

De spanning tussen gezag van gewijsde en het Europese doeltreffendheidsbeginsel

Prof. mr. A.S. Hartkamp

HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH / Land Nordrhein-Westfalen*)

1 De casus

In 2007 sloot Klausner Holz een raamovereenkomst met het Land Nordrhein-Westfalen (hierna: het Land) tot levering van hoeveelheden hout over de jaren 2007 tot 2014. Financiële problemen en daaruit voortvloeiende betalingsmoeilijkheden aan de zijde van Klausner Holz leidden ertoe dat het Land de overeenkomst in 2009 heeft opgezegd. Echter, in 2012 stelden het Landgericht Münster en in hoger beroep het Oberlandesgericht Hamm in declaratoire uitspraken vast dat de opzegging nietig was, zodat de overeenkomst nog steeds van kracht was. De uitspraak van het Oberlandesgericht is in kracht van gewijsde gegaan en heeft daardoor gezag van gewijsde gekregen.

Daarop dagvaardde Klausner Holz het Land bij de verwijzende rechter (opnieuw het Landgericht Münster) en vorderde schadevergoeding ter zake van niet-uitgevoerde houtleveringen in 2009 en nakoming voor de jaren 2010-2013. In deze tweede procedure beriep het Land zich er voor het eerst op dat de overeenkomst staatssteun opleverde, omdat het Land met andere afnemers vergelijkbare overeenkomsten had afgesloten, maar tegen hogere prijzen. Naar Duits recht zou dit moeten leiden tot nietigheid van de overeenkomst, aangezien zij niet was aangemeld overeenkomstig artikel 108 VWEU en derhalve was gesloten en nagekomen in strijd met het in lid 3 van dat artikel vervatte verbod.

Inmiddels had het Land de overeenkomst alsnog aangemeld en had de Europese Commissie een onderzoek ingesteld, dat echter nog niet was afgerond. Het Landgericht Münster achtte de stelling dat sprake was van verboden staatssteun juist, maar was van oordeel dat dit niet kon leiden tot afwijzing van de vorderingen van Klausner Holz,

omdat bij de voormelde declaratoire uitspraken was vastgesteld dat de overeenkomst nog van kracht was en de rechter in een volgend geding aan die uitspraak gebonden is.

Het Landgericht stelde daarom aan het Hof van Justitie de vraag of het EU-recht hem dwingt het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak te negeren. Vereisen artikel 107 en 108 VWEU en het effectiviteitsbeginsel dat 'er in een civiel geding betreffende de uitvoering van een civielrechtelijke overeenkomst waarbij steun wordt verleend, geen rekening wordt gehouden met een in dezelfde zaak gewezen definitieve civiele declaratoire uitspraak die het voortbestaan van de civielrechtelijke overeenkomst bevestigt zonder toetsing aan de staatssteunregels, indien volgens het nationale recht de uitvoering van de overeenkomst niet anderszins kan worden verhinderd?'

2 De uitspraak van het Hof van Justitie

a Het Hof geeft eerst een kort overzicht van de strekking van de staatssteunregels (punt 18-26). Deze uiteenzetting bevat geen nieuwe elementen. Zij strekt ertoe nog eens te benadrukken dat artikel 108 lid 3 VWEU een preventieve controle op staatssteunmaatregelen bevat en dus beoogt te bereiken dat alleen verenigbare steunmaatregelen tot uitvoering worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt bepaald dat voorgenomen steunmaatregelen moeten worden aangemeld bij de Commissie en dat, indien de Commissie een onderzoek instelt, de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel wordt opgeschort totdat de twijfel omtrent de verenigbaarheid ervan door de eindbeslissing van de Commissie is weggenomen. De Commissie heeft hier een exclusieve bevoegdheid; de nationale

rechter dient in geval van schending van het verbod de rechten van de justitiabelen, die zich kunnen beroepen op artikel 108 lid 3, te beschermen (deze bepaling heeft dus directe werking in de verhouding burger-overheid).¹ Die bescherming kan onder meer worden geboden door, zo nodig als voorlopige maatregel, de (verdere) uitvoering van de maatregel te verbieden en door de overheid op te dragen de verleende steun van de gesteunde onderneming terug te vorderen.

b Vervolgens gaat het Hof in op de gestelde vraag, die het bevestigend beantwoordt. Allereerst wordt het dilemma van de verwijzende rechter geschetst:

27 De verwijzende rechter heeft in casu, overeenkomstig de hem aldus verleende opdracht, vastgesteld dat de litigieuze overeenkomsten staatssteun behelzen die in strijd met artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU ten uitvoer is gelegd. Hij is echter van oordeel niet te kunnen voldoen aan zijn verplichting om alle consequenties uit deze schending te trekken, als gevolg van het gezag van gewijsde van de declaratoire beslissing van het Oberlandesgericht Hamm waarbij is bevestigd dat de litigieuze overeenkomsten nog steeds van kracht zijn.

