

Rechtsbescherming

III Rechtspraak

Kühne: vraag CBB over consequenties van latere afwijkende prejudiciële uitspraak voor formele rechtskracht van eerdere besluiten

Mr. drs. M. de Jong

Volgens het CBB in 1991 was, mede gelet op jurisprudentie van het Hof van Justitie, een kippenpoot geen 'dij' in de zin van het GDT, waardoor Kühne de bij deze post behorende uitvoerrestituties misliep. Het beroep van het CBB op de 'acte éclairé' bleek echter achteraf onterecht, want ingevolge het arrest Voogd in 1994 bleek een kippenpoot toch een dij.¹ Het CBB stelt nu de prejudiciële vraag of een bestuursorgaan in een dergelijk geval verplicht is terug te komen op zijn eerdere besluit, dat inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen, om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren. In deze bijdrage wordt een aanzet tot beantwoording van deze vraag gegeven, en de eventuele com-

munautaire overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke fouten worden aan de orde gesteld.

CBB 1 november 2000, Kühne & Heitz N.V. tegen het Productschap voor Pluimvee en Eieren, nr. AWB 97/995.

De feiten

Kühne & Heitz N.V. (hierna: Kühne) voerde van december 1986 tot december 1987 kippenpoten uit naar derde landen en kreeg ingevolge de indeling van de kippenpoten onder de post 'dijen en delen daarvan' van het Gemeenschappelijk Douane Tarief (hierna: GDT) aanvankelijk exportrestituties. In maart 1990 besloot het Productschap voor Pluimvee en Eieren evenwel de bedragen terug te vorderen aangezien de uitgevoerde pluimveeproducten naar zijn mening op onjuiste wijze waren ingedeeld in de restitutenomenclatuur. Het hierop volgende bezwaar van Kühne werd ongegrond verklaard en ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) kwam in 1991 tot de conclusie dat poten met een deel van de rug niet onder het begrip 'dijen en delen daarvan' vallen.²

In oktober 1994 echter wees het Hof van Justitie (hierna: Hof) arrest in de zaak Voogd, waarin het bepaalde dat een poot waaraan een rugstuk vastzit,

1 Zaak C-151/93, Voogd, Jur. 1994, p. I-4915.

2 CBB 22 november 1991, nr. 91/0130/008/013.

3 De arresten van de Hoge Raad in de zaken Heesch/Van den Akker, 16 mei 1986 (NJ 1986, 723) en Ekro, 11 november 1988 (AB 1989, 81) bieden daartoe de mogelijkheid.

4 Onder 6.2, p. 12 van de uitspraak.

5 En anders het risico loopt wederom ten onrechte geen prejudiciële vraag te stellen.

als dij in de zin van de nomenclatuur moet worden ingedeeld indien het rugstuk niet groot genoeg is om het product zijn wezenlijk karakter te verlenen. Kühnes hierop volgende verzoeken aan het Productschap tot onder andere uitbetaling van de ten onrechte teruggevorderde bedragen over de periode december 1986 tot december 1987 en uitbetaling van de misgelopen restituties na december 1987 vanwege de indeling van de kippenpoten onder een andere post, werden afgewezen, alsmede het bezwaar hierop. In augustus 1997 is Kühne tegen deze afwijzing in beroep gekomen bij het CBB.

Op 1 november 2000 besluit het CBB dat de misgelopen restituties niet alsnog moeten worden uitbetaald, en oordeelt dat het onderzoek over de weigering van uitbetaling van de ten onrechte ingevorderde restitutie wordt heropend. Bovendien stelt het, vanwege twijfel over de inhoud van het gemeenschapsrecht op dit punt, de volgende prejudiciële vraag aan het Hof: 'Brengt het gemeenschapsrecht, waarbij met name valt te denken aan het beginsel van de gemeenschapstrouw als vervat in artikel 10 EG, in omstandigheden als in de overwegingen van deze uitspraak geschetst, mee dat een bestuursorgaan verplicht is om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden, teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht, zoals dit blijken het antwoord op een latere prejudiciële verwijzing moet worden uitgelegd, te verzekeren?'

In deze bijdrage wordt de uitspraak van het CBB van 1 november 2000 besproken. Bovendien wordt belicht welke elementen van belang zouden kunnen zijn bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Ten slotte komt de eventuele aansprakelijkheid voor rechterlijke fouten kort aan de orde.

