



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland

Roosmalen, H.J.T.M. van

Citation

Roosmalen, H. J. T. M. van. (2007, January 11). *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*. Meijers-reeks. Sdu Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/8768>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/8768>

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

6 | Europa

6.1 INLEIDING

Het nationale perspectief is niet langer toereikend om een beeld te schetsen van de ontwikkeling van overheidsaansprakelijkheid in het licht van de veranderende staat: het Europees perspectief is noodzaak. Voor goed begrip van het Engelse en Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht zijn Europese verdragen en de rechtspraak van Europese Hoven van bijzonder belang. Het Europees perspectief in dit hoofdstuk heeft betrekking op de internationale samenwerking in het kader van de Raad van Europa en de Europese Unie. Met de Europese hoven wordt gedoeld op het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Europees Hof) en het Hof van Justitie (hierna: het Hof). In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijzen het Europees perspectief bijdraagt aan de overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland en haar constitutionele randvoorwaarden.

6.2 CONSTITUTIONELE ONTWIKKELINGEN

6.2.1 De Raad van Europa en het EVRM

Het Verenigd Koninkrijk en Nederland behoren beide tot de landen die op 5 mei 1949 het Verdrag van Londen tot oprichting van de Raad van Europa sluiten. Beide landen ratificeren ook het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: het EVRM¹) dat in 1950 in Rome is gesloten, de ‘jewel in the crown of the Council of Europe’.² Dit verdrag bevat een catalogus van mensenrechten en bepaalt dat er een Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal zijn.³ In september 1959 vangt het Europees Hof te Straatsburg zijn werkzaamheden aan.

Het Europees Hof verzekert de nakoming van de verplichtingen die de staten in het verdrag en de daaraan gehechte protocollen op zich hebben genomen (artikel 19 EVRM) en heeft rechtsmacht over de interpretatie en de

1 In Engelse teksten: ‘ECRM’ of ‘the convention’.

2 Lord Lester 1994, p. 33.

3 Er zijn veertien protocollen bij het EVRM. Ook dit zijn verdragen die afzonderlijk ratificatie behoeven.

toepassing van het verdrag (artikel 32 EVRM). Zowel staten als natuurlijke personen kunnen een zaak bij het Europese Hof aanhangig maken. Het Europese Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (artikelen 33-35 EVRM). Natuurlijke personen kunnen een verzoekschrift indienen indien zij menen het slachtoffer te zijn van schending van het EVRM (of de Protocollen die daarbij zijn vervat) door een staat die partij is bij het verdrag. Het Verenigd Koninkrijk erkende het individuele klachtrecht in 1966, Nederland reeds in 1960.

6.2.2 Het Engelse recht en het EVRM

Het Engelse recht heeft een dualistisch stelsel ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht. Bepalingen van internationaal recht dienen, om inroepbaar te zijn voor de nationale gerechten, te worden omgezet in het nationale recht door een *Act of Parliament*. De bevoegdheid verdragen te sluiten betreft immers een prerogatieve bevoegdheid van de Kroon – en niet van de soevereine wetgever.⁴ Er is geen regel van constitutioneel recht die voorschrijft dat het parlement een verdrag goedkeurt voordat het wordt geratificeerd, al is soms wetgeving nodig voordat de regering een verdrag kan ratificeren. Pas na de Eerste Wereldoorlog is het de gewoonte geworden dat de regering het parlement inlicht over verdragen voorafgaand aan ratificatie. Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat verdragsbepalingen pas doorwerken nadat zij zijn getransformeerd.

Britse juristen zijn betrokken geweest bij het opstellen van het verdrag. Het EVRM is na ratificatie echter niet getransformeerd. Britse burgers kunnen zich lange tijd niet beroepen op EVRM-rechten in procedures voor de nationale rechter. Bij de ratificatie, vier maanden nadat het verdrag in Rome is gesloten, is de regering van oordeel dat de rechten die het EVRM beschermt volledig worden gerespecteerd in de rechtssystemen van het Verenigd Koninkrijk.⁵ Natuurlijke personen die in het Verenigd Koninkrijk zijn uitgeprocedeerd, kunnen zich wel tot de Straatsburgse instanties wenden.⁶ Vanaf de inwerking-treding van het EVRM op 3 september 1953 is het Verenigd Koninkrijk immers volkenrechtelijk aan dit verdrag gebonden. De wetenschap en rechtspraktijk uiten in het laatste decennium van de vorige eeuw een steeds luider klinkend kritisch geluid.⁷ De in 1997 aangetreden regering Blair leidt uit het aantal door het Europese Hof vastgestelde Britse verdragsschendingen af dat de EVRM-rechten niet langer als 'Britse rechten' kunnen worden gezien. Bovendien wil

4 Laws 1993, p. 61.

5 White Paper 1997, § 1.11.

6 Thans alleen nog het Europese Hof.

7 Lord Lester 1994, p. 40.

de regering de burgers de hoge kosten en de lange duur van een procedure in Straatsburg besparen. Zij wil de EVRM-rechten weer 'thuis brengen':

"Our aim is a straightforward one. It is to make more accessible the rights which the British people already enjoy under the Convention. In other words, to bring those rights home."⁸

Deze aanpak past bij de politieke constitutie.⁹ Schiet de politieke controle tekort, dan komt de rechter in beeld. De noodzaak van deze koerswijziging neemt toe naarmate delegatie van regelgeving (kwantitatief) toeneemt.¹⁰ Ingrijpen door de wetgever is geboden, omdat de rechters weigeren het gat te dichten door het EVRM rechtstreeks toe te passen.¹¹ Het House of Lords heeft zich in het verleden op het standpunt gesteld dat het *common law* de EVRM-rechten niet minder goed waarborgt dan door rechtstreekse inroepbaarheid zou kunnen worden bereikt.¹² In de rechtspraak wordt het begrip 'fundamentele rechten' genoemd.¹³ Dit is bij gebrek aan een geschreven constitutie een hele stap. Deze 'fundamentele rechten-jurisprudentie' heeft echter niet hetzelfde resultaat als directe inroepbaarheid van EVRM-rechten in procedures bij de nationale rechter. Lord Browne-Wilkinson zegt in 1992 in een lezing voor de Universiteit van Manchester dat de rol van het EVRM is het 'bringing home to the judicial mind' van juist andere rechten:

"Where fundamental rights are of a kind deeply embedded in the judicial consciousness – freedom of the person or the sanctity of property rights – the courts have no difficulty in seeing that the importance of the general principle outweighs the demerits of the complainant in the instant case before it. What is required is to raise the judicial consciousness of the importance of the other fundamental rights (...)."¹⁴

De Human Rights Act 1998 (hierna: HRA 1998) treedt in werking op 2 oktober 2000. In strikte zin is het EVRM niet geïncorporeerd, al wordt de term 'incorporation' wel gebruikt.¹⁵ Dankzij deze wet kunnen Britse burgers zich dan toch op de meeste van hun EVRM-rechten beroepen in nationale procedures. De begrippen 'convention rights' en 'de door het EVRM beschermde rechten'

8 White Paper 1997, § 1.17-19.

9 Zie hoofdstuk 4.

10 Lord Browne-Wilkinson 1992, p. 397.

11 HL 7 februari 1991, [1991] 1 AC 696 (R v Secretary of State, ex p Brind).

12 Zie bijvoorbeeld HL 13 oktober 1988, [1990] 1 AC 109, p. 273 per Lord Griffiths (Attorney-General v Guardian Newspapers, No. 2). Zie ook Laws 1993.

13 Zie bijvoorbeeld QBD DC 7 maart 1997, [1997] 2 All ER 779, 787 per Laws J (R v Lord Chancellor, ex p Witham) en CA 19 mei 1993, [1993] 4 All ER 539, p. 548 per Steyn LJ (R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech).

14 Lord Browne-Wilkinson 1992, p. 410.

15 Zie bijvoorbeeld Havers & Carnham 2001. Zie echter Ewing 1999, p. 84.

dekken niet geheel dezelfde lading. Zoals blijkt uit s. 1(1) HRA gaat het bij 'convention rights' om de rechten neergelegd in de artikelen 2 t/m 12 en 14 van het EVRM, de artikelen 1 t/m 3 van het Eerste Protocol en de artikelen 1 en 2 van het Zesde Protocol.

Het in artikel 13 EVRM neergelegde recht op een effectief rechtsmiddel is geen *convention right* in de zin van section 1 HRA 1998. Bij de behandeling van de Human Rights Bill hebben verschillende parlementariërs hierover hun bezorgdheid geuit.¹⁶ Artikel 13 EVRM zou uitkomst kunnen bieden bijvoorbeeld wanneer een minister na een *declaration of incompatibility* (van primaire wetgeving, zie hierna) geen actie onderneemt om aan strijd met *convention rights* een einde te maken. De regering benadrukte echter dat het systeem van *remedies* (zoals neergelegd in de sections 7-9 HRA 1998) door haar zeer zorgvuldig was overwogen. Aan regeringszijde leefde juist de angst dat de rechtsprekende macht verder zou gaan dan dit zorgvuldig uitgewerkte stelsel van *remedies* toeliet en verder ook dan de jurisprudentie van het Europese Hof in Straatsburg. Lord Irvine (de Lord Chancellor) waarschuwt het House of Lords voor 'remedies about which we know nothing'¹⁷ en wijst erop dat met het aannemen van de Human Rights Act op zichzelf aan artikel 13 EVRM zou zijn voldaan.¹⁸ Ook is er bezorgdheid voor de 'public purse', zowel die van de regering ('whose purse is, apparently, endless and seamless') als van *public bodies*. Deze houding heeft weer verontwaardiging gewekt¹⁹ en is op onbegrip gestuit, omdat de HRA 1998 in section 8 de mogelijkheid opent schadevergoeding toe te kennen bij schending van *convention rights*.²⁰ Artikel 13 EVRM is ook weer niet geheel zonder betekenis.²¹ De Lord Chancellor heeft bij de parlementaire behandeling van de Human Rights Bill in het House of Lords verklaard²² dat artikel 13 EVRM een factor kan zijn bij het al dan niet toekennen van schadevergoeding.²³

De belangrijkste bepaling voor de doorwerking van de *convention rights* is section 2(1) HRA 1998. De bepaling legt de rechter een interpretatiegebod op:

"A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) judgment, decision, declaration

16 Zie Sir Nicholas Lyell in *Hansard* HC Col. 977 (20 mei 1998) en de heer Grieve in *Hansard* HC Col. 986 (20 mei 1998).

17 *Hansard* HL Col. 477 (18 november 1997).

18 *Hansard* HL Col. 479 (18 november 1997).

19 *Hansard* HC Col. 985 (20 mei 1998).

20 *Hansard* HC Col. 987-988 (20 mei 1998).

21 Zie English 2001, p. 74.

22 De Engelse rechter mag niet zó maar 'de wil van de wetgever' afleiden uit uitspraken die leden van de regering doen bij de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel, maar naar het oordeel van het House of Lords is dit in bepaalde omstandigheden wel toegestaan, zie HL 26 november 1992, [1992] 3 WLR 1032 (Pepper v Hart).

23 *Hansard* HL Col. 477 (18 november 1997).

or advisory opinion of the European Court of Human Rights (...), so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen."

Het precedentenstelsel prevaleert echter, behalve in extreme omstandigheden, zo blijkt uit een recente uitspraak van het House of Lords:

"While adherence to precedent has been derided by some, at any rate since the time of Bentham, as a recipe for the perpetuation of error, it has been a cornerstone of our legal system. (...) It will of course be the duty of judges to review Convention arguments addressed to them, and if they consider a binding precedent to be, or possibly to be, inconsistent with Strasbourg authority, they may express their views and give leave to appeal, as the Court of Appeal did here. Leap-frog appeals may be appropriate. In this way, in my opinion, they discharge their duty under the 1998 Act. But they should follow the binding precedent, as again the Court of Appeal did here."²⁴

Daarnaast maakt de HRA 1998 de rechter bevoegd te oordelen over regelgeving die (en bestuurlijk handelen dat) mogelijk in strijd is met *convention rights*.

De sections 7-9 stellen rechtzoekenden verschillende *remedies* ter beschikking, waaronder ook schadevergoeding.²⁵

Section 3 HRA bewerkstelligt dat (bestaande) formele wetgeving en gedelegeerde regelgeving wordt uitgelegd en toegepast op een wijze die verenigbaar is met de rechten die het EVRM garandeert. Zo niet, dan kan ex section 4 HRA een *declaration of incompatibility* (verklaring van onverenigbaarheid) volgen, al tast deze de geldigheid van de wet niet aan. De rechter geeft een signaal af aan regering en parlement om actie te ondernemen. De wetgever is vrij om daar gehoor aan te geven. Doet hij dit niet, dan staat altijd de weg naar het Straatsburgse Hof open. Tijdens de wetgevingsprocedure legt de betrokken minister, voor het begin van de tweede lezing, een (eigen) verklaring af over de (on)verenigbaarheid van het wetsvoorstel met *convention rights*. Zo bepaalt section 19 HRA. Section 6 HRA verbiedt *public authorities* te handelen op een wijze die strijdt met de *convention rights*. Blijkens section 6 zijn de *courts* (met inbegrip van het *Appellate Committee* van het House of Lords) en de *tribunals* ook *public authorities* in het licht van de HRA 1998. Op deze wijze raakt de HRA ook aan verhoudingen van burgers onderling, omdat op de rechter de plicht rust hen te beschermen tegen inbreuken op hun rechten.

De regering stelt in haar *White Paper* dat parlementaire soevereiniteit onveranderd blijft.²⁶ *Entrenchment* is noodzakelijk noch gewenst. 'Entrenchment' is een vorm van bescherming tegen amendering of intrekking. Letterlijk

24 HL 8 maart 2006, [2006] UKHL 10, § 42-43 *per* Lord Bingham (Kay v Lambeth LBC; Leeds CC v Price).

25 Zie hoofdstuk 8.

26 White Paper 1997, § 2.16.

betekent het ‘stevig vastleggen’.²⁷ Toch is onzeker of er sprake zal zijn van *implied repeal* wanneer een wet wordt aangenomen die één of meer *convention rights* schendt.²⁸ Lester en Pannick stellen dat de HRA 1998 geen gewone wet is: de waarden en rechten die erin zijn neergelegd, zijn *entrenched* door bindend internationaal recht en door het lidmaatschap van de Raad van Europa.²⁹ Zeker is dat de HRA 1998 op papier vergaande mogelijkheden biedt de positie van de rechter te versterken – ook tegenover de wetgever.