28 In dit verband blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat het geding dat aanleiding heeft gegeven tot deze beslissing van het Oberlandesgericht Hamm noch ten principale noch incidenteel betrekking had op de vraag of er bij de litigieuze overeenkomsten sprake was van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, zodat, zoals de verwijzende rechter benadrukt, deze vraag niet is onderzocht door het Oberlandesgericht Hamm, en evenmin door het Landgericht Münster toen het in eerste aanleg uitspraak deed over hetzelfde geschil.

29 Verder blijkt uit het dossier dat het geding dat aanleiding heeft gegeven tot het declaratoire arrest van het Oberlandesgericht Hamm uitsluitend tot doel had vast te laten stellen dat de litigieuze overeenkomsten nog steeds van kracht waren, ondanks de opzegging ervan door het Land. Het voorwerp van het geding voor de verwijzende rechter betreft daarentegen ten eerste de betaling van schadevergoeding voor de niet-uitvoering van een deel van deze overeenkomsten, ten tweede de uitvoering van een ander deel van deze overeenkomsten en ten derde het verkrijgen van bepaalde informatie die betrekking heeft op de prijzen die gebezigd werden in de sector.

30 Hoewel de verwijzende rechter erkent dat het beginsel van gezag van gewijsde, zoals geformuleerd in het nationale recht, bepaalde objectieve, subjectieve en tijdsbeperkingen kent evenals bepaalde uitzonderingen, stelt hij dat dit recht zich niet alleen ertegen verzet dat middelen worden heronderzocht die al definitief zijn beslecht in een navolgend geding, maar ook dat vragen worden onderzocht die in een voorgaand geding hadden kunnen worden opgeworpen, maar niet zijn opgeworpen.

c Dan doet het Hof suggesties voor de oplossing van het dilemma. De eerste is interpretatie in overeenstemming met het Unierecht ('conforme interpretatie'). Het Hof stelt vast dat de verwijzende rechter deze niet mogelijk acht, maar zet daarbij kennelijk een vraagteken:

31 In dat verband dient in herinnering te worden gebracht dat het aan de nationale rechter staat om het nationale recht zoveel mogelijk aldus uit te leggen dat het kan worden toegepast op een wijze die bijdraagt tot de uitvoering van het Unierecht (arrest *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, punt 60).

32 Het is juist dat voor dit beginsel van conforme uitlegging van het nationale recht bepaalde beperkingen gelden. Zo wordt de verplichting voor de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn interne recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn, begrensd door de algemene rechtsbeginselen en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (zie, in die zin, arresten *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punt 100, en *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punt 39).

33 In het hoofdeding is de verwijzende rechter van oordeel dat hij wordt geconfronteerd met een dergelijke beperking, waarbij hij benadrukt dat het nationale recht hem 'geen enkele [...] mogelijkheid biedt om zich te verzetten tegen de uitvoering [van de litigieuze overeenkomsten]'.

34 In dat verband dient in herinnering te worden gebracht dat het beginsel van conforme uitlegging vereist dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke doet om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling (zie in die zin arrest *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Het komt aldus aan de verwijzende rechter toe om na te gaan of hij op die grondslag tot een dergelijke interpretatie kan komen door rekening te houden met enerzijds de in de punten 28 en 29 van het onderhavige arrest genoemde elementen (zie, naar analogie, arrest *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 31) en anderzijds de in punt 26 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak van het Hof, waaruit blijkt dat de nationale rechterlijke instanties, om consequenties uit de schending van artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU te trekken, zo nodig voorlopige maatregelen kunnen gelasten. In het onderhavige geval dient de verwijzende rechter dus te onderzoeken of het mogelijk is om een maatregel te gelasten zoals de tijdelijke opschorting van de litigieuze overeenkomsten tot de beslissing van de Commissie waarbij de procedure wordt gesloten, wat deze rechter zou toelaten de uit artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU voortvloeiende verplichtingen na te komen zonder zich over de geldigheid van de litigieuze overeenkomsten uit te spreken.

36 Overigens dient te worden opgemerkt dat, hoewel de verwijzende rechter van oordeel is dat de uitzonderingen op het beginsel van gezag van gewijsde in het Duitse burgerlijke procesrecht in casu niet toepasbaar waren, een arrest volgens § 322, lid 1, van de ZPO slechts materieel gezag van gewijsde heeft voor zover uitspraak is gedaan over de vordering die in de dagvaarding of in reconventie werd ingesteld. Het komt bijgevolg aan de verwijzende rechter toe om na te gaan of een dergelijke beperking, die uitdrukkelijk is vermeld in § 322 van de ZPO, hem niet toestaat om deze bepaling aldus uit te leggen dat wanneer schending van artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU wordt aangevoerd, het gezag van gewijsde uitsluitend geldt voor de rechtsvorderingen waarover de rechter uitspraak heeft gedaan en of zij bijgevolg niet eraan in de weg staat dat een rechter zich in een later geding uitsprekt over rechtspunten waarover in deze definitieve beslissing geen uitspraak is gedaan.