De uitspraak van het CBB nader bezien

In het beroep voor het CBB verzoekt Kühne om vernietiging van het besluit van het Productschap waarbij twee verzoeken werden afgewezen, te weten:

- 1 de uitbetaling van de ten onrechte teruggevorderde restitutie en een bedrag voor griffierechten en kosten in de rechtsbijstand, en
- 2 het betalen van schadevergoeding vanwege misgelopen restituties die zij zou hebben ontvangen indien de kippenpoten in de juiste tariefpost zouden zijn ingedeeld in de periode na december 1987.

Ten aanzien van het tweede verzoek oordeelt het CBB dat de restitutiebeslissingen van na december 1987 in stand blijven. Het CBB motiveert dat deze beschikkingen niet binnen de beroepstermijn zijn aangevochten en derhalve definitief zijn geworden; zij behouden hun rechtskracht, hoe onjuist deze beslissingen achteraf gezien wellicht ook waren. Bijkomende omstandigheden die zo klemmend zijn dat het Productschap een uitzondering op dit beginsel had moeten maken,³ zijn niet gebleken en ook het

gemeenschapsrecht dwingt hier niet toe, aldus het CBB. Volgens het CBB is dit 'niet voor tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel vatbaar'.⁴ Immers, de effectiviteit van het gemeenschapsrecht loopt geen gevaar, nu tijdig beroep had kunnen worden ingediend.

Bij deze overwegingen wil ik enkele kanttekingen plaatsen. Want, gelijk Kühne opmerkt, zou het instellen van beroep tegen deze latere restitutiebeslissingen illusoir zijn geweest gezien de uitspraak van het CBB van 1991. Hoewel het tegenwerpen van beroepstermijnen, getuige een lange reeks arresten van het Hof, in principe gerechtvaardigd is daar dit de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht niet belemmert, zou kunnen worden betwijfeld of *in casu* ook aan deze voorwaarde is voldaan. Ook op dit punt had het CBB daarom wellicht een vraag kunnen stellen aan het Hof, zeker aangezien het CBB toch al een vraag stelt.⁵ Gevraagd had bijvoorbeeld kunnen worden of het Productschap in het onderhavige geval de beroepstermijn wel mocht tegenwerpen of dat het een uitzondering had moeten maken op de regel dat niet tijdig aangevochten beslissingen definitief worden vanwege bijkomende klemmende omstandigheden teneinde het verkrijgen van schadevergoeding voor Kühne mogelijk te maken. Brengt bijvoorbeeld artikel 10 EG de plicht met zich mee voor het Productschap om in gevallen als het onderhavige de beroepstermijn niet tegen te werpen? Het tegenwerpen van de beroepstermijn brengt naar Nederlands recht immers mee dat alle rechtsbeschermingsmogelijkheden voor Kühne ten aanzien van deze beslissingen worden afgesneden. Kühne kan niet meer in bezwaar komen bij het bestuursorgaan, noch bij de rechter vanwege de formele rechtskracht. Het verkrijgen van schadevergoeding is niet mogelijk omdat het Nederlands recht hiervoor eist dat de administratieve rechter het beroep tegen een besluit gegrond verklaart, en het besluit vernietigt, wil hij een verzoek tot schadevergoeding op grond van artikel 8:73 Awb kunnen toewijzen. De weg naar de civiele rechter is evenmin een optie daar toewijzing van de vordering uit onrechtmatige daad tegen de overheid afhankelijk is van de *onrechtmatigheid* van het onderliggende besluit. Bij formele rechtskracht moet worden uitgegaan van een rechtmatig besluit.

Ten aanzien van het eerste verzoek oordeelt het CBB echter dat het onderzoek over de wel aangevochten beslissing wordt heropend. Hiertoe stelt het CBB bovenvermelde vraag aan het Hof. Reden voor de heropening van het onderzoek ligt in de volgens het CBB door het Productschap aangehangen onjuiste rechtsopvatting. Kühne verzocht het Productschap de terugvordering ongedaan te maken door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om terug te komen op een administratiefrechtelijke beslissing op basis van artikel 4:6 Awb, dat een bestuursorgaan deze mogelijkheid biedt. Dat het Productschap enkel reageerde door te stellen dat

6 Voorbeeld ontleend aan zaak C-10/97 tot en met C-22/97, IN.CO.GE '90, Jur. 1998, p. I-6307.

7 Zie ook zaak C-88/99, Roquette, 28 november 2000, n.n.g.

8 Zie ook zaak 34/67, Lück, Jur. 1968, p. 359 en zaak C-226/97, Lemmens, Jur. 1998, p. I-3711.

9 Mertens de Wilmars, L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers, Rapport général, in: Remedies for breach of Community Law (FIDE, Londen 1980, dl. I) p. I.2. Vgl. ook Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa', in: Steyger, Widdershoven & Meij, Europees recht en het Nederlands bestuursrecht, VAR-reeks 116, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1996, p. 97-210.