Van belang is het erop te wijzen dat de HRA 1998 de benadering van mensenrechten verandert. Vóór de inwerkingtreding van de HRA 1998 zijn de fundamentele rechten die het *common law* beschermt negatief geformuleerd: een burger mag doen wat hij wil (beschikt over *civil liberty*), tenzij dit een strafbaar feit oplevert of uitmondt in een *civil wrong*:

“Prior to the Act, ‘freedom’ was no more than what was left over after all the law’s prohibitions had been obeyed.”³⁰

De HRA legt een mensenrechtencatalogus neer³¹ en daarmee verschuift het perspectief van *vrijheid* naar *recht*. Voor Engelse juristen schijnt het heel wat uit te maken. Havers en Garnham schrijven:

“The starting point will no longer be the freedom of every citizen to do what he wishes, but the rights which every citizen will enjoy under the Convention. Subject to proving an interference with those rights, the enjoyment of those rights will prevail unless the interference can be justified.”³²

Lord Woolf noemt de HRA 1998 een ‘seismic change in our approach to the protection of human rights’.³³ De wet brengt volgens hem een cultuurverandering teweeg.³⁴ Het is één ding dat de rechter sterker toegerust dan voorheen het HRA-tijdperk ingaat. Of het werkelijk, zoals Ewing heeft geopperd, de ‘most significant redistribution of power since 1688’ betreft,³⁵ hangt af van het zelfbewustzijn waarmee de rechter gebruik maakt van zijn nieuwe instrumentarium. Vóór de inwerkingtreding van de HRA 1998 waren de verwachtingen in wetenschap en praktijk hooggespannen.³⁶ Ook vanuit de rechtspraak klonken welwillende geluiden. Zo voorspelde Lord Hope:

27 Zie § 4.2.

28 Zie QBD (DC) 18 februari 2002, [2001] EWCH Admin 934, § 37 *per* LJ Laws (Thoburn v Sunderland CC). Over de regel van *implied repeal*, zie § 4.2.

29 Lester & Pannick 2000a, § 2.05. Zie echter Morris 2000, p. 118 en 122.

30 Lord Irvine 2002. Lord Irvine was Lord Chancellor was in het parlementaire jaar 1997-1998.

31 Zie Fredman 1998, p. 540 en Ewing 1999, p. 86.

32 Havers & Garnham 2001, p. 9.

33 Lord Woolf 2003, § 1.

34 Lord Woolf 2003, § 2.

35 Ewing 1999, p. 79.

36 Zie bijvoorbeeld Havers & Garnham 2001, p. 9 en 26-27 en Lester & Pannick 2000a, § 2.07.

"It is now plain that the incorporation of the European Convention on Human Rights into our domestic law will subject the entire system to a fundamental process of review and, where necessary, reform by the judiciary."³⁷

Lord Hoffmann waarschuwde, hoewel hij de HRA 1998 toejuichde, de impact van deze wet niet te overschatten.³⁸ Hij keerde zich tegen Straatsburgse ambities met betrekking tot het uniformeren van waarden:

"This I hope we shall resist. The White Paper which introduced the Human Rights Bill was called *Rights Brought Home*. Now that they have been brought home, I hope that we shall be able to keep them here."³⁹

Het stelsel van de HRA 1998 is erop gericht bezorgdheid over de parlementaire soevereiniteit weg te nemen en staat in het teken van het primaat van de soevereine wetgever. De HRA 1998 geeft de wetgever het laatste woord:⁴⁰ van de mogelijkheden om een negatief rechterlijk oordeel over wetgeving links te laten liggen tot de bepaling dat het bestuur tegen een *convention right* in mag gaan wanneer een wet of op een wet gebaseerde regelgeving dit voorschrijft.⁴¹ Betekenisvol, maar niet doorslaggevend,⁴² is ook de bepaling waarin de rechter wordt gesommeerd met de Straatsburgse jurisprudentie rekening te houden. De wet brengt constitutioneel jurist Ewing tot de volgende uitspraak:

"As a matter of constitutional legality, Parliament may well be sovereign, but as a matter of constitutional practice it has transferred significant power to the judiciary."⁴³

Men kan zich zelfs afvragen of het Verenigd Koninkrijk niet afstevent op een geschreven (en verzwaarde) constitutie. Dat hoeft echter niet zo te zijn. Ook de voorgenomen reorganisatie van het *Appellate Committee* wijst niet in die richting. Het nieuw op te richten Supreme Court⁴⁴ krijgt geen nieuwe constitutionele bevoegdheden ten aanzien van *Acts of Parliament*. Lord Falconer⁴⁵ verzekert in een toespraak over constitutionele hervormingen voor het University College London:

37 HL 28 oktober 1999, [1999] 3 WLR 972, p. 988 (R v DPP ex p Kebiline).

38 Lord Hoffmann 1999, p. 161.

39 Lord Hoffmann 1999, p. 166.

40 Zie ook Lord Woolf 2002b.

41 Zie s. 6(2) HRA 1998.

42 Zie HL 8 maart 2006, [2006] UKHL 10 (Kay v Lambeth LBC; Leeds CC v Price).

43 Ewing 1999, p. 92.

44 Zie § 4.2.

45 De Secretary of State for Constitutional Affairs.

“Our Supreme Court will be true to our constitutional heritage.”⁴⁶

Fredman heeft over de toenmalige Human Rights Bill gezegd dat het wetsvoorstel uitging van een dialoog tussen de rechter en de wetgever.⁴⁷ Zo is het ook: de rechten staan voorop, maar de rechter die toetst of een schending van *convention rights* heeft plaats gevonden, legt *deference* aan de dag. Letterlijk betekent dit ‘achting’ of ‘respect’.⁴⁸ De rechter respecteert de vrijheid van de nationale wetgever of van het bestuur.⁴⁹ De één is daar content mee, de ander niet.⁵⁰ Vast staat dat parlementaire soevereiniteit heeft verloren aan *grandeur*.

6.2.3 Het Nederlandse recht en het EVRM

Artikel 92 Gw bepaalt dat bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak kunnen worden opgedragen. Indien het verdrag bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de Staten-Generaal de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.⁵¹

Sinds de jaren vijftig zijn de regels voor doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde in de Grondwet opgenomen. Het Nederlandse stelsel is ‘gematigd monistisch’. Monistisch, omdat de doorwerking niet afhangt van een formeel wettelijke omzettingswet. Gematigd monistisch, omdat dit blijkens artikel 93 Gw alleen geldt voor bepalingen van internationaal recht die naar haar inhoud een ieder binden.⁵² De bepalingen van het EVRM die de HRA 1998 als *convention rights* bestempelt, zijn volgens de Nederlandse rechter allen bepalingen die naar haar inhoud een ieder kunnen binden. De Nederlandse rechter neemt zijn toevlucht tot de zogenoemde ‘incorporatieconstructie’: gezaghebbende uitleggingen van het Europese Hof worden geacht deel uit te maken van de ‘ieder verbindende verdragsbepalingen’ waarop deze betrekking hadden, zonder dat daarvoor een grondwettelijke grondslag bestaat.⁵³

46 Lord Falconer 2003.

47 Fredman 1998.

48 De leer wordt ook ‘doctrine of respect’ genoemd (Lord Woolf 2003, § 5) of ‘margin of appreciation’.

49 Zie verder hoofdstuk 7.

50 Zie bijvoorbeeld Edwards 2002. Zie echter Craig 2001.

51 Artikel 92 j° 91, derde lid, Grondwet.

52 Volgens Boekhorst (1992a, p. 868) geeft dit voorschrift uiting aan het algemene rechtsbeginsel dat burgers niet verplicht kunnen worden normen na te leven die zij niet (kunnen) kennen.

53 HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 m.nt. P.H. Kooijmans (Stichting Verbiedt de Kruisraketten/Staat). Zie Boekhorst 1992, p. 870 en Besselink 1995, p. 54.

Artikel 94 Gw bepaalt de voorwaarden waaronder ieder verbindende bepalingen van verdragen voorrang hebben op wettelijke voorschriften die daarmee in strijd zijn: de nationale wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien zij onverenigbaar zijn met ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het gevolg van voorrang van de internationale bepaling is het buiten toepassing laten van de nationale wettelijke bepaling. De Nederlandse rechter toont zich zeer bewust van zijn positie en die van de wetgever in het constitutionele bestel. Zorg om zijn rechtsvormende taak kan ertoe leiden dat de rechter, ondanks de constatering dat een nationale wettelijke bepaling strijdt met een ieder verbindende verdragsbepaling, de gewraakte bepaling niet buiten toepassing laat maar volstaat met het vaststellen van een schending.⁵⁴ Het uit § 4.4 bekende artikel 120 Gw completeert de regels voor doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde: de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van (wetten en evenmin in die van) verdragen.

6.2.4 De Europese Unie

Op de stoep van de Parijse Quai d'Orsay kondigt de Franse Minister van Buitenlandse Zaken in mei 1950 aan dat de Frans-Duitse productie van kolen en staal onder een gemeenschappelijke Hoge Autoriteit komt te staan die deel uitmaakt van een organisatie die ook voor andere Europese landen toegankelijk is. Zes Europese landen waaronder Nederland begeven zich op een weg die zal leiden tot steeds verstrekkender en bredere Europese samenwerking. Op 1 januari 1973 treedt het Verenigd Koninkrijk toe tot de Europese Gemeenschappen.

Het Verdrag van Parijs in 1951 leidt tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) en verstrikt in 2002 – de Verdragen van Rome in 1957 tot de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom) en de Europese Economische Gemeenschap (EEG).⁵⁵ Aanvankelijk vindt samenwerking alleen plaats op economisch gebied, maar gaandeweg bestrijkt ze steeds meer terreinen van het maatschappelijk leven. Naast het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) is er het Verdrag betreffende de Europese Unie (het EU-Verdrag). De Europese Unie bestaat uit drie pijlers. Communautair is alleen de eerste pijler, de Europese Gemeenschap. Intergouvernementeel is de samenwerking op het terrein van het buitenlands en veiligheidsbeleid (tweede pijler) en politieke en justitiële samenwerking (derde pijler). De Verdragen van Amsterdam

54 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170 (Arbeidskostenforfait-arrest). Zie ook EHRM 29 januari 2002, zaak 45600/99, *NJCM-Bulletin* (27) 2002-8, p. 1020 m.nt. T. Barkhysen (*Auerbach v The Netherlands*).

55 Als het Verdrag van Maastricht in 1993 in werking treedt, heet de EEG kortweg 'Europese Gemeenschap'.

(1997) en Nice (2001) hebben het EU-Verdrag gewijzigd. Onder ‘gemeenschapsrecht’ versta ik ‘EG-recht’ en niet ‘EU-recht’, dat een ruimer begrip is en ook het recht over de tweede en derde pijler bevat. In Rome hebben staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten op 29 oktober 2004 het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa gesloten (hierna: de Grondwet voor Europa).⁵⁶ De ratificatie van dit verdrag is gestokt na negatieve referendumuitslagen in Frankrijk en Nederland in het voorjaar van 2005.

De Europese Unie is in ieder geval geen gewone staat⁵⁷ en geen gewone internationale organisatie.

Het grondwettelijk verdrag dat niet is geratificeerd voorzag in een verzwaarde procedure tot wijziging (artikel IV-443 Grondwet voor Europa) en was voorzien van een grondrechtencatalogus (Titel II van de Grondwet voor Europa) – toch was het gewoon een verdrag. De lidstaten zouden onafhankelijk en soeverein blijven, maar op bepaalde terreinen waarop zij een gemeenschappelijk belang hadden hun soevereiniteit bundelen. Het grondwettelijk verdrag bevatte bepalingen over soevereiniteit en voorrang van gemeenschapsrecht. Thans is er een Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat echter nog niet in werking is getreden.⁵⁸

Het is een unie van lidstaten – niet van deelstaten. Het ontbreekt de Europese Unie ook nog aan rechtspersoonlijkheid. Zij bestaat bij de gratie (goedgunstigheid) van de lidstaten. De Europese Unie is wel een overheid – in zoverre zij beschikt over publiekrechtelijke gezagsrechten.

Artikel 220 EG bepaalt dat het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht verzekert bij de uitlegging en toepassing van het verdrag – een opdracht die het Hof ter harte heeft genomen.

Sinds 1989 is ook het Gerecht van eerste aanleg (hierna: het Gerecht) met een deel van deze taak belast (artikel 225 EG).⁵⁹ Het Hof kan vanwege een vermeende verdragsschending worden gediërd. Dit kan op initiatief van de Commissie of een lidstaat of vanwege een vernietigingsverzoek tegen verordeningen en beschikkingen, dat ook door natuurlijke of rechtspersonen kan worden ingesteld.⁶⁰ Voorts beslecht het Hof van Justitie geschillen omtrent de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap of geschillen tussen de Gemeenschap en haar personeel.⁶¹ Het is vooral via de prejudiciële procedure van artikel 234 EG dat het Hof van Justitie op doeltreffende wijze invulling heeft kunnen geven aan zijn taak.

⁵⁶ *Trb.* 2004, 275.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Hartley 1998, p. 9-10.

⁵⁸ Van 7 december 2000, *PbEG* C 364.

⁵⁹ Het grondwettelijk verdrag voorzag in gespecialiseerde rechtbanken.

⁶⁰ Artt 226-230 EG. Vgl. artikel I-29 lid 3, artikel III-360, artikel III-361 en III-365 lid 4 Grondwet voor Europa.

⁶¹ Artt. 235 j° 288 EG en artikel 236 EG. Zie ook artikel 225, eerste lid, EG (ingevoerd bij het Verdrag van Nice).

Met een beroep op artikel 220 EG legitimeerde het Hof in zijn beginjaren zijn rechtspraak over doorwerking van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorden en voorrang van communautair recht boven het nationale recht. Het Hof van Justitie heeft reeds lang geleden in het *Van Gend en Loos*-oordeel uitgesproken dat de lidstaten door toetreding tot de Gemeenschappen hun soevereiniteit permanent hebben begreind.⁶² Een nieuwe rechtsorde is ontstaan doordat lidstaten hun soevereiniteit, zij het op bepaalde terreinen, hebben beperkt. Bovendien heeft het Hof in *Costa/ENEL* de voorrang van (direct werkend en voor de nationale rechter inroepbaar) gemeenschapsrecht bepaald op het (constitutionele) recht van de lidstaten.⁶³ Het Hof stelde in dit arrest dat het verdragsrecht 'dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn Gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast'. De staten kunnen niet tegen de rechtsorde ingaan met een later, eenzijdig afgekondigd wettelijk voorschrift, want 'waar de lidstaten de rechten en plichten die uit de Verdragsbepalingen voortvloeien aan de rechtsorde van de Gemeenschap hebben overgedragen, impliceert dit, dat hun soevereine rechten definitief zijn beperkt'.⁶⁴ Fundamentele regels van nationaal constitutioneel recht vormen geen exceptie.⁶⁵ De nationale rechter dient de bepaling van nationaal recht terzijde te schuiven, zelfs wanneer hij naar nationaal recht niet bevoegd is.⁶⁶ Voorrang is regel, zelfs wanneer het recht in kwestie *vermeende* directe werking heeft.⁶⁷

6.2.5 Het Engelse recht en de Europese Unie

Door de European Communities Act 1972 (hierna: ECA 1972) wordt het gemeenschapsrecht getransformeerd. De regering die toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschappen voorbereidt, (voor)ziet geen problemen betreffende de parlementaire soevereiniteit.⁶⁸ Het gemeenschapsrecht stroomt de rechtsorde binnen, volgens Lord Denning als een 'incoming tide'.⁶⁹ Section 2(1) bepaalt dat gemeenschapsrecht automatisch deel uitmaakt van het nationaal recht:

62 HvJ 5 februari 1963, zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, Jur. 1963, p. 5 en HvJ 15 juli 1964, zaak 6/64, *Costa/ENEL*, Jur. 1964, p. 1203.