37 Een maatregel als bedoeld in punt 35 van dit arrest of een uitlegging van het nationale recht als overwogen in punt 36 van dit arrest, zou namelijk op zichzelf niet tot gevolg hebben dat aan het definitieve gezag van gewijsde van de beslissing van het Oberlandesgericht Hamm wordt afgedaan.

d Voor het geval het voorgaande niet tot een oplossing zou kunnen leiden, oordeelt het Hof dat ondanks het belang van het rechtsbeginsel van gezag van gewijsde, dat beginsel in casu moet wijken voor de effectiviteit van het Unierecht:

1 Het artikel heeft geen directe werking in de verhouding tussen burgers onderling, in het bijzonder de gesteunde onderneming en een concurrent, maar in die verhouding kan het verbod

van art. 108 wel indirect doorwerken via de open normen (in Nederland met name art. 6:162 BW) van het nationale recht; zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het*

Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015/94.

38 Wanneer echter een dergelijke maatregel of uitlegging niet zouden kunnen worden overwogen, dient te worden herinnerd aan het belang van het beginsel van gezag van gewijsde, zowel in de rechtsorde van de Unie als in die van de nationale rechtsorden. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te waarborgen, is het immers van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld (zie arresten *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punt 22, en *Târșia*, C-69/14, EU:C:2015:662, punt 28).

39 Derhalve gebiedt het recht van de Unie een nationale rechterlijke instantie niet in alle gevallen, nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een nationale situatie die onverenigbaar is met dat recht kunnen worden hersteld (zie arresten *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, punt 22, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, C:2009:506, punt 23; *Commissie/Slowaakse Republiek*, C-507/08, EU:C:2010:802, punt 60; *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 59, en *Târșia*, C-69/14, EU:C:2015:662, punt 29).

40 Bij gebreke van een Unieregeling ter zake is de wijze waarop het beginsel van het gezag van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van hun interne rechtsorde. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale rechten gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het recht van de Unie verleende rechten mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel) (zie in die zin arresten *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punt 24, en *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat in alle gevallen waarin de vraag rijst of een regel van nationaal procesrecht de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, gekeken moet worden naar de plaats van die regel in de gehele procedure en naar het verloop en de bijzonderheden van die procedure voor de verschillende nationale instanties. Daartoe moet zo nodig rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure (zie in deze zin arresten *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punt 27, en *Târșia*, C-69/14, EU:C:2015:662, punten 36 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Dienaangaande zij opgemerkt dat een uitlegging van het nationale recht zoals beschreven in punt 30 van het onderhavige arrest, met name met zich kan brengen dat gevolgen worden verbonden aan een beslissing van een nationale rechter, in casu het Oberlandesgericht Hamm, die in onderhavig geding zouden leiden tot de niet-toepassing van Unierecht omdat deze het de nationale rechterlijke instanties onmogelijk zouden maken om de naleving van artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU te verzekeren.

43 Dit zou immers tot gevolg hebben dat zowel de overheden als de begunstigden van staatssteun de verbodsbepaling van artikel 108, lid 3, derde zin, van het VWEU zouden kunnen omzeilen door, zonder het Unierecht betreffende staatssteun in te roepen, een declaratoir vonnis te verkrijgen dat hen uiteindelijk zou toelaten de staatssteun gedurende meerdere jaren verder uit te voeren. In een geval als dat in het hoofdgeding zou de schending van het Unierecht zich dus bij iedere nieuwe houtlevering voordoen zonder dat daar iets tegen zou kunnen worden ondernomen.

44 Een dergelijke uitlegging van nationaal recht kan bovendien elk nuttig effect ontnemen aan de in punt 21 van het onderhavige arrest vermelde uitsluitende bevoegdheid van de Commissie om, onder toezicht van de Unierechter, te oordelen over de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt. Wanneer de Commissie, bij wie de Bondsrepubliek Duitsland de steunmaatregel in de vorm van

de litigieuze overeenkomsten inmiddels heeft aangemeld, zou besluiten tot de onverenigbaarheid ervan met de interne markt en de terugvordering ervan zou gelasten, zou de uitvoering van deze beslissing tot mislukken zijn gedoemd wanneer daar een nationale rechterlijke beslissing tegen kan worden ingebracht waarin is verklaard dat de overeenkomsten die deze steun bevatten 'van kracht' zijn.

45 In deze omstandigheden dient de conclusie te luiden dat een nationale regel die het de nationale rechter belet om alle consequenties uit de schending van artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU te trekken wegens een nationale rechterlijke beslissing met gezag van gewijsde die werd gewezen in een geding dat een ander voorwerp heeft en geen betrekking heeft op de vraag of bij de litigieuze overeenkomsten sprake is van staatssteun, onverenigbaar moet worden geacht met het doeltreffendheidsbeginsel. Een zo ernstige belemmering voor de effectieve toepassing van het Unierecht en met name van de regels inzake de controle van staatssteun, is niet gerechtvaardigd door het beginsel van het gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel. (zie, naar analogie, arresten *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, punt 31, en *Ferreira da Silva e Britto*, C-160/14, EU:C:2015:565, punt 59).