10 Heukels, Ambtshalve plicht om aan direct werken de bepalingen van EG-recht te toetsen?, NTER 1996, p. 88-92.

11 Zaak C-222/84, Johnston, Jur. 1986, p. 1651; zaak C-222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 4097 en zaak C-213/89, Factortame, Jur. 1990, p. I-2433.

uitsluitend herziening aan de orde zou kunnen zijn en voor herziening van de uitspraak van het CBB van 1991 op basis van artikel 8:88 Awb geen aanleiding zou zijn, omdat dit oordeel aan het CBB is voorbehouden, wordt door het CBB als onjuist veroordeeld. Dit, omdat het Productschap werd verzocht gebruik te maken van zijn eigen bevoegdheid. De vraag aan het Hof is nu of het Productschap verplicht is van deze bevoegdheid gebruik te maken teneinde de effectiviteit van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

Het eerste verzoek werpt nog een interessante kwestie op, namelijk of in gevallen als het onderhavige, de kracht van gewijsde van de uitspraak van het CBB zou moeten worden doorbroken, eveneens op grond van artikel 10 EG. Aangezien herziening hier niet aan de orde is en een dergelijke vraag niet nodig is voor de beantwoording van het geding, kon hierover geen vraag worden gesteld aan het Hof.

Kortom, het CBB had wellicht naar aanleiding van deze casus meer vragen kunnen stellen. Niettemin is de door het CBB gestelde vraag een zeer interessante en komen enkele van de andere bovengenoemde kwesties wellicht toch naar voren in de uitspraak van het Hof.

Rechtsgevolgen van uitspraken van het Hof

Als bekend is de uitleg die een regel van gemeenschapsrecht in een prejudicieel arrest heeft gekregen bindend voor de nationale rechter die de vraag heeft gesteld in het onderliggende geschil. De gemeenschapstrouw ingevolge artikel 10 EG en de waarborging van de uniformiteit van het gemeenschapsrecht dwingen hiertoe. Tenzij het Hof zelf het effect van een gegeven interpretatie in de tijd beperkt, geldt de uitleg met terugwerkende kracht tot het moment dat de getroffen bepaling in werking trad. Het uitgelegde voorschrift moet dus door de rechter ook worden toegepast op rechtsverhoudingen die zijn ontstaan vóór het desbetreffende arrest.

De rechtsgevolgen van een arrest binnen de nationale rechtsorde worden echter in grote mate bepaald door het nationale recht. Ingevolge de voorrang van het gemeenschapsrecht moet weliswaar elke met het gemeenschapsrecht strijdige regeling buiten toepassing worden gelaten, dit betekent echter niet dat bijvoorbeeld een met het gemeenschapsrecht strijdig bevonden belastingregeling en de daaruit voortvloeiende belastingplicht non-existent worden of dat op de regeling gebaseerde individuele besluiten vernietigbaar worden *op grond van het gemeenschapsrecht*.⁶ Bij het ontbreken van Europees procesrecht geschiedt de vaststelling van de rechtsgevolgen volgens de regels van nationaal procesrecht.⁷ Afgezien van gemeenschapsrechtelijke sanctie van niet-toepasselijkheid van de regeling, bepaalt het nationale (proces)recht de kwalificatie van de

rechtsverhouding en de rechtsbeschermingsmogelijkheden.⁸

Communautaire grenzen aan nationaal procesrecht

Noch in het verdrag, noch in secundair gemeenschapsrecht is een algemeen systeem of zijn procedures voor de tenuitvoerlegging en rechtsbescherming van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde neergelegd, terwijl ook een algemeen raamwerk van communautaire rechtsmiddelen ontbreekt. Bij gebrek aan gemeenschapsrecht op dit punt vindt de daadwerkelijke effectivering van het gemeenschapsrecht plaats met behulp van het nationale procesrecht waarbij de nationale rechter fungeert als 'juge de droit commun'. De problemen die door de toepassing van nationaal procesrecht kunnen ontstaan voor de uniforme doorwerking van het gemeenschapsrecht worden aangeduid als 'de problemen van de tweede generatie'; zo genoemd daar zij naar voren kwamen nadat voor de eerste doorwerkingproblemen een oplossing was gevonden in de leerstukken van autonomie, voorrang en directe werking.⁹

In het kader van de zogenaamde tweede generatie jurisprudentie zijn aan de toepassing van het nationaal procesrecht door het Hof de inmiddels overbekende Rewe/Comet-voorwaarden verbonden: de betrokken regels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (non-discriminatie beginsel) en de uitoefening van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten mag 'niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk' worden gemaakt (effectiviteitsbeginsel). Hoewel de uiteindelijke afweging wordt overgelaten aan de nationale rechter, verschaft het Hof soms de nodig geachte richtsnoeren en aandachtspunten.