63 HvJ 15 juli 1964, zaak 6/64, *Costa/ENEL*, Jur. 1964, p. 1203.

64 In de Engelstalige versie: 'permanent limitation'.

65 HvJ 17 december 1970, zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Jur. 1970, p. 1125.

66 HvJ 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmmenthal*, Jur. 1978, p. 629.

67 HvJ 19 juni 1990, zaak 213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

68 Zie White Paper 1971 en daarover Lester 1994, p. 37-38.

69 CA 22 mei 1974, [1974] All ER 1226 (*Bulmer v Bollinger*).

“All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly (...).”

Section 2 (2) voorziet in een algemene wettelijke grondslag voor *Orders in Council* van de Kroon of *regulations* die gemeenschapsrecht implementeren. Section 3(1) legt de rechter in gerechtelijke procedures de verplichting op gemeenschapsrecht uit te leggen conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Met section 2(4) menen de ontwerpers van de ECA 1972 problemen te voorkomen die op kunnen treden wanneer nationale wetgeving van later datum strijdt met bepalingen van gemeenschapsrecht: de suprematie van gemeenschapsrecht boven nationaal recht zou door gemeenschapsrechtconforme wetsuitleg zijn veilig gesteld.

De monistische rechtspraak van het Hof van Justitie staat op gespannen voet met de hoeksteen van de Britse constitutie, de parlementaire soevereiniteit. In het bijzonder ontstaat spanning omdat parlementaire soevereiniteit onder meer inhoudt dat geen enkel parlement zichzelf (en dus toekomstige parlementen) kan binden. Het is zoals Lord Reid het in 1974 verwoordt:

“The idea that a court is entitled to disregard a provision in an Act of Parliament on any ground must seem strange and startling to anyone with any knowledge of the history and law of our constitution.”⁷⁰

Vijf jaar later ontstaat een echt conflict tussen Engels recht en gemeenschapsrecht.

De Equal Pay Act is in strijd met artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG). Het Court of Appeal oordeelt in meerderheid dat de bepaling van gemeenschapsrecht voorrang heeft op grond van de ECA 1972 en past het gemeenschapsrecht direct toe, anders dan Lord Denning die pleit voor verdragsconforme uitleg van de Equal Pay Act.⁷¹

In *Garland* kiest het House of Lords niet voor directe toepassing van gemeenschapsrecht, maar voor een gemeenschapsrechtconforme interpretatie van bepalingen van nationaal recht.⁷² Wanneer een bepaling zó kan worden gelezen dat haar betekenis in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, dan heeft de rechter de verplichting haar zo uit te leggen ex section 2(4) ECA. Wanneer het Hof van Justitie echter uit het beginsel van ‘gemeenschapstrouw’, zoals dit is neergelegd in artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) afleidt dat de nationale rechter bepalingen van natio-

70 HL 30 januari 1974, [1974] 2 WLR 208 *per* Lord Reid (*Picking v British Railway Board*).

71 CA 25 juli 1979, [1979] 3 All ER 325 (*Macarthys v Smith*).

72 HL 22 april 1982, [1983] 2 AC 751 (*Garland v British Rail Engineering*)

naal recht ook dient te interpreteren conform *niet* direct werkend gemeenschapsrecht, wordt deze rechtspraak onhoudbaar.⁷³ Aanvankelijk wil het House of Lords daar niet in meegaan: "S. 2 (4) ECA 1972 does not (...) enable or constrain a British court to distort the meaning of a British statute in order to enforce against an individual a Community Directive which has no direct effect between individuals."⁷⁴ In 1995 gaat het House of Lords op dit punt om.⁷⁵

Lange tijd is de betekenis van toetreding voor de parlementaire soevereiniteit onduidelijk.

High Court-rechter Hoffmann zegt: "The E.E.C. Treaty is the supreme law of this country, taking precedence over Acts of Parliament."⁷⁶ Lord Justice Bingham overweegt in het Court of Appeal: "a United Kingdom statute is no longer inviolable as it once was."⁷⁷

Het House of Lords bewaart de stilte totdat Spaanse vissers de Britse quota leeg dreigen te vissen en de wetgever de Merchant Shipping Act 1988 (hierna: de MSA 1988) aanneemt met daarin naar discriminatie riekende nationaliteitscriteria.

De Spaanse vissers legden de wet voor aan het oordeel van de rechter (*judicial review*).⁷⁸ Het Divisional Court stelde een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de MSA 1988 met het gemeenschapsrecht en schorste de toepassing van de MSA 1988 ten aanzien van betrokkenen bij wijze van voorlopige voorziening (*interim relief*).⁷⁹ Dat laatste kon niet, vond niet alleen het Court of Appeal maar ook het House of Lords.⁸⁰ Het House of Lords dacht dat een *Act of Parliament* in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht totdat een beslissing waaruit het tegendeel blijkt is gegeven, maar stelde wel een prejudiciële vraag.⁸¹ Het Hof van Justitie antwoordde dat Engelse rechters op grond van het gemeenschapsrecht de bevoegdheid hebben een *interim injunction* (voorlopig verbod)

73 HvJ 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson*, *Jur.* 1984, p. 1891 en HvJ 13 november 1990, zaak 106/89, *Marleasing*, *Jur.* 1990, p. I-4135. Zie Craig & De Búrca 2003, p. 211 e.v.

74 HL 11 februari 1988, [1988] 1 AC 618 *per* Lord Templeman (*Duke v G.E.C. Reliance*). Zie ook HL 26 november 1992, [1993] 1 WLR 49 (*Webb v EMO Air Cargo*, No. 1).

75 HL 19 oktober 1995, [1995] 4 WLR 577 (*Webb v EMO Air Cargo*, No. 2).

76 ChD 18 juli 1990, [1991] Ch 48, p. 56 *per* Hoffmann J (*Stroke-on-Trent City Council v B&Q*).

77 CA 22 maart 1989, (1989) 2 CMLR 353, p. 403 *per* Bingham LJ (*Factortame v Secretary of State for Transport*)

78 De Europese Commissie start een artikel 169 EG-Verdrag-procedure (thans artikel 226 EG). HvJ 4 oktober 1991, zaak 246/89, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 1991, p. I-4585. Over *judicial review*, zie § 5.2 en § 7.4.2.

79 Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag, onder meer wat het nationaliteitscriterium betreft, bevestigend. HvJ 25 juli 1991, zaak 221/89, *Factortame*, *Jur.* 1991, p. 3905.

80 Zie s. 21(2) CPA 1947.

81 HL 18 mei 1989, [1990] 2 AC 85, 142-143 *per* Lord Bridge (*Factortame v Secretary of State for Transport*, No. 1).

tegen de Kroon toe te wijzen, omdat effectieve werking van gemeenschapsrecht dit vereist.⁸² Het House of Lords deed daarna zijn tweede *Factortame*-uitspraak.

Lord Bridge heeft in de eerste *Factortame*-uitspraak van het House of Lords gezegd:

“By virtue of section 2(4) of the Act of 1972 Part II of the Act of 1988 is to be construed and take effect subject to directly enforceable Community rights (...). This has precisely the same effect as if a section were incorporated (mijn cursivering, MvR) in Part II of the Act of 1988 which in terms enacted that the provisions with respect to registration of British fishing vessels were to be without prejudice to the directly enforceable Community rights of nationals of any member state of the EEC.”⁸³

Lord Goff onderstreept in de tweede *Factortame*-uitspraak zijn ‘complete agreement’ met de *speech* van zijn ‘noble and learned friend’⁸⁴ en alle Law Lords die zich buigen over de zaak betuigen hun instemming met Lord Goff. Lord Bridge hekelt commentaren die het arrest van het Hof van Justitie afschilderen als ‘a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament’. Deze commentaren zijn volgens hem gebaseerd op een misconceptie:

“If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the 1972 Act it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law. (...) Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law (...).”⁸⁵

Volgens Lord Bridge is er niets nieuws onder zon, al neemt hij de uitdrukking ‘whatever limitation’ in de mond en niet ‘whatever limitation, if any’. In een andere zaak heeft het House of Lords geoordeeld dat rechtzoekenden in een *judicial review*-procedure via *mandamus* kunnen bewerkstelligen dat de regering van haar bevoegdheid ex section 2(2) ECA gebruik zal maken om regels te

82 HvJ 19 juni 1990, zaak 213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433, § 21.

83 HL 18 mei 1989, [1990] 2 AC 85, p. 140 (*Factortame v Secretary of State for Transport*, No. 1).

84 HL 11 oktober 1990, [1990] 3 WLR 818, p. 862 (*Factortame v Secretary of State for Transport*, No. 2).

85 HL 11 oktober 1990, [1991] 1 All ER 70, p. 107-108 (*Factortame v Secretary of State for Transport*, No. 2).

stellen ter uitvoering van gemeenschapsrecht, zelfs wanneer dit een oordeel over de verenigbaarheid van bepalingen van een *Act of Parliament* met het gemeenschapsrecht met zich brengt.⁸⁶ Lord Lester spreekt in dit verband over een ‘dramatic change in the traditional British approach’.⁸⁷

In de zaak van de Engels kruidenier Thoburn, beboet omdat zijn weegschaal de ‘verkeerde’ maten aangaf – het gemeenschapsrecht vereist dat in alle lidstaten met dezelfde maten wordt gemeten – heeft Lord Justice Laws enige interessante overwegingen aan parlementaire soevereiniteit gewijd. Hij gaat ervan uit dat *Parliament* zijn opvolgers niet kan binden: “Being sovereign, it cannot abandon its sovereignty.”⁸⁸ Daarnaast weerspreekt hij dat het gemeenschapsrecht zelf iets van dien aard kan bewerkstelligen: “Community law cannot entrench itself.”⁸⁹ Volgens Lord Justice Laws is de traditionele leer⁹⁰ veranderd: “It has been done by the *common law* (mijn cursivering, MvR), wholly consistently with constitutional principles.” Het *common law* heeft uitzonderingen toegestaan op de leer van *implied repeal*.⁹¹ Section 2(4) ECA 1972 betreft één van die uitzonderingen. Er zou nu sprake zijn van een ‘hierarchy of Acts of Parliaments’.⁹² De ECA 1972 is een ‘constitutional statute’, dat krachtens het *common law* niet kan worden herroepen dan door expliciet taalgebruik.⁹³

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de ECA 1972 een bijzondere wet is, al verschillen schrijvers van mening over de vraag hoe bijzonder. Voor Wade staat geenszins vast dat het vanaf 1 januari 1973 duidelijk is geweest dat het principe van *implied repeal* toepassing mist in de context van rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht.⁹⁴ Deze aanhanger van de traditionele leer stelt dat zich ‘iets revolutionairs’ heeft voorgedaan. *Implied repeal* is van de baan, zelfs wanneer het slechts gaat om *vermeende* rechten en de inhoud van het gemeenschapsrecht nog niet vast staat:

“While Britain remains in the Community we are in a regime in which Parliament has bound its successors successfully, and which is nothing if not revolutionary. (...) British Acts of Parliament have been subordinated to the ‘higher law’ of the Community for so long as British membership continues.”⁹⁵

86 Over *mandamus*, zie hiervoor § 5.2 en hierna § 7.4.2.

87 Lord Lester 1994, p. 48.

88 QBD (DC) 18 februari 2002, [2001] EWCH Admin 934, § 59 (Thoburn v Sunderland CC).

89 QBD (DC) 18 februari 2002, [2001] EWCH Admin 934, § 57 (Thoburn v Sunderland CC). Extrajudicieel had Lord Justice Laws (1998, p. 89) al eens gesteld: “the law of Europe is not higher-order law, because the limits which for the time being it sets to the power of Parliament are at the grace of Parliament itself.”