46 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat het Unierecht zich in omstandigheden als die in het hoofdgeding ertegen verzet dat de toepassing van een nationale rechtsregel waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, het de nationale rechter belet om, nadat hij heeft vastgesteld dat de overeenkomsten die het voorwerp zijn van het voor hem dienende geding staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen die in strijd met artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU ten uitvoer is gebracht, alle consequenties uit deze schending te trekken, zulks wegens een definitief geworden nationale rechterlijke beslissing waarin is geoordeeld dat deze overeenkomsten nog steeds van kracht zijn, zonder dat daarin is onderzocht of daarbij staatssteun is ingevoerd.

3 Het gezag van gewijsde en het beginsel van gelijkwaardigheid

De vraag of er vanuit Unierechtelijk oogpunt inbreuk moet worden gemaakt op het nationaalrechtelijke beginsel van gezag van gewijsde is eerder in de rechtspraak aan de orde geweest. Meestal is het probleem benaderd vanuit het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel, soms vanuit het gelijkwaardigheidsbeginsel. Zoals bekend worden beide beginselen gebruikt als toetssteen voor het nationale recht, dat moet worden gehanteerd voor het effectueren van regels van Unierecht (dikwijls: regels die rechten aan particulieren toekennen), indien dat zelf geen regels van materieel of formeel (privaat)recht biedt die daartoe kunnen worden aangewend.² Indien het om procesrecht gaat, vangt het Hof altijd aan met de mantra van de nationale procesrechtelijke autonomie. Dat van echte autonomie geen sprake is, heb ik reeds in een eerdere annotatie uiteengezet.³

Van deze twee beginselen is het beginsel van gelijkwaardigheid het hardste. Het houdt kort gezegd in dat wanneer het nationale recht moet worden toegepast op een Unierechtelijke casuspositie, de uitkomst voor de belanghebbende niet ongunstiger mag zijn dan die welke voor een soortgelijke nationale casuspositie zou gelden. Wel is hier sprake van afwegingsfactoren (wat is gelijkwaardig, wat is ongunstiger), maar indien vaststaat dat daaraan is voldaan, is de uitkomst zeker: de gunstiger nationale regel moet worden toegepast.

2 Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/111.

3 Arrest *Duarte* (C-32/12), AA 2015, afl. 3, AA20150222, p. 226.

Een voorbeeld in de context van het gezag van gewijsde biedt het arrest *Asturcom* (C-40/08).⁴ Het ging om de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, gewezen op basis van een arbitraal beding dat voorkwam in algemene voorwaarden die van toepassing waren op een overeenkomst gesloten tussen een onderneming en een consument. De richtlijn oneerlijke contractbedingen eist dat de rechter de ‘oneerlijkheid’ (zie art. 6 Richtlijn 93/13/EEG) van een dergelijk beding ambtshalve beoordeelt; acht hij het beding oneerlijk en dus onverbindend (zoals naar het in casu toepasselijke Spaanse recht het geval was), dan is het arbitrale vonnis bij gebreke van een geldige arbitrageovereenkomst vernietigbaar. Deze verplichting tot ambtshalve toepassing is gebaseerd op ‘de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust’. In de zaak *Mostaza Claro* (C-168/05), die over dezelfde casus ging, had de consument het arbitrale vonnis zelf ter vernietiging voorgedragen bij de burgerlijke rechter; het arbitrale vonnis was dus nog niet in kracht van gewijsde gegaan. Maar in de zaak *Asturcom* was de consument geheel passief gebleven, en bleef dat ook nog toen de onderneming – nadat het arbitrale vonnis in kracht van gewijsde was gegaan – aan de rechter toestemming verzocht dit vonnis te mogen executeren (‘exequatur’). Naar het oordeel van het Hof vereisen het voormelde openbare belang en het effectiviteitsbeginsel in deze situatie geen ambtshalve toetsing van het beding en dus geen ambtshalve vernietiging van het vonnis. Maar dat openbare belang eist wel dat artikel 6 Richtlijn 93/13/EEG als gelijkwaardig wordt beschouwd aan een eventuele nationale bepaling die de rechter bevoegd verklaart een arbitraal vonnis, ook als het definitief is geworden, ambtshalve te toetsen aan de openbare orde. Indien een dergelijke nationale bepaling bestaat, moet ten aanzien van het oneerlijke beding hetzelfde resultaat worden bereikt, zodat het vonnis, zo nodig ambtshalve, kan of moet worden vernietigd.

Een ander voorbeeld biedt het arrest *Pizzarotti* (C-213/13). Indien in nationale gevallen een mogelijkheid bestaat om een rechterlijke uitspraak die gezag van gewijsde heeft gekregen te wijzigen of aan te vullen, moet dat ook gebeuren in zaken waarin een beslissing is genomen die in strijd is met het EU-recht.

4 Het gezag van gewijsde en het beginsel van doeltreffendheid

Het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel vereist de niet-toepassing van een nationale regel die het effectueren van het Unierecht in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Wanneer dit het geval wordt geacht te zijn

is dikwijls moeilijk voorspelbaar. Hier moet de afweging worden gemaakt die in punt 41 wordt omschreven als: gekeken moet worden naar de plaats van die regel in de gehele (nationale) procedure en naar het verloop en de bijzonderheden van die procedure voor de verschillende nationale instanties. Daartoe moet zo nodig rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Regelmatig is in de rechtspraak uitgesproken dat het Unierecht in beginsel niet de doorbreking van de werking van in kracht van gewijsde gegane vonnissen of van het gezag van gewijsde van vonnissen rechtvaardigt; in de onderhavige uitspraak (punten 38 en 39) wordt dat uitgangspunt herhaald.⁵ Maar er zijn uitzonderingen.