Waar de tweede generatie jurisprudentie nog een voornamelijk negatieve werking heeft, en nationale regels 'enkel' worden 'weggetoetst' in geval van onverenigbaarheid met bovengenoemde voorwaarden, grijpt de zogenaamde 'derde generatie jurisprudentie' verder in in de nationale procesorde ten behoeve van de effectiviteit van het gemeenschapsrecht.¹⁰ Het Hof onderwerpt het nationaal procesrecht in deze jurisprudentie aan een meer intensieve toetsing en mengt zich in de nationale procedurele autonomie door het creëren van bevoegdheden en rechtsmiddelen. Het effectiviteitsbeginsel groeit bijvoorbeeld van de negatieve formulering 'niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk' uit tot het positievere beginsel van 'effectieve rechtsbescherming'. Dit beginsel eist het bestaan van een effectieve rechtsgang die rechterlijke toetsing van besluiten en gerechtelijke uitspraken op hun verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht mogelijk maakt.¹¹

Dit betekent niet dat het 'oude' effectiviteitsbeginsel niet meer van belang is. In vele zaken hanteert het Hof nog steeds de oude formulering, maar daar-

12 Prechal, Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel, CMLRev. 35: 681-706, 1998.

13 Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich, Jur. 1991, p. I-5357; gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie, Jur. 1996, p. I-1029; gev. zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Dillenkofer, Jur. 1996, p. I-4845.

14 Onder 6.4, p. 13 van de uitspraak.

15 Hoge Raad 1 februari 1991 (NJ 1991, 413).

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

naast heeft het Hof in een tweetal zaken aan de effectiviteittoets een veel minder marginale invulling gegeven die past bij deze derde generatie, bestaande uit een afweging van nationale tegen gemeenschapsrechtelijke belangen.¹² Ten behoeve van de effectiviteit toetst het Hof nationale procedurele voorschriften op hun conformiteit met het gemeenschapsrecht op een gedetailleerde en inhoudelijke wijze. Behalve de invulling van het effectiviteitsbeginsel zelf, kan ten slotte als exponent van de derde generatie jurisprudentie bij uitstek de ontwikkeling het rechtsmiddel van de communautaire aansprakelijkheid van een lidstaat in geval van schending van het gemeenschapsrecht worden genoemd.¹³

Overigens is het niet zo dat de tweede generatie jurisprudentie tot het verleden behoort. Sterker nog, het Hof stelt zich overwegend terughoudend ten aanzien van het nationaal procesrecht op.

Formele rechtskracht houdbaar?

In casu wordt weliswaar een rechtsgang geboden, maar blokkeert de formele rechtskracht de vernietiging van het besluit en daarmee naar Nederlands recht de schadevergoedingsmogelijkheden. De vraag voorgelegd aan het Hof is nu of er een verplichting bestaat de bevoegdheid op grond van artikel 4:6 Awb uit te oefenen ten aanzien van beslissingen die na rechterlijke uitspraak onherroepelijk zijn geworden in geval van een latere, andersluidende prejudiciële uitspraak van het Hof. Uitoefening van deze bevoegdheid zou neerkomen op een relativisering van de formele rechtskracht ten gunste van het gemeenschapsrecht. De vraag is of het gemeenschapsrecht en in het bijzonder de vereisten van Rewe/Comet dwingen tot uitoefening van deze bevoegdheid. Uit de eerdere jurisprudentie van het Hof zijn verschillende argumenten zowel voor een ontkennend als voor een bevestigend antwoord af te leiden.

Non-discriminatie

Vanuit de eis van non-discriminatie bezien kan men betogen dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Immers, uitgangspunt is dat nationale rechtspraak die van latere datum is dan een besluit dat definitief is geworden, op zichzelf geen afbreuk kan doen aan het definitieve karakter van dat besluit, ook niet indien deze rechtspraak een rechtsvaststellend karakter draagt en derhalve moet worden geacht vanaf de inwerkingtreding van het uitgelegde voorschrift zo te hebben gegolden. Ook in geval van zuiver nationaalrechtelijke context krijgen besluiten op grond van de Awb formele rechtskracht en behouden zij deze, hoe onjuist deze besluiten achteraf wellicht ook blijken te zijn. Het bestuursorgaan is slechts in uitzonderingsgevallen verplicht gebruik te maken van zijn bevoegdheid ingevolge artikel 4:6

Awb. Ook is het non-discriminatoire dat zowel aan de schadevergoedingsactie op zuiver nationaalrechtelijke grondslag als aan de schadevergoedingsactie op basis van gemeenschapsrecht vernietiging van het administratief besluit voorafgaat. Aan de non-discriminatie-eis lijkt daarom te zijn voldaan. Ook anderszins is er geen verplichting om de formele rechtskracht van besluiten te relativiseren. Uitgangspunt is het definitieve karakter van het besluit en de rechtszekerheid.