90 Zie § 4.2.

91 Over ‘implied repeal’, zie § 4.2.

92 QBD (DC) 18 februari 2002, [2001] EWCH Admin 934, § 62 (Thoburn v Sunderland CC)

93 QBD (DC) 18 februari 2002, [2001] EWCH Admin 934, § 63 (Thoburn v Sunderland CC)

94 Over ‘implied repeal’, zie § 4.2.

95 Wade 1996, p. 571.

Craig redeneert echter dat als er al iets revolutionairs is gebeurd, dit feit op conto komt van de wetgever (en niet van de rechter) omdat Lord Bridge in *Factortame 2* zegt dat de wetgever in 1972 wist wat hij deed.⁹⁶ Rechters zijn beducht 'to be seen as making a political choice at the boundary of the legal system'.⁹⁷ Craig geeft de 'traditionele leer' een nieuwe invulling. Hij plaatst de denkbeelden van Dicey en Blackstone over parlementaire soevereiniteit in de context van de tijd en de maatschappij waarin deze juristen leefden en werkten en die hen bracht tot de zienswijze dat het parlement soeverein moest zijn in die samenleving.⁹⁸ Craig sluit bij hen aan en geeft aan waarom parlementaire soevereiniteit in zijn eigen tijd misschien wel moet veranderen. De afnemende effectiviteit van parlementaire controlemiddelen en het feit dat de regering tegenwoordig niet alleen deel uitmaakt van het parlement maar de wetgever zelfs haar wil oplegt, brengt hem tot de slotsom:

"The fact of the entry (of the United Kingdom into the EEC, MvR) would not in and of itself bring about this change, but it could be the catalyst prompting a re-thinking of previous orthodoxy."⁹⁹

Ook Bradley meent dat veranderingen in het politieke systeem heroverweging van het juridische leerstuk van parlementaire soevereiniteit nodig maken.¹⁰⁰ Volgens Hartley was het enige dat de wetgever in 1972 heeft gedaan de rechter te vragen er bij de toepassing van toekomstige wetgeving rekening mee te houden dat het niet in de bedoeling van de wetgever ligt regels te geven die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht.¹⁰¹ Anders dan bij gewone verdragen gebeurt dit slechts één keer.¹⁰²

Het is onzeker wat er gebeurt wanneer de ECA 1972 expliciet wordt ingetrokken. Voor Hartley staat vast dat er niets is dat er op wijst dat de wetgever dit niet kan. Britse rechters hebben hun trouw niet overgebracht naar de Gemeenschappen.¹⁰³ Volgens Turpin heeft de constitutie tot dusverre de rechter niet de bevoegdheid gegeven een bepaling van een *Act of Parliament* buiten toepassing te laten waarin de wetgever expliciet tegen het gemeenschapsrecht ingaat.¹⁰⁴ Craig acht het mogelijk dat de rechter niet zal gehoorzamen, tenzij het Verenigd Koninkrijk uit de Gemeenschappen treedt.¹⁰⁵

96 Craig 1991, p. 249.

97 Craig 1991, p. 252.

98 Craig 1991, p. 254.

99 Craig 1991, p. 250-251.

100 Bradley 1994, p. 80-81 en 106-107. Zie ook Drexel 1993, p. 567-568.

101 Hartley 1999, p. 172.

102 Hartley 1999, p. 135.

103 Hartley 1999, p. 174-178, in het bijzonder p. 177-178.

104 Turpin 1999, p. 356.

105 Craig 1991, p. 253. Zie ook Cross & Harris 1991, p. 184-185 en Bradley 1994, p. 97.

Volgens de Luxemburgse (monistische) visie is het gemeenschapsrecht vanwege zijn bijzondere aard rechtstreeks inroepbaar voor de nationale rechter en heeft het voorrang boven mogelijk strijdige bepalingen van nationaal recht, met inbegrip van fundamentele en constitutionele normen. Met deze monistische zienswijze correspondeert de stelling dat de soevereiniteit van de lidstaten permanent is begrensd. De Luxemburgse visie is verbonden met een politiek(theoretisch) soevereiniteitsbegrip, met soevereiniteit die toekomt aan *lidstaten*. In de Britse (dualistische) visie werkt het gemeenschapsrecht door via de ECA 1972 en heeft het voorrang op nationaal recht dankzij deze wet en de parlementaire wil die daarin tot uiting komt.¹⁰⁶ De Britse visie is verbonden met een juridisch soevereiniteitsbegrip. Parlementaire soevereiniteit is een juridisch concept: het heeft betrekking op de verhouding tussen de wetgever en de rechter.¹⁰⁷ Politieke soevereiniteit heeft betrekking op de vraag wie de macht heeft en juridische soevereiniteit op de vraag wie bevoegd is recht te scheppen zonder juridische beperkingen, los van het politieke draagvlak. Of zoals Turpin het zegt:

“Parliamentary sovereignty and the sovereignty of the United Kingdom as a state are different things, although they are not unrelated.”¹⁰⁸

Zolang het Verenigd Koninkrijk binnen de Europese Unie blijft en lid is van de Europese Gemeenschappen (een kwestie van politieke soevereiniteit), is de parlementaire soevereiniteit (in juridische termen) beperkt tot de terreinen waarop de Gemeenschappen niet exclusief bevoegd is. Mógelijk is dit slechts anders wanneer de wetgever in ondubbelzinnige bewoordingen een afwijking van gemeenschapsrecht in een *Act of Parliament* vast legt.¹⁰⁹ Onderwijl heeft Lord Hope (*obiter*) geconstateerd in de *Hunting Act*-zaak in 2005:

“It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified.”¹¹⁰

106 Zie de hierboven besproken rechtspraak. Zie ook Craig & De Búrca 2003, p. en Hartley 1999, p. 169 e.v.

107 Zie § 4.2.

108 Turpin 1999, p. 356. Zie ook § 4.2.

109 Een Member of Parliament wil dit niet afwachten en heeft een wetsvoorstel ingediend, de European Communities Act 1972 (Disapplication) Bill (*session* 2005-2006, Bill 29), zie <www.publications.parliament.uk>.

110 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL 56, § 104 (R (Jackson) v Attorney General).

6.2.6 Het Nederlandse recht en de Europese Unie

Nederland heeft een geschreven Grondwet, slechts te wijzigen via een bijzondere procedure. Toch is de Grondwet open en flexibel genoemd.¹¹¹ De constitutionele cultuur zou relatief zwak zijn aangezien het politieke handelen niet of nauwelijks aan de Grondwet wordt getoetst.¹¹² Naar de Europese Unie verwijst de Grondwet in het geheel niet.¹¹³ Het enige houvast dat de Grondwet biedt, is artikel 92 Gw dat bepaalt dat bevoegdheden op het terrein van wetgeving, bestuur en rechtspraak bij verdrag aan volkenrechtelijke organisaties kunnen worden opgedragen. In geval van strijd met de Grondwet geschiedt goedkeuring met twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen. Tot heden is van deze procedure bij gemeenschapsverdragen nog niet ingeroepen.¹¹⁴

De Luxemburgse visie waarin het er niet toe doet of een land dualistisch dan wel monistisch is als het gaat om de rechtstreekse werking en de voorrang van direct werkend gemeenschapsrecht, schijnt voor de Nederlandse rechter weinig tot geen constitutionele problemen te hebben opgeleverd. Zo leidt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak *Metten* uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af dat het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht ook geldt voor niet-rechtstreeks werkende bepalingen.¹¹⁵ De Afdeling stelt niet het vereiste van 'ieder verbindendheid' uit artikel 94 Gw.¹¹⁶

Opvallend is de uitspraak omdat de Minister van Financiën in defensieve zin een beroep deed op voorrang van gemeenschapsrecht: hij bracht het reglement van orde van de Raad (van de EG) in stelling om aan een WOB-verzoek te ontkomen. De doorwerking- en voorrangjurisprudentie van het Hof van Justitie is er vooral op gericht het de burger mogelijk te maken zijn gemeenschapsrechten te effectueren voor de nationale rechter.

De Hoge Raad was tot 2004 minder uitgesproken. Sindsdien is bekend dat de Hoge Raad de Luxemburgse lijn volgt en rechtstreekse doorwerking van gemeenschapsrecht niet afhankelijk stelt van het grondwettelijke regime.¹¹⁷ Volgens de heersende leer vloeit de rechtstreekse werking en voorrang van gemeenschapsrecht boven Nederlands recht voort uit de verdragen zoals die

111 Besselink e.a. 2002, p. 6.

112 Besselink e.a. 2002, p. 6.

113 Zie Kummeling & Zwart 2001; Besselink e.a. 2002, p. 15-52, m.n. p. 27; Voermans 2003, p. 109-110.

114 Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 600. Weliswaar is een raadgevend referendum gehouden, maar voor goedkeuring van het verdrag zelf zou een gewone meerderheid hebben volstaan.

115 ABRvS 7 juli 1995, AB 1997, 117 m.nt. A.A.L. Beers (Metten/Minister van Financiën).

116 Jans e.a. 2002, p. 93.

117 HR 2 november 2004, NJ 2005, 80 m.nt. EAA (overtreding arbeidstijdenwet).

door het Hof van Justitie zijn uitgelegd. Deze schrijvers ontkennen de toepasselijkheid van artikel 93 (en 94) Gw ten aanzien van de werking van het gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde.¹¹⁸ Praktisch voordeel van deze benadering is dat problemen ten aanzien van de mogelijk afwijkende inhoud van de begrippen 'rechtstreekse werking' (een gemeenschapsrechtelijk begrip) en 'bepalingen die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden' (een grondwettelijk begrip) kunnen worden omzeild.¹¹⁹

Volgens sommige auteurs zijn de artikelen 93 en 94 Gw echter essentieel voor de doorwerking van het gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde. Het Nederlandse stelsel dat is neergelegd in de artikelen 93 en 94 Gw zou ruim baan geven aan het gemeenschapsrecht en de Luxemburgse jurisprudentie levert om die reden geen probleem op, stellen De Meij en Van der Vlies.¹²⁰ Het voorschrift van het huidige artikel 93 Gw is in 1953 juist in de Grondwet opgenomen vanwege de toenemende Europese samenwerking, betoogt Besselink.¹²¹ Bij de grondwetsherziening van 1983 zou uitvoerig zijn stilgestaan bij de vraag of de artikelen 93 en 94 Gw de werking van het gemeenschapsrecht voldoende mogelijk maken.¹²² Doorwerking van het gemeenschapsrecht buiten artikelen 93 en 94 van de Grondwet om wordt door hem bestempeld als een afwijking van de Grondwet in de zin van artikel 91, derde lid, Gw.¹²³

Buiten Nederland zal de zienswijze die afwijkt van de heersende leer wellicht op meer begrip kunnen rekenen.¹²⁴

6.3 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

6.3.1 Het EVRM en overheidsaansprakelijkheid

Het Europese Hof kan een staat veroordelen tot het betalen van schadevergoeding aan de slachtoffers van schendingen van EVRM-rechten ex artikel 41 (voorheen artikel 50) EVRM. Indien het Europese Hof vaststelt dat er een schending van het EVRM of van de protocollen heeft plaatsgevonden en het nationale recht van de betrokken Hoge Verdragsluitende Partij slechts gedeelte-

118 C.A.J.M. Kortmann 2001, p. 120; Jans e.a. 2002, p. 67; Koopmans/Bellekom e.a. 2002, p. 81; Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 600; Barents & Brinkhorst 2003, p. 42; Kapteyn & VerLoren van Themaat/Barents e.a. 2003, p. 443. Over artikel 92 Gw, zie Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 600. Zie ook C.A.J.M. Kortmann 1999, p. 85.

119 Fleuren & Viering 2001, p. 127-128. Vgl. C.A.J.M. Kortmann 2001, p. 122 en Besselink e.a. 2002, p. 32-33.

120 De Meij & Van der Vlies 2004, p. 209. Zie ook Besselink 1995, p. 52.

121 Besselink 1995, p. 52.

122 Besselink e.a. 2002, p. 30-32.

123 Besselink e.a. 2002, p. 37.

124 Craig & De Burca 2003, p. 315. Zie ook Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 597-600 en Jans e.a. 2002, p. 92.

lijk rechtsherstel toelaat, kent het Europese Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening toe aan de benadeelde:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

Alleen de Engelse en Franse verdragstekst zijn authentiek. Waar ‘just satisfaction’ en ‘billijke genoegdoening’ elkaar niet veel ontlopen, kan hetzelfde niet gezegd worden van ‘indien nodig’ en ‘if necessary’. Dat de Engelse uitdrukkingsterm sterker is, behoeft geen betoog. Daarentegen is de Franse uitdrukking weer gematigder: *s’il y a lieu* – als billijke genoegdoening op haar plaats is.

Als het Europese Hof schadevergoeding toekent, is dit een kwestie van internationaal recht. Het Europese Hof heeft criteria tot ontwikkeling gebracht aan de hand waarvan het bepaalt of er grond bestaat om een billijke genoegdoening toe te kennen.¹²⁵ Volgens sommigen hebben deze principes niet al te veel om het lijf,¹²⁶ al is dit oordeel geen gemeengoed.¹²⁷ Juristen die staan in de *common law* traditie valt vooral op dat de jurisprudentie van het Europese Hof geen strak precedentenstelsel kent.¹²⁸

Het slachtoffer van een verdragschending dient zoveel mogelijk te worden gebracht in de positie waarin hij had verkeerdt wanneer zijn rechten niet zouden zijn geschonden.¹²⁹ Wanneer dit niet mogelijk blijkt te zijn, kan financiële compensatie op haar plaats zijn.¹³⁰ Gedupeerden hebben geen recht op compensatie – een billijke genoegdoening moet naar bevinding van het Europese Hof noodzakelijk zijn. Niet vereist is dat de betrokkene een schadevergoedingsprocedure naar nationaal recht is begonnen.¹³¹ Factoren die er toe doen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding zijn: schending van materiële dan wel procedurele bepalingen, de grootte van de schade, de mate van politieke gevoeligheid van de schending, de ernst van de schending en de wijze waarop schending heeft plaatsgevonden, de hardleersheid van de staat in kwestie voor dit type schending en het gedrag van verzoeker.¹³² Het Europese Hof stelt eisen aan de causaliteit. Bij schending van de procedurele garanties van artikel 6 EVRM stelt het Europese Hof zich

125 Zie Harris, O’Boyle & Warbrick 1995, p. 682-688. Zie ook Gordon & Ward 2000, p. 207-216.

126 Zie Grosz, Beatson & Duffy 2000, p. 144.

127 Zie bijvoorbeeld Gordon & Ward 2000, p. 207 en 210.

128 Havers & Garnham 2001, p. 10.

129 EHRM 22 juni 1972, zaak 2614/65, ECHR, Series A 15 (*Ringeisen v Austria*).

130 EHRM 28 juni 1978, zaak 6232/73, ECHR, Series A 27 (*König v Germany*).

131 EHRM 4 mei 2000, zaak 28341/95, RJ&D ECHR 2000-V (*Rotaru v Romania*).

132 Zie Costa 2002.

de vraag, of de materiële uitkomst van het geschil anders zou zijn geweest zonder schending van artikel 6 EVRM.¹³³

De omvang van schadevergoeding kan echter aanzienlijk zijn vanwege de schadesoorten die voor vergoeding in aanmerking komen, waaronder vergoeding voor gederfde inkomsten¹³⁴ en vergoeding van materiële én immateriële schade. Niettemin wil het Hof ook nog wel eens volstaan met de constatering van de schending.¹³⁵ De in het kader van de (nationale en Straatsburgse) procedure gemaakte kosten kunnen eveneens voor vergoeding in aanmerking komen. Het Europese Hof wijst echter geen schadevergoeding toe die gericht is op leedtoevoeging.¹³⁶ De schadevergoedingsjurisprudentie van het Europese Hof kan men sober noemen, of zoals Lord Lester of Herne Hill heeft gezegd: ‘austere’. De benadering van het Europese Hof oogst om die reden bijval in het parlement te Westminster tijdens de parlementaire behandeling van de Human Rights Act 1998.¹³⁷

Het EVRM heeft nog meer belang voor overheidsaansprakelijkheid in de landen die aangesloten zijn: het stelt formele vereisten aan de nationale procedures voor de nationale rechters waarin burgers schending van hun EVRM-rechten aan de orde kunnen stellen. Deze eisen betreffen het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot de rechter en het in artikel 13 EVRM vervatte recht op effectieve bescherming tegen schending van mensenrechten. Het (eerste deel van het) eerste lid van artikel 6 EVRM bepaalt dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. Op grond van artikel 13 heeft een ieder wiens verdragsrechten en -vrijheden zijn geschonden, recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie. De Engelse versie van het EVRM spreekt van een *effective remedy*. Het begrip rechtsmiddel duidt op het openstaan van een procedure bij een bevoegde instantie en niet op het door gebruikmaking van een procedure opheffen van een met het EVRM strijdige situatie.¹³⁸ Deze bepalingen zijn van belang voor het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid en voor het bestaan van immuniteiten.¹³⁹ Wegens sterke verwevenheid met het

133 Zie Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2002, p. 51.

134 EHRM 18 oktober 1982, zaken 7601/76 en 7806/77, ECHR, Series A 55 (*Young, James and Webster v UK*).

135 Zie Lester & Pannick 2000a, § 2.8.4; Mowbray 1997; Van Emmerik 1997.

136 Vgl. § 7.3 (over *exemplary damages*).

137 Zie *Hansard* HC Col. 387 (29 januari 1998).

138 Barkhuysen 1998, p. 113-114.

139 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 oktober 1998, zaak 23452/94, *RJ&D* ECHR 1998-VIII (*Osman v UK*).