In het arrest *Lucchini* (C-119/05) ging het om een toezegging van staatssteun aan een onderneming, welke steun door de Commissie onverenigbaar met de interne markt was verklaard. Niettemin werd de lidstaat vervolgens door een nationaal gerecht tot uitbetaling van de steun veroordeeld, welke beslissing gezag van gewijsde verkreeg, omdat de nationale autoriteiten daartegen geen beroep instelden. Toen de lidstaat vervolgens, op aandringen van de Commissie, tot terugvordering van de inmiddels uitgekeerde steun overging, werd deze vordering afgewezen met een beroep op het gezag van gewijsde van de eerdere beslissing. Maar dit beroep op gezag van gewijsde werd, naar aanleiding van door de appelrechter gestelde prejudiciële vragen, door het Hof onmogelijk geacht, omdat de nationale rechter met zijn beslissing had miskend dat de verenigbaarheid van staatssteun met de interne markt uitsluitend ter beoordeling van de gemeenschapsinstellingen (Commissie en Hof) staat. De regeling inzake gezag van gewijsde, zoals toegepast door de nationale rechter, zou afbreuk doen aan de effectiviteit van deze verdragsregeling.

In een fiscale zaak (*Olimpiclub*, C-2/08) heeft het Hof de binding aan het gezag van gewijsde beperkter uitgelegd dan de nationale hoogste rechter had gedaan.⁶ Deze rechter had aan een BTW-beslissing in een bepaald aanslagjaar gezag van gewijsde toegekend in een geschil tussen dezelfde partijen in een volgend aanslagjaar. Het Hof, dat memoreert dat BTW van wezenlijk belang is voor de eigen middelen van de Gemeenschap, beslist dat deze toepassing van het beginsel van gezag van gewijsde een zodanig omvangrijk beletsel voor de daadwerkelijke toepassing van de gemeenschapsregels inzake de BTW oplevert, dat zij niet redelijkerwijs gerechtvaardigd kan worden geacht door het rechtszekerheidsbeginsel en dus in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel (punt 31).

⁴ Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/119. Het ging in deze zaak om kracht van gewijsde (een vonnis waartegen geen rechtsmiddelen meer openstaan), maar de beslissing is evenzeer van belang voor het gezag van gewijsde, omdat het eerste in beginsel het tweede meebrengt.

⁵ Zie de rechtspraak vermeld in punt 39, deels besproken door H.B. Krans, *Nederlands bur-*

gerlijk procesrecht en materieel EU-recht (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 12), Deventer: Kluwer 2010, p. 117 e.v., en Asser/Hartkamp 3-I 2015/ 119-120. In *Köbler* (C-224/01, punt 38-40) overweegt het Hof dat de gekozen oplossing (staatsaansprakelijkheid kan ook bestaan ter zake van met het EU-recht strijdige rechterlijke uitspraken) geen afbreuk doet aan het gezag van

gewijsde. Vgl. *Ferreira da Silva e Britto* (C-160/14, punt 53 e.v.).

⁶ Zie over de restrictieve benadering van het Hof Kornezow, ‘Res judicata of national judgments incompatible with EU law: time for a major rethink?’, *CMLR* 2014, p. 809 e.v., 819 e.v. Ook in deze zaak geeft het Hof van die benadering blijk.

In de zaak *Duarte* (C-32/12)⁷ was de werking van het gezag van gewijsde in het nationale (Spaanse) recht zo ruim, dat een consument-koper, wiens vordering tot ontbinding van een koopovereenkomst was afgestuit op de te geringe ernst van het gebrek, niet een nieuwe vordering kon instellen tot vermindering van de koopprijs. In die zaak was dit echter niet het enige probleem: de koper kon zijn vordering ook niet in de loop van de procedure in eerste aanleg of in hoger beroep aanvullen of wijzigen. Wat het Hof tegen deze strikte processuele achtergrond specifiek bekritiseerde was dat de rechter niet de mogelijkheid had het recht op koopprijsvermindering ambtshalve te effectueren; op dit punt werd het Spaanse recht in strijd bevonden met de richtlijn consumentenkoop (1999/44/EG).

5 De uitspraak nader beschouwd

In de onderhavige zaak *Klausner Holz* wordt klare wijn geschonken: de Duitse regel inzake gezag van gewijsde is in strijd met het Unierecht (waarbij expliciet wordt bedoeld op het effectiviteitsbeginsel), omdat hij het mogelijk maakt artikel 108 lid 3 VWEU te omzeilen, het nuttig effect zou ontnemen aan de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie om te oordelen over de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt, en de terugvordering van de steun onmogelijk zou maken (punt 43 en 44).