Niettemin merkt het CBB op dat het bestaan van de bevoegdheid op grond van artikel 4:6 Awb impliceert dat onder omstandigheden ook een verplichting kan inhouden terug te komen op een eerder besluit. Onder die omstandigheden rekent het CBB in bepaalde gevallen ook afwijkende latere rechtspraak. 'Of een dergelijke verplichting bestaat, hangt af van het gewicht dat in dit geval moet worden toegekend aan nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak', aldus het CBB.¹⁴ Onder omstandigheden is in het Nederlandse recht aanvaard dat latere rechtspraak consequenties hoort te hebben voor zaken die zijn uitgeprocedeerd. Zo heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld al eens bepaald dat een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing tot stand is gekomen op zodanige wijze dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 lid 1 eerste zin EVRM.¹⁵ Het niet (kunnen) laten meewegen van een dergelijke uitspraak zou derhalve een schending van artikel 6 EVRM kunnen opleveren. Deze opmerking is temeer interessant nu het gemeenschapsrecht op grond van artikel 6 EU de verzekering van de rechten neergelegd in het EVRM waarborgt.

Kortom, enerzijds blijkt dat het behoud van de formele rechtskracht uitgangspunt is. Anderzijds echter is het ook naar nationaal recht mogelijk dat hierop onder bepaalde omstandigheden een uitzondering wordt gemaakt. De vraag is of de onderhavige situatie kwalificeert als een dergelijke uitzonderingssituatie. Een uitspraak van het EHRM is evenwel van andere aard dan een prejudiciële uitspraak van het Hof. Tussen beide soorten uitspraken bestaan immers belangrijke verschillen.

Effectiviteit

Voor een negatieve beantwoording van de prejudiciële vraag pleit een lange reeks arresten. Het Hof heeft, beginnende bij de Rewe- en Comet-zaken, consequent als uitgangspunt genomen dat de toepassing van redelijke (beroeps)termijnen, op straffe van verval van recht en van formele rechtskracht, voldoen aan de effectiviteits eis en dus zijn toegestaan.

Een voorbeeld van het behoud van het gezag van gewijsde van een arbitraal tussenvonnissen biedt de Eco Swiss-zaak.¹⁶ In deze zaak werd een arbitraal vonnis

17 Zaak C-310/97P, AssiDomän, Jur. 1999, p. I-5363.

18 Zaak C-208/90, Emmott, Jur. 1991, p. I-4269. Vgl. Heukels, Concretisering van de Rewe-rechtspraak: minimumharmonisatie langs jurisprudentiële weg, NTER 1999, p. 197-202.

19 Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri 1999, p. 305.

20 Gev. zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel, Jur. 1995, p. I-4705 en zaak C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. I-4599.

aangevochten voor de burgerlijke rechter wegens strijd met het Verdrag. Gevraagd werd onder andere of het gemeenschapsrecht dwingt tot het doorbreken van het gezag van gewijsde van een arbitraal tussenvonnissen met het karakter van een eindvonnis, indien dit nodig is om in het kader van de procedure tot vernietiging van het latere arbitrale vonnis te kunnen onderzoeken, of een overeenkomst die in het arbitrale tussenvonnissen rechtsgeldig is verklaard, wellicht toch nietig is wegens strijd met artikel 81 EG. Het Hof overweegt dat van het tussenvonnissen vernietiging had kunnen worden gevraagd binnen een termijn van drie maanden en dat een dergelijke termijn de uitoefening van de rechten op basis van gemeenschapsrecht niet uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk maakt. Immers, zo stelt het Hof, termijnen vinden hun rechtvaardiging in het waarborgen van de rechtszekerheid van het nationale rechtstelsel. De conclusie is daarom dat het gemeenschapsrecht *in casu* niet tot het doorbreken van het gezag van gewijsde dwingt, ook al is tegen het latere arbitrale vonnis wel op tijd vernietiging gevorderd.