(nationale) positieve recht komen deze ontwikkelingen in de volgende delen van deze studie aan de orde.¹⁴⁰

6.3.2 Het gemeenschapsrecht en overheidsaansprakelijkheid

De Europese Unie is geen volkenrechtelijk rechtssubject en heeft geen rechtspersoonlijkheid. Zij kan niet zelf aansprakelijk worden gehouden. Wie ‘de Unie’ aansprakelijk wil stellen, moet zich daarom afvragen wie binnen welke pijler schade heeft veroorzaakt en een actie instellen tegen één van de Gemeenschappen of tegen een lidstaat. Het intergouvernementele karakter van de tweede en derde pijler maakt aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt binnen deze samenwerkingsvormen een kwestie van aansprakelijkheid van de lidstaten.¹⁴¹ De voorzitter van de Werkgroep Rechtspersoonlijkheid van de Europese Conventie die het grondwettelijk verdrag voorbereidde, schreef in zijn eindverslag dat men niet om de vaststelling heen kan dat de Unie steeds vaker besluiten neemt die ‘rechtstreeks of onrechtstreeks’ aan de rechten van privépersonen kunnen raken.¹⁴² Als voorbeeld noemde hij het lichamelijk letsel van een officier opgelopen in Bosnië-Herzegovina en de schade die een bedrijf leed ten gevolge van sancties van de EU tegen de toenmalige Federale Republiek Joegoslavië.

In deze paragraaf komt eerst communautaire aansprakelijkheid aan de orde en daarna lidstaataansprakelijkheid. De term ‘communautaire aansprakelijkheid’ heeft zowel betrekking op aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap (de eerste pijler van de Europese Unie) als op de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom).¹⁴³ Aansprakelijkheid van Euratom blijft hier verder buiten beschouwing. De tekst van artikel 288(2) EG luidt:

“Inzake de non-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.”

6.3.3 Aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap

Formeel kan de Europese Gemeenschap als rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld. Verweerder in een artikel 288(2) EG-procedure is in de praktijk de

¹⁴⁰ Zie met name § 8.3. en § 10.3.

¹⁴¹ Over de bevoegdheid een prejudiciële beslissing te geven, zie artikel 35, eerste lid, EU-Verdrag.

¹⁴² Werkgroep Rechtspersoonlijkheid 2002, § 43.

¹⁴³ Over de artikelen 30 en 40 KS over aansprakelijkheid van de voormalige EGKS, zie Bebr 1997.

Commissie of soms de Raad,¹⁴⁴ of zelfs de Europese Ombudsman.¹⁴⁵ De ambtenaar die bij de uitoefening van zijn publieke functie de schade zou hebben veroorzaakt, blijft buiten het proces.¹⁴⁶ Het recht om schadeloos te worden gesteld is een verdragsrecht en het wordt gezien als een fundamenteel recht.¹⁴⁷ Communautaire aansprakelijkheid dient de legitimiteit van het communautaire bestuur, bescherming van communautaire rechten, objectiviteit en rechtvaardigheid.¹⁴⁸

Het Hof van Justitie is op grond van artikel 235 EG bevoegd te oordelen over communautaire aansprakelijkheid. Hoewel het Hof thans, zoals dat heet, 'in hogere voorziening' oordeelt over schadeclaims tegen de Gemeenschap,¹⁴⁹ sprak het vóór de oprichting van het Gerecht van eerste aanleg recht in eerste en enige instantie en beantwoordde het de vraag hoe de zinsnede over 'algemene beginselen' in artikel 215 (2) EG-Verdrag (thans artikel 288(2) EG) moest worden uitgelegd. De verwijzing naar de 'algemene beginselen' stamt uit een tijd waarin er slechts zes lidstaten waren. In grote lijnen, zo nam men aan, vertoonden hun stelsels van overheidsaansprakelijkheid overeenkomsten.¹⁵⁰ Niettemin vroeg men zich ook toen af, wat deze 'algemene beginselen' inhielden en hoe zij behulpzaam konden zijn bij het vormgeven van de non-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Langrange, bijvoorbeeld, twijfelde de zeer aan hun nut, voorzover ze al in kaart te brengen waren:

"(...) the reference to 'the general principles common to the laws of member States' cannot be understood as applying to their legal principle, which they in no way hold in common: this is merely a diplomatic formula, such as is often to be found in international treaties which only makes sense insofar as it refers to certain equitable principles, which are indeed widespread and are normally to be met with in any *Rechtsstaat*."¹⁵¹

De gedachte dat de 'algemene beginselen' waarnaar artikel 288(2) EG verwijst niet méér zouden zijn dan de grootste gemene deler, stuitte op verzet.¹⁵² De verwijzing zou wel degelijk een normatieve lading hebben en méér zijn dan een vage 'äusserste Leitlinien', schreef Jurina in een noot bij het *Kampffmeijer*-arrest van het Hof van Justitie.¹⁵³ Hij zette zijn betoog kracht bij door

144 Blockmans 2002, p. 129.

145 HvJ 23 maart 2004, zaak 234/02, *Lamberts*, *Jur.* 2004, p. I-2803.

146 Zie Schermers & Waelbroeck 2001, § 1049, 1053. Vgl. HvJ 10 juli 1969, zaak 9/69, *Sayag*, *Jur.* 1969, p. 335.

147 Schermers & Waelbroeck 2001, p. 520.

148 Heukels & McDonnell 1997b, p. 8-9 en Fines 1997, p. 11.

149 Zie het Protocol tot vaststelling van het Statuut van het Hof van Justitie van 16 december 2004, *PbEU* C 310.

150 Zie Schermers & Waelbroeck 2001, § 1086.

151 Langrange 1965, p. 32.

152 Cornelis 1984, p. 10 e.v.; Heukels & McDonnell 1997b, p. 4; Hartley 1998, p. 450.

153 Jurina 1968, p. 375 bij HvJ 14 juli 1967, zaken 5, 7 en 13-24/66, *Kampffmeijer*, *Jur.* 1967, p. 332.

te verwijzen naar het in 1967 gehouden *Heidelberg Colloquium* over overheidsaansprakelijkheid.¹⁵⁴ Naar zijn mening moest rechtsvergelijking dienstbaar zijn voor de uitleg van artikel 288(2) EG.

Sedertdien is het aantal lidstaten meer dan verviervoudigd. Praktisch zou het zijn uit te gaan van de stelsels van *de meeste* lidstaten.¹⁵⁵ Toch is het kenmerkend de bedoeling geweest te kijken naar de nationale stelsels voorzover zij algemene beginselen (in tegenstelling tot specifieke regels) gemeenschappelijk hebben die behulpzaam kunnen zijn bij het uitleggen van gemeenschapsrechtelijke normen op een wijze die zich het beste verhoudt tot de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht.¹⁵⁶ Al laat de praktische waarde van de algemene beginselen als maatstaf te wensen over, het niet al te letterlijk nemen van het imperatief uit artikel 288(2) EG kan een positieve functie vervullen. De ‘algemene beginselen’ vormen een rijke, dynamische bron van inspiratie én van legitimiteit.¹⁵⁷

De schadevergoedingsactie van artikel 288(2) EG is autonoom. Zij is onafhankelijk van (de procedure tot vaststelling van) bestuursrechtelijke onrechtmatigheid. Wanneer een beroep tot vernietiging van een beschikking leidt tot niet-ontvankelijkheid, heeft deze uitspraak geen gevolgen voor de ontvankelijkheid van de rechtzoekende in diens schadevergoedingsactie.¹⁵⁸ Het doel van deze actie is niet het teniet doen van een bepaalde maatregel maar vergoeding van ontstane schade.¹⁵⁹ Een schadevergoedingsplicht houdt niet noodzakelijkerwijs in het bieden van volledige genoegdoening. Het instellen van een schadevergoedingsactie kan er niet toe leiden dat een onwettige handeling uit de communautaire rechtsorde wordt verwijderd.¹⁶⁰ Voor de omvang van een schadevergoedingsplicht is het handelen van rechtzoekenden mede bepalend.¹⁶¹

De Europese Gemeenschap is aansprakelijk voor onrechtmatig handelen, mits het beroep ontvankelijk is. In bepaalde gevallen kan de ontvankelijkheid van een beroep afhankelijk zijn van de vraag, of nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput op straffe van misbruik van procedure (*abuse of process*).¹⁶² Aanvankelijk legde het Hof twee maatstaven aan bij de beoordeling van de rechtmatig-

154 Mosler (red.) 1967.

155 HvJ 8 oktober 1986, zaken 169/83 en 136/84, *Leussink-Brummelhuis*, *Jur.* 1986, p. 2801, § 22.

156 Van Gerven 1998, p. 44-45. Zie ook Van Gerven 2002b, p. 135.

157 Heukels & McDonnell 1997b, p. 3 en 4.

158 HvJ 2 december 1971, zaak 5/71, *Schöppenstedt*, *Jur.* 1971, p. 975, § 3; HvJ 22 april 1997, zaak 395/95, *Geotronics*, *Jur.* 1997, p. I-2271, § 35; GvEA 20 februari 2002, zaak 170/00, *Förde-Reederei*, *Jur.* 2002, p. II-515, § 35. Vgl. GvEA 3 mei 2002, zaak 177/01, *Jégo-Quéré*, *Jur.* 2002, p. II-2365, § 46.

159 GvEA 24 oktober 2000, zaak 178/98, *Fresh Marine*, *Jur.* 2000, p. II-3331, § 45 en HvJ 23 maart 2004, zaak 234/02, *Lamberts*, *Jur.* 2004, p. I-2803, § 59.

160 GvEA 3 mei 2002, zaak 177/01, *Jégo-Quéré*, *Jur.* 2002, p. II-2365, § 46.

161 GvEA 28 januari 1999, zaak 230/95, *BAI*, *Jur.* 1999, p. II-123, § 36 en GvEA 24 oktober 2000, zaak 178/98, *Fresh Marine*, *Jur.* 2000, p. II-3331, § 84-92.

162 Zie GvEA 23 november 2004, zaak 166/98, *Cantina*, <<http://curia.europa.eu>>, § 114-123.

heid van handelingen van de instellingen: één voor administratieve handelingen en één voor normatieve (regelstellende) handelingen.

Wanneer het een normatieve handeling betrof die bepaalde economische beleidskeuzen impliceerde, oordeelde het Hof dat de Gemeenschap slechts aansprakelijk kon worden gesteld bij een voldoende gekwalificeerde schending van een te hunner bescherming gegeven hogere rechtsregel ('a sufficiently flagrant violation of a superior rule of law for the protection of the individual'). Dit is de *Schöppenstedt*-regel.¹⁶³ Een hogere rechtsregel kon zijn een verdragsbepaling, een verordening¹⁶⁴ of een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Voorbeelden van de laatste categorie zijn proportionaliteit, rechtszekerheid, de eerbiediging van gerechtvaardigd vertrouwen¹⁶⁵ en het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking verbiedt.¹⁶⁶ Het Hof heeft kennelijk ruim toepassing gegeven aan het vereiste dat de hogere rechtsregel moet dienen ter bescherming van rechtzoekenden.¹⁶⁷ Bij een rechtsregel die een algemeen belang beschermde en slechts zijdelings dat van het individu, nam het Hof al aan dat de (hogere) rechtsregel strekte tot bescherming van particulieren.¹⁶⁸ In *Emesa* oordeelde het Gerecht dat het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel particulieren rechten toekennen.¹⁶⁹ In *Area Cova* echter had de vermeende schending van gemeenschapsrecht betrekking op het beginsel van behoorlijk bestuur ('the principle of sound administration') in de context van het voeren van onderhandelingen binnen de NAFO-visserijcommissie.¹⁷⁰ Dit beginsel was geen rechtsregel die ertoe strekte aan particulieren rechten toe te kennen.¹⁷¹ In zijn vroege jurisprudentie past het Hof van Justitie het *Schöppenstedt*-criterium streng toe.¹⁷² Duidelijk en ernstig dient de schending te zijn met het oog op haar gevolgen¹⁷³ en wat betreft de wijze waarop zij heeft plaatsgevonden.¹⁷⁴ Voor menigeeen was dit te hoog gegrepen,¹⁷⁵ maar niet voor een ieder.¹⁷⁶ De mogelijkheid dat de Gemeenschap wordt overspoeld met schade-

163 HvJ 2 december 1971, zaak 5/71, *Schöppenstedt*, *Jur.* 1971, p. 975, § 11.

164 Zie bijvoorbeeld HvJ 14 mei 1975, zaak 74/74, *CNTA*, *Jur.* 1975, p. 533

165 Zie ook HvJ 14 mei 1975, zaak 74/74, *CNTA*, *Jur.* 1975, p. 533 en GvEA 20 maart 2001, zaak 30/99, *Bocchi Food*, *Jur.* 2001, p. II-943.

166 GvEA 23 november 2004, zaak 166/98, *Cantina*, <<http://curia.europa.eu>>, § 162.

167 HvJ 14 juli 1967, zaken 5, 7 en 13-24/66, *Kampffmeyer*, *Jur.* 1967, p. 332. Zie Van Gerven 1976, p. 21 en Heukels 1992, p. 329.

168 Zie ook GvEA 6 december 2001, zaak 196/99, *Area Cova*, *Jur.* 2001, p. II-3597. Zie echter GvEA 11 januari 2002, zaak 174/00, *Biret*, *Jur.* 2002, p. II-17.

