in een proces verzuimd hebben de bepalingen van Europees recht waarmee de rechter uiteindelijk in strijd zijn uitspraak zal gaan doen, zelf aan te voeren. Met andere woorden, ontstaat aansprakelijkheid ook voor het niet ambtshalve toetsen van gemeenschapsrecht?

In bestuursrechtelijke zaken lijkt mij dit in elk geval al voort te vloeien uit artikel 8:69 Awb, dat vereist dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Europeesrechtelijk valt dit ook af te leiden uit het arrest Peterbroeck.¹⁷

Of dit ook het geval is als de burgerlijke rechter, die niet per definitie gehouden is aan een verplichting om ambtshalve te toetsen, is minder helder. Volgens het arrest van Schijnadel¹⁸ verplicht het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet ambtshalve een middel op te werpen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden. Daarmee zou hij zich immers moeten baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Dit ver-

draagt zich niet met de lijdelijkheid van de rechter. Deze uitspraak die tot dusver weinig commotie veroorzaakt heeft, kan nog wel eens voor veel nieuwe (Hof-)rechtspraak gaan zorgen. Want wanneer de rechter niet ambtshalve toetst aan gemeenschapsrecht in de situatie dat dat gemeenschapsrecht niet buiten de rechtsstrijd van partijen gaat, kan er mogelijk wel degelijk Staatsaansprakelijkheid ontstaan.

Slotopmerkingen

Het arrest Köbler is het sluitstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor schending van het gemeenschapsrecht. Na het handelen van bestuur en wetgever kunnen de lidstaten nu ook aansprakelijk worden wegens schending van het gemeenschapsrecht door de rechter die in hoogste instantie een zaak beoordeelt. In tegenstelling tot de aansprakelijkheid van wetgever en bestuur, in elk geval waar het handelen als zodanig betreft (dus voor wetgeving en besluiten) is hier echter geen sprake van risicoaansprakelijkheid. Het Hof gaat uit van het gebruikelijke concept van gekwalificeerde schending waarbij het de kwalificaties niet limitatief gekwalificeerd heeft. *Bottom line* is dat de nationale rechter de rechtspraak van het Hof in elk geval niet mag miskennen.

In Nederland zal dit arrest moeten leiden tot een bijstelling van de norm die tot dusver is gehanteerd, namelijk dat er pas sprake van onrechtmatige rechtspraak is wanneer er geen sprake is van een onpartijdige en eerlijke behandeling van de zaak wegens schending van fundamentele rechtsbeginselen, kortom van artikel 6 EVRM. Ook wanneer een nationale rechter in hoogste ressort volstrekt onpartijdig en eerlijk rechtspreekt, maar even een regel van Europees recht heeft gemist, dan wel de jurisprudentie van het Hof niet helemaal heeft meegekregen, of niet ambtshalve toetst omdat hij daartoe geen aanleiding ziet, kan er aansprakelijkheid van de Staat voor de gevolgen van de uitspraak ontstaan. Voor de bestuursrechter geldt dit ook wanneer partijen er geen beroep op hebben gedaan; bij de burgerlijke rechter is dit iets meer onzeker.

Rest de vraag of deze ontwikkeling nu wel zo wenselijk is. Vanuit het oogpunt van de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht is dit zeker het geval. Het is natuurlijk te gek voor woorden wanneer de nationale rechter aan particulieren de rechten die zij ontlenuen aan het gemeenschapsrecht, kan onthouden, en deze particulieren vervolgens hun schade niet vergoed zouden kunnen krijgen. In die zin is het arrest Köbler winst.

Niettemin zit er ook een andere kant aan. Niet voor niets hebben verschillende lidstaten en ook de Commissie het belang van de rechtszekerheid waar het gaat om de kracht van gewijsde van rechterlijke uitspraken sterk benadrukt. Uiteindelijk is de rechter primair een geschillenbeslechter en een uitspraak in hoogste ressort heeft – zelfs als je het niet met die uitspraak eens bent – in elk geval tot gevolg dat het geschil is afgelopen. De rust kan weerkeren en partijen kunnen doorgaan met andere zaken.

Het zonder meer aannemen van aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke uitspraken in strijd met het gemeenschapsrecht kan die geschillenoplossende functie van de rechtspraak aantasten. Ik heb er hierboven op gewezen dat er binnen de kaders van het Köbler-arrest veel openingen zijn om tot eindeloos procederen over te gaan. Nu zal dat in veel gevallen niet zo'n vaart lopen vanwege de kosten van dat procederen, maar dat geldt niet altijd. In dat geval biedt een uitspraak in laatste instantie geen rechtszekerheid, maar slechts een springplank voor nieuwe procedures. De geschillenoplossende functie van de rechter wordt daarmee kleiner. Ik ben er nog niet zeker van of dat niet moet worden betreurd.

¹⁷ Zaak C-312/93, Peterbroeck, *Jur.* 1994, p. I-4599.

¹⁸ Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijnadel en Van Veen, *Jur.* 1995, p. I-4705.