Van hetzelfde respect voor de rechtszekerheid getuigt ook het arrest AssiDomän betreffende de rechtsgevolgen van een vernietigingsarrest.¹⁷ *In casu* ging het om een beschikking van de Commissie met vele adressaten, waarvan er slechts enkele beroep tot nietigverklaring hadden ingesteld. Het Gerecht oordeelde dat slechts die delen van de beschikking werden vernietigd waartegen betrokken adressaten in beroep waren gekomen en dat de delen van de beschikking gericht tot andere adressaten in stand waren gebleven. De vernietiging van wel in het vernietigingsberoep betrokken delen had evenwel mede tot gevolg gehad dat de Commissie verplicht was op grond van artikel 233 EG (ex artikel 176 EG) de wettigheid van de reeds gedeeltelijk vernietigde beschikking ten aanzien van de andere adressaten opnieuw te onderzoeken. Het Hof wijst echter deze verplichting met een beroep op de rechtszekerheid en proceseconomie van de hand. Een versterkte uitvoeringsplicht voor de gemeenschapsinstellingen geformuleerd door het Gerecht wordt aldus ontkend. Wat artikel 233 EG is voor de gemeenschapsinstellingen, is artikel 10 EG voor de nationale instanties. Naar analogie zou kunnen worden betoogd dat ook de verplichtingen van nationale instanties op grond van artikel 10 EG hun grens vinden in rechtszekerheid, en bestuursorganen derhalve niet verplicht zijn eerdere beslissingen opnieuw te onderzoeken en hierop indien nodig terug te komen, temeer wanneer het gaat om een uitleggings- in plaats van een vernietigingsberoep.

Niettemin kunnen er in de jurisprudentie ook aanknopingspunten worden gevonden voor een bevestigend antwoord van de prejudiciële vraag. De consequente rechtvaardiging van termijnen kent immers een uitzondering in de Emmott-doctrine.¹⁸ Het geval van Kühne vertoont mijns inziens enige

gelijkenis met dat van mw. Emmott. In dat geval stelde het Hof dat zolang de betrokken richtlijn niet naar behoren was omgezet, een individu zijn recht niet kon kennen, en beroepstermijnen niet mochten worden tegengeworpen. Ook hier maakte een latere uitspraak van het Hof duidelijk wat de juiste inhoud van het gemeenschapsrecht was en was het individu te laat met het instellen van beroep. De fatale beroepstermijn zou volgens het Hof echter pas beginnen te lopen op het moment van correcte omzetting van de richtlijn.

De parallel met Emmott gaat echter slechts gedeeltelijk op. De Emmott-jurisprudentie heeft immers in latere rechtspraak van het Hof een beperkte reikwijdte gekregen. Voor Kühne is met name van belang dat het toepassingsbereik van deze regel niet is uitgebreid tot schending van andere regels van EG-recht, zoals het Verdrag en verordeningen, dit in verband met het bijzondere rechtskarakter van richtlijnen.¹⁹ Het feit dat richtlijnen moeten worden omgezet, leidt tot het ontbreken van een normatief kader wanneer deze omzetting niet heeft plaatsgevonden. *In casu* is echter sprake van onjuiste toepassing van een rechtskader dat rechtstreeks toepasselijk is. Echter, de duidelijkheid die gepaard zou moeten gaan met de rechtstreekse toepasselijkheid is echter soms illusoir, zeker als een lidstaat verzaakt om een vraag te stellen. Ook hier immers blijft er voor Kühne geen enkele rechtsbeschermingsmogelijkheid meer over.

Een tweede aanknopingspunt voor een bevestigend antwoord biedt de analogie met de arresten Van Schijndel en Peterbroeck.²⁰ Waar het Hof aarzelt op negatieve wijze (buiten toepassing laten) dan wel op positieve (het formuleren van rechtsmiddelen, toetsen en criteria) te veel inbreuk te maken op regels van procesrecht, lijkt zij toch zoveel mogelijk aan te haken bij de mogelijkheden van het nationale recht ter verzekering van de effectiviteit van het gemeenschapsrecht. Hiervan bieden voornoemde arresten een voorbeeld. Want, zo stelde het Hof, indien de rechter op grond van het nationale recht de *mogelijkheid* wordt geboden dwingende rechtsregels ambtshalve toe te passen die niet door partijen zijn aangevoerd, geldt een *verplichting* wanneer het dwingende regels van gemeenschapsrecht betreft, voorzover het nationale recht deze toepassing althans toelaat. Een bevoegdheid schept derhalve soms een verplichting.