169 GvEA 6 december 2001, zaak 43/98, *Emesa*, *Jur.* 2001, p. II-3519, § 64 en 172.

170 Het betreft multilaterale samenwerking in het noordwestelijk deel van de Atlantische Oceaan.

171 GvEA 6 december 2001, zaak 196/99, *Area Cova*, *Jur.* 2001, p. II-3597, § 41-44.

172 Craig & De Búrca 2003, p. 554.

173 HvJ 25 mei 1978, zaken 83 en 94/76 en 15 en 40/77, *Bayerische HNL*, *Jur.* 1978, p. 1209.

174 HvJ 5 december 1979, zaken 116 en 124/77, *Amylum*, *Jur.* 1979, p. 3556.

175 Zie echter HvJ 4 oktober 1979, zaken 64, 113/76, 239/78, 27, 28, 45/79, *Dumortier Frères*, *Jur.* 1979, p. 3091.

176 HvJ 18 mei 1993, zaak 220/91, *Stahlwerke*, *Jur.* 1993, p. I-2393.

vorderingen komt geen zelfstandige betekenis toe bij de beoordeling van de vestiging van aansprakelijkheid.¹⁷⁷

Voor schadeclaims bij administratieve handelingen – veelal individuele, niet-normatieve (niet-regelstellende) gedragingen waarbij het maken van een complexe belangenafweging niet nodig is – ontwikkelde het Hof een eenvoudige test: onrechtmatigheid, schade en een causaal verband tussen beiden.¹⁷⁸

In de rechtspraak is lange tijd voor de test voor onrechtmatigheid bepalend of een handeling normatief dan wel administratief is, een onderscheid dat in de praktijk lastig blijkt te maken. Vrije bestuursbeslissingen zijn immers niet ondenkbaar, evenmin als normatief handelen met een individueel toepassingsbereik. Illustratief is de casus van het *Bergaderm*-arrest.

Bergaderm en directeur Goupil vorderden vergoeding van schade die zij stelden te lijden door vaststelling van een cosmetica-richtlijn die uitsluitend betrekking had op één zonnebrandcrème. Daarom betrof het naar hun oordeel een administratieve handeling en miste de *Schöppenstedt*-test toepassing. Het Gerecht wees de vordering af, want de richtlijn zou normatief zijn. Het Hof nam in deze zaak afstand van het onderscheid ‘normatief v. administratief’.

In het *Antillean Rice*-arrest had het Hof eerder al geoordeeld dat de vorm van de handeling niet bepalend was voor de vraag welke criteria van toepassing waren, maar haar karakter (en de mate waarin het maken van een belangenafweging nodig was).¹⁷⁹

Vroeger luidde de formule voor aansprakelijkheid bij administratief handelen als volgt: een onrechtmatige gedraging van een instelling, reële (werkelijk geleden) schade en een causaal verband tussen de gestelde gedraging en de schade.¹⁸⁰ Het Gerecht hanteert die formule ook nog nadat het Hof in het *Bergaderm*-arrest één test voor communautaire aansprakelijkheid vaststelde: in alle gevallen is een voldoende gekwalificeerde schending vereist van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen en daarnaast een direct causaal verband tussen schending en schade. De vereisten voor aansprakelijkheid zijn cumulatief.

In het *Brasserie*-arrest over lidstaataansprakelijkheid¹⁸¹ oordeelde het Hof van Justitie dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet mogen verschillen al naar gelang het een instelling of een lidstaat is die schade toebrengt, behoudens uitzonde-

177 Bijvoorbeeld (over melkquota) HvJ 19 mei 1992, zaken 104/89 en 37/90, *Mulder II*, Jur. 1992, p. I-3061 en GvEA 31 januari 2001, zaak 76/94, *Jansma*, Jur. 2001, p. II-243.

178 Zie bijvoorbeeld GvEA 9 januari 1996, zaak 575/93, *Koelman*, Jur. 1996, p. II-1, § 89.

179 HvJ 11 februari 1999, zaak 390/95, *Antillean Rice*, Jur. 1999, p. I-769, § 56-60.

180 HvJ 28 april 1971, zaak 4/69, *Lütticke v Commissie*, Jur. 1971, p. 325, § 10.

181 Zie hierna, § 6.3.4.

ringen.¹⁸² Dit heeft het Hof van Justitie bevestigd in het *Bergaderm*-arrest dat betrekking had op communautaire aansprakelijkheid.¹⁸³ Het Gerecht, dat alleen oordeelt over communautaire aansprakelijkheid en geen prejudiciële beslissingen neemt over lidstaataansprakelijkheid, nam daar in de tussenliggende periode niet veel notie van. Ook ná het *Bergaderm*-arrest noemt het Gerecht het *Brasserie*-arrest zelden¹⁸⁴ en houdt het vast aan de 'oude' criteria voor de beoordeling van aansprakelijkheid ex artikel 288(2) EG: het drieluik van onrechtmatigheid, schade en causaliteit.¹⁸⁵ Sinds het *Bergaderm*-arrest noemt het Hof reële schade, anders dan een direct causaal verband, niet als een expliciet vereiste. Het Gerecht heeft deze voorwaarde in verschillende arresten wel uitdrukkelijk gesteld.¹⁸⁶ Wanneer niet blijkt dat de gestelde schade zeker (daadwerkelijk) is geleden, wijst het Hof de claim af.¹⁸⁷

De Gemeenschap is niet aansprakelijk wanneer een rechtstreeks oorzakelijk verband ontbreekt.¹⁸⁸ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een handeling van een instelling (zoals het vaststellen van een Raadsverordening) wanneer blijkt dat de schade rechtstreeks is veroorzaakt door maatregelen van nationale autoriteiten waartoe gemeenschapsregelgeving hen niet verplichtte.¹⁸⁹

Het vereiste van onrechtmatigheid, zou men kunnen zeggen, valt thans uiteen in twee deelveisen: de geschonden rechtsregel strekt ertoe aan particulieren rechten toe te kennen en er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending – een kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen waarbinnen de instelling bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid dient te blijven. Bevoegdheden zijn vrij wanneer de uitoefening daarvan het maken van een belangenafweging impliceert. Dit is bijvoorbeeld het geval bij regel-

182 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 42.

183 HvJ 4 juli 2000, zaak 352/98, *Bergaderm*, Jur. 2000, p. I-5291, § 41.

184 Een uitzondering is GvEA 23 oktober 2001, zaak 155/99, *Dieckmann*, Jur. 2001, p. II-3143, § 41.

185 GvEA 28 januari 1999, zaak 230/95, *BAI*, Jur. 1999, p. II-123, § 29.

186 Zie bijvoorbeeld GvEA 11 januari 2002, zaak 174/00, *Biret*, Jur. 2002, p. II-17, § 45; GvEA 20 februari 2002, zaak 170/00, *Förde-Reederei*, Jur. 2002, p. II-515, § 37; GvEA 14 november 2002, zaken 94, 110 en 159/00, *Rica Foods*, Jur. 2002, p. II-4677, § 250. Zie ook Van Gerven 1998, p. 37-38. Zie echter GvEA 6 december 2001, zaak 196/99, *Area Cova*, Jur. 2001, p. II-3597, § 42 en GvEA 6 december 2001, zaak 43/98, *Emesa*, Jur. 2001, p. II-3519, § 59.

187 HvJ 15 juni 2000, zaak 237/98, *Dorsch Consult*, Jur. 2000, p. I-4549 en GvEA 1 februari 2001, zaak 1/99, *Port*, Jur. 2001, p. II-465. Zie ook GvEA 2 juli 2003, zaak 99/98, *Hameico Stuttgart*, Jur. 2003, p. II-2195, § 59-79, m.n. § 69.

188 GvEA 29 januari 1998, zaak 113/96, *Dubois*, Jur. 1998, p. II-125, § 41-42; GvEA 28 januari 1999, zaak 230/95, *BAI*, Jur. 1999, p. II-123; GvEA 31 januari 2001, zaak 76/94, *Jansma*, Jur. 2001, p. II-243; GvEA 1 februari 2001, zaak 1/99, *Port*, Jur. 2001, p. 465, § 80.

189 GvEA 17 december 2003, zaak 146/01, *DLD Trading/Raad*, Jur. 2003, p. II-6005, § 71-97, m.n. § 80.

geving op het terrein van landbouw en de interne markt. Eventuele schade die daaruit voortvloeit, is veelal van economisch van aard.¹⁹⁰

De voldoende gekwalificeerde schending wordt als vereiste gesteld in alle gevallen, ongeacht of er sprake is van een beoordelingsmarge. Bij beoordeling van de vraag of een schending voldoende gekwalificeerd is, houdt de gemeenschapsrechter in het bijzonder rekening met de ingewikkeldheid van de te regelen situaties, de moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie van de teksten en in het bijzonder met de beoordelingsmarge waarover de instelling beschikt.¹⁹¹ Wanneer de betrokken instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, zal de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan voor vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending.¹⁹² Niet iedere schending van gemeenschapsrecht leidt evenwel tot aansprakelijkheid. Een ontoereikende motivering leidt niet tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap.¹⁹³ Schending van de formele zorgvuldigheid, zoals hieronder blijkt, daarentegen wel. De rechtspraak richt zich thans op de vraag of de instelling in kwestie slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, zoals bijvoorbeeld in de *Comafrika*-zaak.

Een Italiaanse en Duitse bananenimporteur stelden schade te hebben geleden door een Commissie-verordening. De Commissie had geen beoordelingsmarge.¹⁹⁴ Louter inbreuk op het gemeenschapsrecht zou volstaan.

Het Gerecht onderzoekt of de Commissie bij de vaststelling van de bestreden verordeningen een onregelmatigheid heeft begaan waaraan een normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zich niet schuldig zou hebben gemaakt.¹⁹⁵

Deze toets viel nadelig uit voor de bananenimporteurs vanwege de complexiteit van de regelingen, de tijdsdruk, de zeer grote omvang van de transacties, de vereisten in verband met de werking van de administratie in (toen nog) vijftien

190 Naast andere schadesoorten, inclusief immateriële. Zie GvEA 28 januari 1999, zaak 230/95, *BAI*, *Jur.* 1999, p. II-123, § 38. Zie ook HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029, § 87. Zie ook Van Gerven, *Lever & Larousse* 2000, p. 893 en *Fines* 1997, p. 29-30;

191 HvJ 4 juli 2000, zaak 352/98, *Bergaderm*, *Jur.* 2000, p. I-5291, § 40, HvJ 10 december 2002, zaak 312/00, *Camar*, *Jur.* 2002, p. I-11355, § 52 en HvJ 10 juli 2003, zaak 472/00, *Commissie/Fresh Marine*, *Jur.* 2003, p. I-7541, § 24. Vgl. HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, *Jur.* 1996 p. I-1029, § 43.

192 HvJ 4 juli 2000, zaak 352/98, *Bergaderm*, *Jur.* 2000, p. I-5291, § 42-44.

193 HvJ 30 september 2003, zaak 76/01, *Eurocoton*, *Jur.* 2003, p. I-10091, § 98-99 en GvEA 10 februari 2004, gevoegde zaken 64/01 en 65/01, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, *Jur.* 2004, p. II-521, § 128.

194 GvEA 12 juli 2001, zaken 198/95 e.a., *Comafrika*, *Jur.* 2001, p. II-1975, § 137.

195 Over deze maatstaf (in de *Fresh Marine*-zaak), zie Van Gerven 2002b, p. 134.

lidstaten en de belangrijke inspanningen die de Commissie leverde teneinde eventuele discrepanties in de cijfers te verminderen.¹⁹⁶

Bij mijn weten is de Gemeenschap nimmer aansprakelijk gesteld voor schade door gedragingen van de gemeenschapsrechter. *The Court can do no wrong*. Mocht men dit anders willen zien, dan zou men de lijn van het *Lamberts*-arrest kunnen doortrekken. In *Lamberts* overwoog het Hof over aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap voor een daad van de ombudsman:

“Wat het gestelde gevaar betreft dat rechterlijke toetsing van de activiteiten van de ombudsman diens onafhankelijkheid zou bedreigen, zij opgemerkt dat de erkenning van aansprakelijkheid voor door de activiteit van de ombudsman veroorzaakte schade geen betrekking heeft op de persoonlijke aansprakelijkheid van de ombudsman, maar op die van de Gemeenschap. De omstandigheid dat de Gemeenschap onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk kan worden gesteld voor een met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging van de ombudsman in de uitoefening van zijn ambt, lijkt de onafhankelijkheid van de ombudsman niet in gevaar te brengen.”¹⁹⁷

Het *Köbler*-arrest over lidstaataansprakelijkheid voor handelen van de hoogste nationale rechter zou men ook aan kunnen dragen¹⁹⁸ ter ondersteuning van de stelling dat de Gemeenschap toch niet immuun hoeft te zijn voor schadevorderingen voortvloeiend uit gedragingen van de gemeenschapsrechter. Tegen dit argument kan men echter inbrengen dat de positie van de gemeenschapsrechter van een andere orde is dan van de nationale rechter die gemeenschapsrecht toepast.¹⁹⁹

Tot zover ging het telkens om communautaire aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het Hof van Justitie acht communautaire aansprakelijkheid uit rechtmatig daad mogelijk,²⁰⁰ evenals het Gerecht.²⁰¹ Schadevergoeding voor rechtmatig handelen sluit aan bij het Franse begrip *égalité devant les charges publiques* en het Duitse *Sonderopfer*.²⁰² Dit blijkt uit de voorwaarden die het Hof onder meer stelt in het *Dorsch*-arrest.²⁰³

196 GvEA 12 juli 2001, zaken 198/95 e.a., *Comafrika*, Jur. 2001, p. II-1975, § 138-149.

197 HvJ 23 maart 2004, zaak 234/02, *Europese Ombudsman/Lamberts*, Jur. 2004, p. I-2803, § 48.

198 HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 48. Vgl. HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 32. Zie verder in § 6.3.4.

199 Zie hierna, in § 6.3.4.

200 HvJ 13 juni 1972, zaken 9/71 en 11/71, *Grands Moulins de Paris*, Jur. 1972, p. 391, HvJ 6 december 1984, zaak 59/83, *Biovilac*, Jur. 1984, p. 4057 en HvJ 29 september 1987, zaak 81/86, *De Boer Buizen*, Jur. 1987, p. 3677. Zie ook Van Casteren 1997.

201 Zie bijvoorbeeld GvEA 10 februari 2004, gevoegde zaken 64/01 en 65/01, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, Jur. 2004, p. II-521 en GvEA 14 december 2005, zaak 69/00, FIAMM, <<http://curia.europa.eu>>.

202 Bronkhorst 1997, p. 153-165.

203 HvJ 15 juni 2000, zaak 237/98, *Dorsch Consult*, Jur. 2000, p. I-4549.

Een Duits bedrijf stelde schade te hebben geleden door de vaststelling van een verordening in 1990, die handelsverkeer van de Gemeenschap met Irak en Koeweit onmogelijk maakte. Als reactie nam Irak een wettelijke maatregel aan die het Irakese autoriteiten mogelijk maakte hun schulden tegenover Dorsch niet te voldoen. Het bedrijf vorderde schadevergoeding op grond van zowel rechtmatig als onrechtmatig handelen.