De casus in deze zaak onderscheidt zich in die zin van *Lucchini*, dat in die zaak de nationale rechter de lidstaat had veroordeeld tot uitbetaling van steun die door de Commissie onverenigbaar was verklaard, terwijl in deze zaak de beoordeling door de Commissie nog in voorbereiding was. Maar het gevolg van het gezag van gewijsde zou hetzelfde (kunnen) zijn: de veroordeling tot nakoming en schadevergoeding zou ook uitgesproken moeten worden indien de Commissie de steun onverenigbaar zou verklaren. De overweging die het Hof in *Olimpiclub* aan *Lucchini* wijdde, is ook op deze zaak van toepassing.⁸ De ratio van beide beslissingen is dan ook dezelfde: de werking van het gezag van gewijsde zou elk nuttig effect ontnemen aan de verdragsbepalingen inzake de bevoegdheidsverdeling bij de controle op staatssteun.

In menig arrest van het Hof blijkt dat het niet gesteld is op het onverenigbaar verklaren van nationale regels met het Unierecht. Veel liever zoekt het de oplossing in andere procedés, in het bijzonder een uitleg van het nationale

recht in overeenstemming met het Unierecht, en wel ongeacht of het gaat om bepalingen van verdragen, richtlijnen of verordeningen of om algemene beginselen van Unierecht.⁹ In dit arrest wordt, hoewel richtlijnen geen rol spelen, de richtlijnconforme interpretatie ten tonele gevoerd en worden de daarvoor geformuleerde regels tot het gehele terrein van de Unierecht-conforme interpretatie uitgebreid (punt 32 e.v.).

Ook is reeds eerder gebleken dat het Hof bereid is daarbij zo nodig een handje te helpen.¹⁰ In dit geval komt het met twee suggesties. De eerste is van procedurele aard: de nationale rechter zal zo nodig voorlopige maatregelen kunnen gelasten (punt 35). Het Hof zegt er niet bij hoe dat tot een inhoudelijke oplossing van het geschilpunt kan bijdragen. Dat doet de volgende suggestie wel: hoewel de Duitse rechter van oordeel is dat hij niet onder het gezag van gewijsde uit kan, meent het Hof kennelijk dat een beperkende interpretatie van § 322 ZPO tot de mogelijkheden behoort (punt 36). Het voert daartoe aan dat de vordering die tot de declaratoire uitspraak van het Oberlandesgericht Hamm heeft geleid, betrekking had op de geldigheid van de opzegging van de raamovereenkomst, hetgeen een andere vordering is dan de vordering die thans aan het Landgericht Münster is voorgelegd en die strekt tot nakoming en schadevergoeding. Maar dat sluit mijns inziens niet uit dat de rechtsbetrekking in geschil (het bepalende criterium voor gezag van gewijsde) dezelfde is. De Duitse rechter zal moeten beoordelen of een restrictieve interpretatie van de bepaling naar Duits recht mogelijk is.¹¹ De verwijzende rechter vond van niet, maar natuurlijk kan hij daarover na verwijzing (of kan een hogere rechter) daar anders over denken.

Hierbij is te bedenken dat de vraag in hoeverre een uitzondering op de regel van § 322 ZPO moet worden aangenomen, mede afhankelijk is van de materieelrechtelijke vraag naar het gevolg van de overtreding van het staatssteunverbod voor de geldigheid van de overeenkomst. Naar Duits recht zou de overeenkomst volgens de verwijzende rechter nietig moeten worden geacht.¹² In de eerdere declaratoire beslissing van het Oberlandesgericht Hamm was de opzegging van de overeenkomst ongeldig geoordeeld, zodat de overeenkomst rechtsgeldig was en bleef voortbestaan. Daarmee was de rechtsbetrekking in geschil vastgesteld in de zin van 'geldigheid', waarmee een opvolgende beslissing in de zin van 'nietigheid' in beginsel onverenigbaar is. Maar er zijn ook meer genuanceerde

⁷ Zie AA 2015, afl. 3, p. 222-226 (AA20150222), met mijn noot.

⁸ In het boven genoemde arrest *Olimpiclub* merkt het Hof in punt 25 op dat het arrest *Lucchini* 'een geheel specifieke situatie betrof waarin de beginselen betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Gemeenschap inzake staatssteun ter discussie stonden, in die zin dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij uitsluiting bevoegd is om te oordelen over de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt.'

⁹ Zie voor een duidelijk voorbeeld het arrest *Dominguez* (C-282/10), punt 31 e.v., waarin het

Hof aangeeft dat richtlijnconforme interpretatie van een nationale bepaling de voorkeur verdient, en pas indien deze onmogelijk is dient te worden onderzocht of de bepaling buiten toepassing dient te worden gelaten, hetgeen verschillend ligt in 'verticale' en in 'horizontale' gevallen. Is ook dat onmogelijk, dan is het sluitstuk de Francovich-aansprakelijkheid.

¹⁰ Zie voor voorbeelden mijn noot onder het arrest *AMS*, AA 2014, afl. 10, AA20140749, p. 752 (nr. 6).