Kortom, enerzijds heeft het Hof in het verleden veelvuldig gekozen voor de rechtszekerheid die wordt gewaarborgd door de handhaving van termijnen, formele rechtskracht en gezag van gewijsde. Niettemin wordt bij te schrijvende situaties uit het oogpunt van effectiviteit en rechtsbescherming een uitzonderingsmogelijkheid geboden om termijnvoorschriften te relativeren. Bovendien lijkt het Hof zoveel mogelijk aan te knopen bij de mogelijkheden van het nationaal procesrecht teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

Weging van de argumenten

Interessant zal het zijn om te zien of het Hof *in casu* de derde generatie jurisprudentie of de meer terughoudender koers zal volgen, zowel in de wijze van toetsing als in de uitkomst. Gelet op het bovenstaande eist het non-discriminatiebeginsel waarschijnlijk niet, dat van de bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt, temeer daar de analogie met EVRM-uitspraak mank gaat.

Ten aanzien van het effectiviteitsvereiste zal het Hof een keuze moeten maken tussen rechtsbescherming in het individuele geval en de rechtszekerheid in het algemeen. Getuige de lange reeks van arresten als Rewe en Eco Swiss is het twijfelachtig dat het Hof voor de rechtsbescherming van het individu zal kiezen. Zolang de ondergrens van het effectiviteitsbeginsel niet wordt overschreden, zal op de rechtszekerheid geen inbreuk worden gemaakt. De effectiviteit van het gemeenschapsrecht lijkt hier niet in het gedrang te komen daar de omstandigheden van het geval de uitoefening van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten niet 'uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk' maken. Er was een mogelijkheid voor de particulier om zijn recht te 'halen', enkel hierbij heeft de nationale rechter verzuimd een vraag te stellen. Er is daarom *in casu* geen algehele onmogelijkheid voor adequate effectuering van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, zoals in het geval van mevrouw Emmott. Het knelpunt zit hier in de fout bij de toepassing van het gemeenschapsrecht, niet in het ontbreken van een normatief kader. Het Hof zal zich daarom terughoudend kunnen opstellen.

Niettemin biedt het procesrecht een opening om de pijn in het individuele geval te verzachten en daarom acht ik het zeker niet uitgesloten dat het Hof hierop inhaakt ten gunste van de effectieve rechtsbescherming van het individu zonder al te veel inbreuk te maken op het nationale procesrecht. Bovendien zijn er aanknopingspunten in de jurisprudentie van het Hof te vinden ten gunste van de rechtsbescherming van het individu, zoals de analogie met (gedeeltelijk) Emmott en Van Schijndel.

Aansprakelijkheid van lidstaat voor rechterlijke fouten?

In de onderhavige zaak zijn verschillende soorten 'fouten' of schendingen van gemeenschapsrecht aan de orde: ten eerste de verkeerde toepassing van het gemeenschapsrecht door het bestuursorgaan, het Productschap, ten tweede de verkeerde toepassing van het gemeenschapsrecht door de rechter, het CBB, en ten derde het verzuim van dezelfde rechter om een vraag te stellen aan het Hof. De door partijen gemaakte opmerkingen rond aansprakelijkheid hebben betrekking op het verkeerd toepassen van het gemeenschapsrecht door het *bestuursorgaan* als schending van gemeenschapsrecht. Afhankelijk van het antwoord op de prejudiciële vraag kan hier even-

tueel schadevergoeding voor worden verkregen, mits de formele rechtskracht gerelativeerd wordt. De vraag resteert of iets gedaan kan worden tegen de rechterlijke fout. Kan een lidstaat op grond van het gemeenschapsrecht²¹ aansprakelijk worden gesteld voor het niet of verkeerd toepassen van gemeenschapsrecht of het onterecht nalaten een prejudiciële vraag te stellen door de (hoogste) rechter? Ofwel, kan Kühne schadevergoeding krijgen? De vraag is of aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, met name of in dit geval sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending.²²