Het Gerecht en later het Hof oordelen dat zowel voor aansprakelijkheid voor onrechtmatig als voor rechtmatig handelen is vereist dat de geleden schade echt (reëel) is en dat een causaal verband bestaat tussen schade en handelen. Voor aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen is bovendien het bestaan van een abnormale en bijzondere schade vereist.²⁰⁴ Het Gerecht wijst de vordering af, wegens het ontbreken van reële schade en een causaal verband.²⁰⁵ Het Hof van Justitie gaat in de hogere voorziening-procedure in op de eisen van reële, abnormale en bijzondere schade. Ten eerste moet de schade werkelijk en actueel zijn. Ten tweede treft de schade een bijzondere categorie ondernemers onevenredig in vergelijking met andere ondernemers. Dit is de abnormale schade. Ten derde is vereist dat de schade de grenzen van het economische risico, dat activiteiten in de betrokken sector meebrengen, overschrijdt. Dit is het element van bijzondere schade.

Het Gerecht noemde als vierde voorwaarde dat een algemeen economisch belang de aan de schade ten grondslag liggende regelgeving rechtvaardigt.²⁰⁶ Het Hof noemt deze laatste voorwaarde niet. Het volstaat met het oordeel dat *hoe dan ook* voldaan moet zijn aan de eisen van abnormale en bijzondere schade. Aangezien aan de eerste voorwaarde van reële en zekere schade in casu al niet is voldaan, kan het Hof het onderzoek van de overige middelen achterwege laten.²⁰⁷

Nog nimmer was een vordering voor schadevergoeding uit rechtmatige daad succesvol. Zo vingen de achtentwintig vissers in de hiervoor genoemde zaak *Area Cova* eerst letterlijk, daarna figuurlijk bot. Het Gerecht oordeelde dat de door hen gestelde schade de grenzen van het (aan de activiteiten in de visserij-sector verbonden) economisch risico niet overschreed: belangrijke quotaschommelingen zijn in die sector niet ongebruikelijk, in casu was quotavermindering geen onvoorzienbare koerswijziging en bovendien konden reders overschakelen op andere vissoorten.²⁰⁸ Evenmin succesvol was een rederij die het grootste deel van haar inkomsten haalde uit de verkoop van belastingvrije artikelen en schade leed toen de Commissie geen nieuwe regeling trof na het verstrijken

204 GvEA 28 april 1998, zaak 184/95, *Dorsch Consult*, Jur. 1998, p. II-667, § 59. Zie ook HvJ 15 juni 2000, zaak 237/98, *Dorsch Consult*, Jur. 2000, p. I-4549, § 17.

205 GvEA 28 april 1998, zaak 184/95, *Dorsch Consult*, Jur. 1998, p. II-667, § 60-68 en § 70-74.

206 GvEA 28 april 1998, zaak 184/95, *Dorsch Consult*, Jur. 1998, p. II-667, § 80.

207 HvJ 15 juni 2000, zaak 237/98, *Dorsch Consult*, Jur. 2000, p. I-4549, § 18-19 en § 54.

208 GvEA 6 december 2001, zaak 196/99, *Area Cova*, Jur. 2001, p. II-3597, § 174-177.

van een in een richtlijn genoemde termijn. Zij kon geen bijzonder 'offer' aantonen dat alleen door haar was gedragen.²⁰⁹

6.3.4 Lidstaataansprakelijkheid

Lidstaataansprakelijkheid heeft het Hof van Justitie geïntroduceerd in de zaak *Francovich*.²¹⁰ Deze aansprakelijkheid ontbeert een expliciete grondslag in de verdragen. Dat lidstaten verplicht zijn schade te vergoeden aan particulieren waarvoor zij verantwoordelijk zijn, is een beginsel van gemeenschapsrecht.²¹¹

De werkgever van *Francovich* was insolvent. *Francovich* vordert schadevergoeding van de Italiaanse staat. Volgens een communautaire richtlijn had de Italiaanse staat ter bescherming van werknemers een waarborgfonds in moeten stellen. Dat had Italië niet gedaan. De lidstaat was in de tijdige implementatie van deze verplichting tekortgeschoten.

Het Hof van Justitie bouwt zijn argumentatie op in een aantal stappen. Het verwijst naar de *Van Gend en Loos* en *Costa/ENEL* en roept in herinnering dat het EEG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen waarin niet alleen de lidstaten maar ook de onderdanen rechtssubjecten zijn en dat het gemeenschapsrecht particulieren ook rechten geeft. Vervolgens memoreert het Hof eraan dat het de taak is van de nationale rechter de volle werking van die rechten te verzekeren en de rechten van particulieren te beschermen.²¹² Het Hof vervolgt dat werking van gemeenschapsrecht en bescherming van rechten worden beperkt wanneer burgers de mogelijkheid wordt ontzegd schadevergoeding te verkrijgen bij schending van hun rechten. Dit klemmt temeer wanneer de werking van het gemeenschapsrecht afhankelijk is van een bepaald handelen van de lidstaat en rechtzoekenden bij het uitblijven van dit handelen de werking van hun rechten niet voor de nationale rechter af kunnen dwingen. Daarom is aansprakelijkheid volgens het Hof van Justitie inherent aan het systeem van het EG-Verdrag.²¹³ Zij vloeit voort uit het beginsel van de volle werking van communautair recht en uit de eis van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast baseert het Hof van Justitie de schadevergoedingsplicht van lidstaten op artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) dat

209 GvEA 20 februari 2002, zaak 170/00, *Förde-Reederei*, Jur. 2002, p. II-515, § 56-60. Zie ook GvEA 10 april 2003, zaak 195/00, *Travellex*, Jur. 2003, p. II-1677, § 161-166 en GvEA 10 februari 2004, gevoegde zaken 64/01 en 65/01, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, Jur. 2004, p. II-521, § 150-155.

210 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357.

211 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 37.

212 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 31-32. Zie ook § 6.3.1.

213 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 33-35.

bepaalt dat de lidstaten verplicht zijn alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichting te verzekeren.²¹⁴

Het *Francovich*-arrest markeert een mijlpaal. Craig en De Búrca bestempelen de introductie van lidstaataansprakelijkheid zelfs als een gebeurtenis of 'considerable constitutional significance'.²¹⁵ De betekenis van dit arrest voor de eigen (nationale) rechtsorde tilt de uitspraak inderdaad op constitutioneel niveau, in het bijzonder wat betreft het Verenigd Koninkrijk. Aan Lord Lester ontlokt het zelfs de volgende uitspraak:

"The judicial lions will have to move from their sheltered position beneath the throne of the sovereign Queen in and outside Parliament."²¹⁶

Aannemelijk is dat het Hof van Justitie niet heeft beoogd constitutionele geschiedenis te schrijven, maar praktisch en vooral doelgericht zorg heeft willen dragen voor de effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht. Naast rechtstreekse werking en verdrags- of richtlijnconforme interpretatie van niet-directwerkend gemeenschapsrecht vindt het een derde methode om doorwerking van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorden te garanderen. Een 'safety net' noemt Prechal dat.²¹⁷ Het Hof van Justitie heeft in zijn *Brasserie*-arrest wel bepaald dat lidstaataansprakelijkheid niet beperkt is tot niet-rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht.²¹⁸

Lidstaataansprakelijkheid is om twee redenen een bijzonder doorwerkingsmechanisme: het is toevertrouwd aan de burger ('particuliere handhaving van gemeenschapsrecht') die alleen achteraf (na de schending van zijn rechten) schadevergoeding kan vorderen.²¹⁹ Met name ook vanuit procedureel opzicht is *Francovich* een mijlpaal. Formeel volgt het recht op schadevergoeding rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht. In de afwezigheid van gemeenschapsregeling is het aan de nationale rechtsorde een bevoegde rechter en procesrechtelijke bepalingen aan te wijzen. De staat moet de gevolgen van door hem veroorzaakte schade voor zijn rekening nemen in overeenstemming met het nationale aansprakelijkheidsrecht.²²⁰

214 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 36.

215 Craig & De Búrca 1998, p. 236.

216 Lord Lester 1994, p. 52.

217 Prechal 1995, p. 341. Zie ook Wolff 1999, p. 62-68; Wissink 2001, p. 341-343; HvJ 18 januari 2001, zaak 150/99, *Stockholm Lindöpark*, Jur. 2001, p. I-493, § 35. Vgl. Craig & De Búrca 2003, p. 271.

218 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 22.

219 Jans e.a. 2002, p. 367.

220 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 41-42.

In eerdere uitspraken had het Hof de procedurele autonomie van de lidstaten zeer benadrukt.²²¹ Het gemeenschapsrecht was niet zo verstrekkend dat het nieuwe *remedies* creëerde die naar nationaal recht niet voorhanden waren.²²² Het eerste *Factortame*-arrest van het Hof wekte echter de indruk dat het gemeenschapsrecht juist wél een nieuwe *remedy* creëerde: een *injunction* opdat een minister een (formeel)wettelijke regeling niet ten uitvoer zou leggen.²²³ Het *Francoovich*-arrest rekte het principe van de procedurele autonomie nog verder op.²²⁴ Het viel daarom de eer te beurt 'the most dramatic and distinctive of the Court's interventionist rulings' te worden genoemd.²²⁵

Lidstaataansprakelijkheid is een gemeenschapsrechtelijke *remedy*. Het Hof van Justitie bepaalt de materiële voorwaarden, maar de Luxemburgse invloed op procedurele aspecten is beperkt. Het is aan de lidstaat de gevolgen van de veroorzaakte schade in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht ongedaan maken. Deze voorwaarden mogen echter niet ongunstiger zijn dan die voor gelijksoortige nationale vorderingen. Bovendien mogen zij niet van dien aard zijn, dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.²²⁶ Dit geldt voor bepalingen omtrent het vaststellen van de omvang van de schadevergoedingsplicht²²⁷ met inbegrip van eigen schuld of de plicht tot schadebeperking,²²⁸ verjaring²²⁹ en het leveren van getuigenbewijs.²³⁰ Al kan het Hof een zaak naar zich toetrekken,²³¹ het is de nationale rechter die de voorwaarden toepast terwijl het Hof lidstaataansprakelijkheid als beginsel van communautair recht uitlegt.²³² De verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter is er één van interactie: het Hof van Justitie en de nationale rechters bouwen samen verder aan lidstaataansprakelijkheid.

Het Hof heeft zich ingespannen deze nieuwe ontwikkeling op het terrein van de *remedies* goed te onderbouwen. In de arresten over communautaire aansprakelijkheid is het Hof lang niet zo uitvoerig. Een verdragsbepaling

221 HvJ 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, Jur. 1976, p. 1989.

222 HvJ 7 juli 1981, zaak 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, Jur. 1981, p. 1805.

223 Zie § 5.2 en § 7.4.2.

224 Zie Craig & De Búrca 2003, p. 257 en Doughan 2000, p. 103.

225 Craig & De Búrca 2003, p. 257.

226 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 83.

227 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 87.

228 HvJ 8 maart 2001, zaken 397/98 en 410/98, *Metalgesellschaft*, Jur. 2001, p. I-1727, § 102-106.

229 HvJ 10 juli 1997, zaak 261/95, *Palmisani*, Jur. 1997, p. I-4025.

230 HvJ 3 februari 2000, zaak 228/98, *Dounias*, Jur. 2000, p. I-577, § 71.

231 Zie HvJ 26 maart 1996, zaak 392/93, *BT*, Jur. 1996, p. I-1613, HvJ 24 september 1998, zaak 365/98, *Brinkmann*, Jur. 2000, p. I-4619, § 26 en HvJ 28 juni 2001, zaak 118/00, *Larsy*, Jur. 2001, p. I-5063, § 40.

232 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 58; HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 44; HvJ 1 juni 1999, zaak 302/97, *Konle*, Jur. 1999, p. I-3099, § 58; HvJ 4 december 2003, zaak 63/01, *Evans*, Jur. 2003, p. I-14447, § 84-88.

legitimeert immers. Het *Francovich*-arrest verbindt lidstaataansprakelijkheid en effectieve werking van gemeenschapsrecht, maar uit het arrest in de gevoegde zaken *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame III* blijkt dat de grondslag van lidstaataansprakelijkheid niet puur en alleen ligt in de combinatie van effectieve werking van gemeenschapsrecht en gemeenschapstrouw.²³³ Het Hof van Justitie besliste in die zaken dat lidstaten ook aansprakelijk kunnen zijn voor het handelen van de hoogste nationale wetgever, een beslissing die het Hof van Justitie uitvoerig motiveerde. Dat was maar goed ook, want sommige lidstaten hebben om redenen van constitutioneel recht veel moeite met de mogelijkheid dat de staat aansprakelijk kan worden gehouden voor handelingen van de hoogste nationale wetgever. Het Hof van Justitie gaat terug naar de basis – artikel 220 EG – en zet een nieuwe (vooral aanvullende) redenering op. Het Hof verzekert de eerbiediging van het gemeenschapsrecht door een beroep te doen op de algemene beginselen van het communautaire rechtssysteem en eventueel op de algemene beginselen die de rechtssystemen van de lidstaten gemeenschappelijk hebben. Naar deze laatstgenoemde beginselen verwijst ook artikel 288(2) EG. Dit artikel is slechts een uitdrukking van het algemeen beginsel dat deel uitmaakt van de rechtssystemen van de lidstaten dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden. Het Hof wijst erop dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht in een groot aantal nationale rechtssystemen langs jurisprudentiële weg tot stand is gekomen.²³⁴

De *Factortame*-casus is bekend.²³⁵ De zaak was voor een derde keer naar Luxemburg gegaan. Dit maal werd een prejudiciële beslissing gevraagd over lidstaataansprakelijkheid voor daden van de hoogste wetgever, een kwestie die ook een Duitse rechter had opgeworpen. Franse bierbrouwers mochten hun product niet naar Duitsland exporteren, want het bier voldeed niet aan de eisen van het Duitse Reinheitsgebot, een regeling opgesteld door de primaire wetgever die naar het oordeel van het Hof in strijd was met het gemeenschapsrecht. Franse bierbrouwers vorderden daarop schadevergoeding van de Duitse staat.

De verwijzing naar ‘de algemene beginselen die de rechtssystemen van de lidstaten gemeen hebben’ heeft het er niet beter op gemaakt. Lidstaataansprakelijkheid voor een schending van gemeenschapsrecht door een daad van primaire wetgeving is niet het eerste waaraan men bij deze zinsnede zal denken. Wederom, zoals bij communautaire aansprakelijkheid, moet men kennelijk abstraheren en de kwestie bezien vanuit Luxemburgse perspectief. Lidstaataansprakelijkheid heeft een ander karakter dan staatsaansprakelijkheid naar nationaal recht. De staat die naar nationaal recht aansprakelijk wordt gesteld,

233 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029.