¹¹ Naar Nederlands recht behoort een beperkende interpretatie met het doel een nationale regel in de pas te brengen met verdragsrecht zeker tot de mogelijkheden, al wordt verschillend gedacht over

de mate van terughoudendheid die de rechter daarbij in acht moet nemen. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/189. In Duitsland is in die zin geoordeeld in het arrest dat werd gewezen ten gevolge op het arrest *Quelle* (C-404/06). Naar mijn mening wordt in het arrest *Pfeiffer* (C-397-403/01) mede op die methode gedoeld; zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/184 in fine. Daarop kan hier niet verder worden ingegaan.

¹² Zie punt 14. Naar Nederlands recht is dat in beginsel niet anders, zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/50.

oplossingen mogelijk. Zo heeft de Rechtbank Noord-Nederland in een interessant vonnis beslist dat verkoop van een onroerende zaak door de overheid aan een particulier tegen een te lage prijs, aldus dat de overeenkomst in strijd is met het verbod van staatssteun, kan leiden tot partiële nietigheid van de overeenkomst wat betreft de betalingsverplichting, welke nietigheid wordt opgeheven doordat de gesteunde onderneming het ‘tekort’ alsnog bijbetaalt.¹³ Bij een dergelijke oplossing is er meer ruimte voor de opvatting dat de eerdere declaratoire uitspraak zich niet verzet tegen de toewijzing van een vordering tot schadevergoeding of nakoming, mits het staatssteunaspect in die beslissing wordt ‘verrekend’.

6 Geen ambtshalve toepassing

Zoals hierboven werd vermeld is in *Duarte* niet de regel inzake gezag van gewijsde in strijd met het Unierecht verklaard, ook niet in combinatie met andere strikte regels die het de koper beletten om in tweede instantie vermindering van de koopprijs te verlangen, maar het ontbreken van de bevoegdheid van de nationale rechter om die vermindering ambtshalve toe te wijzen. In *Klausner Holz* wordt geen gewag gemaakt van een bevoegdheid of een verplichting van de rechter om ambtshalve te onderzoeken of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 e.v. VWEU. Dat is wel gebeurd in het kader van artikel 101 VWEU (dat samen met het staatssteunrecht behoort tot het mededingingsrecht in ruimere zin) en bij de toepassing van consumentenbeschermende richtlijnen.¹⁴

Uiteraard sluit het ontbreken van een Unierechtelijke bevoegdheid of verplichting tot ambtshalve toepassing haar bestaan naar nationaal recht niet uit. Voor het Duitse recht kan in dit verband worden gewezen op het ‘Schlüssigkeitsprinzip’: de Duitse rechter moet bij het beoordelen van een vordering of verweer ambtshalve toetsen of de stellingen van de desbetreffende partij de toewijzing kunnen rechtvaardigen in het licht van de toepasselijke wetsbepalingen. Dit beginsel ligt mede ten grondslag aan een ‘Hinweispflicht’, die kort gezegd inhoudt dat de rechter er zorg voor moet dragen dat partijen zich tijdig en volledig uitlaten over alle relevante feiten.¹⁵ Voor

de toepassing van deze beginselen is wel vereist dat de rechter uit het hem ter beschikking staande dossier het vermoeden van ongeoorloofde staatssteun had kunnen afleiden.¹⁶ Kennelijk is dat in deze zaak niet het geval geweest.¹⁷ Dat is jammer, want ambtshalve onderzoek in de eerste procedure had de problemen misschien kunnen voorkomen. Het is voor een lidstaat niet aangenaam als de Europese rechter een regel van nationaal recht onverenigbaar met het Unierecht verklaart. Dat zou de rechter ertoe moeten bewegen om de hem in het nationale recht geboden mogelijkheden om in een civiele procedure actief op te treden ten volle te benutten. Waar het Hof in punt 43 overweegt dat bij een strikte toepassing van het gezag van gewijsde de processtrategie van partijen tot omzeiling van artikel 108 lid 3 VWEU zou kunnen leiden, is het duidelijk dat ambtshalve optreden van de rechter hiertegen een dam kan opwerpen.

Ik merk nog op dat de aard van de te nemen beslissing in casu ambtshalve toepassing niet zou hebben uitgesloten. In geval van ongeoorloofde staatssteun rust op de lidstaten de verplichting het concurrentievoordeel dat de gesteunde onderneming heeft ondervonden, ongedaan te maken. Doorgaans geschiedt dat door terugvordering van de waarde van dit voordeel, maar andere oplossingen zijn mogelijk. Indien de steun onderdeel is van een privaatrechtelijke rechtshandeling zal deze dikwijls nietig moeten worden geoordeeld wegens strijd met artikel 107 en 108 VWEU in verbinding met artikel 3:40 lid 2 BW, hetgeen tot afwijzing van de ingestelde vordering zou leiden. Zoals onder 5 in fine reeds opgemerkt zou dat naar Duits recht het geval zijn geweest. Bijna alle gevallen van ambtshalve toepassing die tot op heden in het Unierecht zijn aanvaard hebben betrekking op nietigheid of andere vormen van onverbindendheid.¹⁸

7 Slotopmerkingen

De bovenstaande beschouwing is beperkt tot de privaatrechtelijke aspecten van de onderhavige uitspraak. Op specifiek staatssteunrechtelijke aspecten is niet ingegaan. Zo kan men zich de vraag stellen in hoeverre het mogelijk is of zou moeten zijn om, indien op grond van het beginsel van gezag van gewijsde naar nationaal recht de geldigheid

13 Rechtbank Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI: NL:RBNNE:2014:2790, *NJF* 2014/318; *JOR* 2014/287 met mijn noot.