Uitgangspunt in de jurisprudentie omtrent de communautaire aansprakelijkheid is dat een lidstaat aansprakelijk is voor schending van het gemeenschapsrecht door overheidsorganen. In het arrest Brasserie heeft het Hof erkend dat ook fouten van de rechterlijke macht tot aansprakelijkheid van de lidstaat aanleiding kunnen geven.²³ Schending van de verwijzingsplicht, zoals in het geval van Kühne zou kunnen worden betoogd, kan naar mijn mening niet altijd als voldoende gekwalificeerde schending worden bestempeld. Immers, het Cilfit-criterium betreffende de uitzondering op de verwijzingsplicht biedt beoordelingsruimte voor de nationale rechter: wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag in een gelijksoortig geval, wanneer er al vaste rechtspraak bestaat over het punt waarop het geding betrekking heeft en wanneer in redelijkheid niet getwijfeld kan worden aan de juiste uitleg van het gemeenschapsrecht, mag een rechter de verwijzing achterwege laten.²⁴ Enkel als de nationale rechter in redelijkheid niet tot dit oordeel had kunnen komen, bijvoorbeeld als er in de jurisprudentie geen duidelijkheid bestond of als de verschillende taalversies geen uitsluitel geven (hetgeen een hoge drempel opwerpt voor het invoeren van de uitzondering), zou dit mijns inziens kunnen worden aangemerkt als voldoende gekwalificeerde schending. Een afweging zal moeten worden gemaakt in het concrete geval, waarbij ruimte moet worden gelaten voor de rechterlijke beoordelingsmarge. Deze zou echter zijn grens moeten vinden in klaarblijkelijke fouten.²⁵

Ten aanzien van het niet of verkeerd toepassen van het gemeenschapsrecht door de hoogste nationale rechter, kan men zich afvragen of dit een afzonderlijke gekwalificeerde schending kan opleveren, naast de schending van de verwijzingsplicht op grond van artikel 234 EG. Deze kwestie zal zich immers meestal oplossen in de verwijzingsplicht in geval van onduidelijkheid. Niettemin ben ik van mening dat bijvoorbeeld ook de schending van de verplichting tot ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht op grond van artikel 10 EG in bepaalde gevallen aanleiding zou kunnen geven tot aansprakelijkheid.²⁶

21 Daargelaten de zeer beperkte mogelijkheden voor aansprakelijkheid naar Nederlands recht, vgl. Betlem, Onrechtmatige Wetgeving: Overheidsaansprakelijkheid voor Schending van het gemeenschapsrecht in het post-Francovich Tijdschrift, RegelmAat 1996/3, p. 139.

22 Vgl. ook Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri 1999, p. 356 e.v. Dit geldt ook ten aanzien van het tweede (afgewezen) verzoek.

23 Gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie, Jur. 1996, p. I-1029, r.o. 34.

24 Zaak 283/81, Cilfit, Jur. 1982, p. 3415, r.o. 13-20.

25 Getwijfeld zou kunnen worden of in de onderhavige zaak sprake is van een 'acte clair' of 'acte éclairé'. Het CBB spreekt zelf van 'acte éclairé', maar de gekozen bewoordingen in de uitspraak van 21 november 1991 duiden wellicht eerder op 'acte clair', wanneer het CBB stelt dat 'het voormelde arrest van het Hof (zaak 327/82, EKRO/PVV, Jur. 1984, p. 107, toevoeging MdJ) geen betekenis heeft voor deze zaak'.

26 Ook zal aan de andere aansprakelijkheidsvoorwaarden schade (en de daarbij behorende schadebeperkingsplicht voor het individu) en causaal verband moeten zijn voldaan. Dit laat ik hier verder buiten beschouwing.

Conclusie

Het CBB heeft een boeiende, zij het beperkte, vraag gesteld aan het Hof van Justitie waarin de verhouding tussen het nationaal procesrecht en de communautaire eisen hieraan wederom aan de orde komt. De Kühne-zaak bewijst eens te meer dat doorwerkingsproblemen nog altijd actueel zijn, ook betreffende het bepalen van de rechtsgevolgen van een prejudiciële uitspraak, hetgeen bij afwezigheid van harmonisatie op dit punt voornamelijk is overgelaten aan het nationaal procesrecht, mits dit voldoet aan de Rewe/Comet-eisen. Het ligt in de rede dat het Hof ten behoeve van de rechtszekerheid de formele rechtskracht niet zal relativeren. De effectiviteit lijkt *in casu* niet in het gedrang te komen daar het natio-

nale procesrecht beroepsmogelijkheden heeft geboden. De fout die in deze beroepsgang door de rechter is gemaakt doet hier niet aan af. Het Hof zal zich daarom terughoudend kunnen opstellen. Niettemin bestaat er een mogelijkheid dat het Hof aanhaakt bij de door het Nederlands recht geboden mogelijkheid op grond van 4:6 Awb ten behoeve van de rechtsbescherming van het individu. Alsdan ligt ook de weg nog open naar schadevergoeding voor de schending van gemeenschapsrecht door het bestuursorgaan. In beide gevallen resteert bovendien wellicht nog de eventuele schadevergoedingsactie voor rechterlijke fouten, hoewel deze tot op heden nog enkel theoretisch is gebleven.