14 Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/45, 124 e.v., 251 e.v. en mijn noten onder *Duarte* (AA20150222) en *Faber* (AA20150816). In de noot onder *Duarte* (punt 4) wordt uiteengezet dat de ambtshalve toepassing geen halt behoort te houden bij nationale bepalingen die een specifieke richtlijnbeveling in nationaal recht omzetten (zoals art. 6:233 BW doet met het richtlijnvoorschrift dat oneerlijke bedingen de consument ‘niet binden’), maar ook betrekking kan hebben op andere nationale bepalingen die te beschouwen zijn als implementatie van een richtlijn. Zie in die zin ook de recente uitspraak HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/A*) inzake kredietverlening in verband met koop op afbetaling (aanschaf

mobiele telefoon). In deze uitspraak zet de Hoge Raad terecht weer een volgende stap: behalve op wetsbepalingen die kunnen worden beschouwd als implementatie van de richtlijn consumentenkrediet, betreft hij de ambtshalve toepassing op een wetsbepaling (art. 7A:1576 lid 2) die niet tot implementatie van een richtlijn strekt.

15 Zie A.S. Hartkamp, ‘De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter. Vervolg’, in P.J.M. Von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer; Liber amicorum mr. R.S. Meijer* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 133-149, p. 146 e.v. In andere EU-lidstaten op dit punt bestaande regels worden besproken in A.S. Hartkamp, ‘Ex officio application in case of unenforceable contracts or contract clauses. EU law and national laws confronted’,

in Louise Gullifer & Stefan Vogenauer (red.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 467-484, p. 472 e.v.

16 Zie de beide beschouwingen genoemd in de vorige noot, resp. noot 41 en 21. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot ambtshalve toepassing naar Unierecht in verband met het consumentenrecht; zie *Pénzügyi* (C-137/08), punt 49, ten onzent gevolgd door HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.9.1 en 3.10.

17 Zie in dit verband de feitenweergave in het uitvoerige arrest van het Oberlandesgericht Hamm (zie *Urteil vom 3. Dezember 2012*, Az. I-2 U 51/12, te raadplegen op *openjur.de*).

18 Zie daarover de genoemde noot onder *Duarte*, AA 2015, afl. 3, p. 222-226, AA20150222, nr. 5.

van de staatssteun implicerende rechtshandeling zou moeten worden aangenomen, niettemin een op het publieke recht gebaseerde terugvorderingsbevoegdheid of -verplichting zou kunnen bestaan.

Uit de uitspraak blijkt dat de effectiviteit van de verdragsregeling inzake controle op staatssteun kan vereisen dat een nationale regel inzake gezag van gewijsde, hoe belangrijk ook voor de rechtszekerheid, opzij wordt gezet. Een oplossing à la *Duarte* – niet de te strikt geachte regel van procesrecht opzij zetten, maar een verplichting tot ambtshalve toepassing (incl. het ambtshalve gelasten van feitenonderzoek) introduceren – was in deze casus niet zinvol, omdat die mogelijkheid in het Duitse recht al bestaat maar in casu kennelijk geen toepassing kon vinden. Zij vindt immers haar natuurlijke grens in wat de rechter uit het dossier kan afleiden, terwijl dat dossier hier geen aanknopingspunten voor nader onderzoek bevatte. Ecartering van het probleem van de te strikte procesrechtelijke regel door de ambtshalve toepassing van een andere regel – zoals in *Duarte* de regel van de richtlijn consumentenkoop die het recht op koopprijsvermindering geeft – was in casu niet mogelijk.

Wat de taak van de nationale rechter betreft, laat de zaak zien dat hij er goed aan doet in Europeesrechtelijk gekleurde casusposities de hem door zijn nationale procesrecht geboden bevoegdheden tot actief optreden zoveel mogelijk te benutten, teneinde ertoe bij te dragen dat conflicten tussen het nationale recht en het Unierecht worden voorkomen. Het feit dat zo'n bevoegdheid ontbreekt of niet kan worden uitgeoefend (in de onderhavige zaak bood het dossier de rechter in de eerste procedure geen aanknopingspunt voor het naar nationaal recht op zichzelf mogelijke ambtshalve onderzoek), belet uiteraard niet dat de oplossing die vervolgens uit het nationale recht voortvloeit of lijkt voort te vloeien door het Hof van Justitie in strijd met het EU-recht wordt verklaard. De nationale rechter moet dan trachten die strijdigheid door conforme interpretatie te ecarteren; in het onderhavige geval zal hij daarbij acht slaan op de door het Hof gedane suggesties. Indien ook die remedie geen uitkomst biedt is de rol van de nationale rechter uitgespeeld en is de wetgever aan zet om het conflict op te lossen. ■