234 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 27-30.

235 Zie § 6.2.5.

is een soevereine staat. Binnen de Europese Unie heeft de lidstaat zijn soevereiniteit echter definitief begrensd. De ontwikkeling van staatsaansprakelijkheid kán niet als een patroon worden overgetekend voor een ontwerp voor lidstaataansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid wordt tot ontwikkeling gebracht lós van aansprakelijkheid van particulieren²³⁶ die bron van inspiratie, of zo men wil catalysator, is geweest voor de ontwikkeling van nationaal overheidsaansprakelijkheidsrecht.²³⁷

Lidstaataansprakelijkheid vloeit voort uit de algemene beginselen die de rechtstelsels van de lidstaten gemeen hebben én de doorwerking en voorrang van gemeenschapsrecht. Daarom behoren nationale immuniteiten niet tot de 'algemene beginselen' waarbij het Hof van Justitie aansluiting zoekt bij de ontwikkeling van dit leerstuk. Op ten minste drie punten kiest het Hof van Justitie een benadering die afwijkt van wat bekend is uit de geschiedenis van overheidsaansprakelijkheid in de lidstaten, althans van die van Engeland en Nederland.

Ten eerste staat het Hof niet principieel negatief tegenover lidstaataansprakelijkheid voor daden van primaire wetgeving. In het *Brasserie du Pêcheur*-arrest oordeelt het Hof dat het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht door een lidstaat, ongeacht het orgaan van de lidstaat dat verantwoordelijk is voor de handeling of het verzuim.²³⁸ Met het oog op de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, een fundamenteel vereiste van de communautaire rechtsorde, kan de schadevergoedingsverplichting niet afhankelijk zijn van nationale regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de constitutionele machten.²³⁹ Lidstaataansprakelijkheid houdt derhalve geen rekening met nationale concepten van machtscheiding.

Het Hof deelt de conclusie van Advocaat-Generaal Tesauro dat de staat in de internationale rechtsorde aansprakelijk is, ongeacht de vraag of die schending aan de wetgevende, de rechterlijke of aan de uitvoerende macht is toe te rekenen. Dit geldt volgens het Hof temeer in de communautaire rechtsorde, nu alle organen van de staat (de wetgever, de uitvoerende macht en de rechter) gebonden zijn aan

236 Zie A-G Van Gerven in diens conclusie bij HvJ 13 april 1994, zaak 128/92, *Banks*, [1994] 5 CMLR 30. Zie HvJ 20 september 2001, zaak 453/99, *Courage, Jur.* 2001, p. I-6297. Zie ook Craig & De Búrca 2003, p. 263.

237 Zie § 5.2-5.3.

238 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame, Jur.* 1996 p. I-1029, § 32.

239 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame, Jur.* 1996 p. I-1029, § 33.

de regels van gemeenschapsrecht die rechtstreeks voor particulieren werking kunnen hebben.²⁴⁰

Ten tweede erkent het Hof lidstaataansprakelijkheid voor daden van rechtspraak.²⁴¹ Het *Brasserie du Pêcheur/Factortame* bood daartoe al de ruimte.²⁴² In *Köbler* neemt het Hof van Justitie de laatste twijfel weg. In deze zaak antwoordt het Hof op een prejudiciële vraag van een Oostenrijks gerecht, dat daden van de nationale rechter in hoogste instantie onder stringente voorwaarden kunnen resulteren in het aannemen van een schadevergoedingsplicht.

De hoogste Oostenrijkse bestuursrechter had een prejudiciële vraag ingetrokken nadat het Hof in een andere zaak een uitspraak had gedaan die gunstig zou zijn voor Köbler. Niettemin verloor Köbler toch zijn zaak. Köbler stelt dat de bestuursrechter jegens hem in strijd met het gemeenschapsrecht heeft gehandeld.

Het Hof geeft zich rekenschap van alle bezwaren die tegen deze toepassing van lidstaataansprakelijkheid kunnen bestaan. Het belang van de doorwerking van gemeenschapsrecht geeft de doorslag:

“Gezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die particulieren aan communautaire voorschriften ontleen, 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.”²⁴³

Het Hof stelt vast dat toepassing van het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor rechterlijke beslissingen in de meeste lidstaten in de één of andere vorm is aanvaard, ook al zijn hieraan uiteenlopende beperkende voorwaarden verbonden.²⁴⁴ Deze toevoeging doet wellicht minder sterk aan, maar al lijkt

240 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 34. Van Gerven, Lever & Larousse (2000, p. 919) wijzen erop dat het Hof, wat betreft de vestiging van aansprakelijkheid, geen aansluiting heeft gezocht bij de jurisprudentie over artikel 226 EG.

241 Vgl. § 9.8 en § 12.7.

242 Zie Craig 1997b, p. 71-72; Toner 1997, p. 184; Van Roosmalen 2000, p. 63; Wissink 2001, p. 346-347.

243 HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 33.

244 HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 48.

ze vanuit het monistische Luxemburgs perspectief minder nodig te zijn, voor de acceptatie van deze rechtspraak is ze dat wel.²⁴⁵

Men kan betogen dat het in *Köbler* wel echt om een specifiek geval gaat. De staat kan volgens het Hof immers slechts aansprakelijk worden gehouden in het uitzonderlijke geval waarin de rechter in hoogste instantie het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden, rekening houdend met alle elementen die de aan hem voorgelegde situatie kenmerken.²⁴⁶ Na *Köbler* laat het Hof zich in twee arresten uit over lidstaataansprakelijkheid voor daden van rechtspraak. In *Kapferer* benadrukt het Hof dat het beginsel van kracht van gewijsde van rechterlijke uitspraken zo zwaarwegend is dat het gemeenschapsrecht niet noodt tot herziening van uitspraken die in strijd blijken te zijn met dit recht.²⁴⁷ Mogelijk is dit anders wanneer de nationale rechter naar nationaal recht bevoegd is op zijn beslissing terug te komen.²⁴⁸ In *Traghetti* oordeelt het Hof dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die algemeen uitsluit dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade toegebracht aan particulieren door een schending van gemeenschapsrecht door de hoogste nationale rechter bij de uitleg van rechtsvoorschriften of de beoordeling van feiten en bewijs.²⁴⁹ Het gemeenschapsrecht verzet zich blijkens dit arrest ook tegen een nationale wettelijke regeling die de mogelijkheid van deze aansprakelijkstelling beperkt tot de gevallen van handelen te kwader trouw of grove schuld, wanneer de beperking ertoe leidt dat de lidstaat niet aansprakelijk kan worden gesteld in andere gevallen waarin een kennelijke schending van het toepasselijke recht heeft plaatsgevonden.²⁵⁰

Ten derde geeft het Hof van Justitie rekenschap van een andere benadering dan die bekend is uit de geschiedenis van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in de lidstaten door bij lidstaataansprakelijkheid geen rekening te houden met noties van decentrale of functionele staatsinrichting.²⁵¹ Dat doet het evenmin bij rechtstreekse werking: alle nationale autoriteiten zijn verplicht voorrang te geven aan het gemeenschapsrecht.²⁵² Het Hof legt het begrip 'staat' in lidstaataansprakelijkheid niet alleen in horizontale, maar ook in verticale zin ruim uit door te bepalen dat niet alleen op de staat (nationaal niveau) de

245 Voor argumenten, ontleend waren aan de rechtsstelsels van de lidstaten, om de lat zeer hoog te leggen, zie Anagnostaras 2001 en Smits & Vallery 1997, p. 99.

246 Over de situaties waarin kan worden geconcludeerd tot lidstaataansprakelijkheid voor schending van het gemeenschapsrecht door de hoogste nationale rechter, zie onder meer Wissink & Meijer 2004, p. 98-99.

247 HvJ 16 maart 2006, zaak 234/04, *Kapferer*, AB 2006, 91 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

248 Zie § 23 van het *Kapferer*-arrest. Vgl. HvJ 13 januari 2004, zaak 453/00, *Kühne & Heitz*, NJ 2004, 125 m.nt. MRM.

249 HvJ 13 juni 2006, zaak 173/03, *Traghetti*, <<http://curia.europa.eu>>.

250 Zie HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 53-56.

251 Zie ook Widdershoven 2000.

252 HvJ 22 juni 1989, zaak 103/88, *Fratelli Constanzo*, Jur. 1989, p. 1839, § 31; HvJ 12 juli 1990, zaak 188/89, *Foster*, Jur. 1990, p. I-3313, § 20; HvJ 29 april 1999, zaak 224/97, *Ciola*, Jur. 1999, p. I-2517, § 24.

verplichting tot het betalen van schadevergoeding kan rusten, maar onder voorwaarden ook op andere (lagere) autoriteiten. De eerste voorwaarde houdt in dat effectuering van gemeenschapsrechten niet moeilijker mag zijn dan van rechten die particulieren aan het nationale recht ontleen. De tweede luidt dat bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten doeltreffend moet zijn.²⁵³

Dit geldt zowel voor federale staten²⁵⁴ als voor publiekrechtelijke en van de staat onafhankelijke lichamen in eenheidsstaten.²⁵⁵ In *Konle* oordeelde het Hof dat iedere lidstaat ervoor diende te zorgen dat de schade werd vergoed die was toegebracht aan particulieren door een schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht welk overheidsorgaan dit recht had geschonden en welk overheidsorgaan deze schade volgens het recht van de betrokken lidstaat behoorde te vergoeden. Op de verdeling van bevoegdheid en aansprakelijkheid tussen openbare lichamen kon een lidstaat zich niet beroepen.²⁵⁶

In het *Haim*-arrest heeft het Hof daarnaast bepaald dat een lidstaat zich evenmin kan beroepen op de omstandigheid dat het overheidslichaam dat het gemeenschapsrecht heeft geschonden niet over de nodige bevoegdheden, kennis of middelen beschikte.²⁵⁷ Tridimas beargumenteerde dat deze uitspraak zo ver reikt, dat het beginsel van effectiviteit in alle gevallen moet worden gerespecteerd, zelfs wanneer het nationale recht geen vergelijkbare mate van bescherming biedt in zaken zonder communautaire component.²⁵⁸ Naar de letter heeft dit deel van het arrest deze potentie.

De drie punten waarop het Hof van Justitie afwijkt van belangrijke lijnen van nationaal overheidsaansprakelijkheidsrecht, tonen aan dat lidstaataansprakelijkheid zo sterk is verweven met het beginsel van effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht, dat men de verwijzing van het Hof naar de ‘algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben’ kennelijk nóg abstracter op dient te vatten dan bij communautaire aansprakelijkheid ex artikel 288(2) EG. Daarom lijkt het niet zonder meer logisch dat het Hof in aan lidstaataansprakelijkheid dezelfde voorwaarden stelt als aan communautaire aansprakelijkheid.²⁵⁹ Kennelijk is voor de gemeenschapsrechter een vrije

253 HvJ 1 juni 1999, zaak 302/97, *Konle*, Jur. 1999, p. I-3099, § 63 en HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 30.

254 HvJ 1 juni 1999, zaak 302/97, *Konle*, Jur. 1999, p. I-3099, § 64.

255 HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 31. Zie ook Lengauer 2000, p. 187-188.

256 HvJ 1 juni 1999, zaak 302/97, *Konle*, Jur. 1999, p. I-3099, § 62-63. Zie ook HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 27, HvJ 28 juni 2001, zaak 118/00, *Larsy*, Jur. 2001, p. I-5063, § 35.

257 HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 28.

258 Tridimas 2001, p. 318.

259 Zie hiervoor, in § 6.3.3.

bevoegdheid van een instelling van dezelfde orde als een vrije bevoegdheid van een lidstaat. Dit is niet ongunstig voor de lidstaten, al is uiteindelijk de toepassing van de criteria beeldbepalend voor lidstaatstaataansprakelijkheid. De voorwaarden zijn van belang te kennen, om later lidstaatstaataansprakelijkheid af te kunnen zetten tegen overheidsaansprakelijkheid in de lidstaten, in dit geval in Engeland en Nederland.

In *Francovich* stelde het Hof de voorwaarden voor lidstaatstaataansprakelijkheid in negatieve zin afhankelijk van de aard van de schending van het gemeenschapsrecht.²⁶⁰ Voor aansprakelijkheid voor de niet-tijdige implementatie van een richtlijn golden drie cumulatieve vereisten: het voorgeschreven resultaat houdt de toekenning van rechten aan particulieren in, de inhoud van de rechten kan op basis van de bepalingen van de richtlijn worden vastgesteld en tussen de schending van de verplichting en de door de particulier geleden schade bestaat een causaal verband.²⁶¹ Het Hof ging niet mee met zijn Advocaat-Generaal die wel aansluiting zocht bij de voorwaarden voor communautaire aansprakelijkheid.²⁶²

Bij vrije beslissingen die nopen tot het maken van een belangenafweging, stelt het Hof in *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* de inmiddels bekende drie vereisten voor de vestiging van aansprakelijkheid.

De geschonden regel van gemeenschapsrecht strekt ertoe de particulier rechten toe te kennen, er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending en er bestaat een direct causaal verband tussen schending van de op de staat rustende verplichting en door benadeelde personen geleden schade.²⁶³

In de Engelse literatuur krijgt het arrest een positieve ontvangst omdat eruit zou volgen dat lidstaten niet sneller aansprakelijk zullen zijn dan de Gemeenschap zelf. Deards wijst erop dat de redenen die ten grondslag liggen aan de *Schöppenstedt*-formule eveneens van toepassing zijn bij lidstaatstaataansprakelijkheid, zoals overwegingen van financiële aard.²⁶⁴ Tegelijkertijd onderkent zij dat het moeilijk wordt voor verzoekers aan alle eisen voor het vestigen van aansprakelijkheid te kunnen voldoen. Anderen noemen de rechtspraak voor lidstaten streng.²⁶⁵

260 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 38.

261 HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, § 40.

262 A-G Mischo bij HvJ 19 november 1991, zaken 6 en 9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, p. 5395.

263 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 51-53. Zie ook § 8.5.

264 Deards 1997a, p. 133-134.

265 Zie Tridimas 2001 en Ward 2002, p. 55.

In *Dillenkofer* bevestigt het Hof dat deze voorwaarden ook van toepassing zijn beoordeling van aansprakelijkheid bij het niet-implementeren van een richtlijn. Van een breuk met *Francovich* is volgens het Hof geen sprake:

“In wezen zijn de in deze verschillende arresten gestelde voorwaarden dezelfde, nu de voorwaarde van een voldoende gekwalificeerde schending, hoewel zij in het arrest *Francovich* weliswaar niet werd vermeld, wel inherent was aan de omstandigheden van de zaak.”²⁶⁶

In een *Francovich*-geval draagt de nationale wetgever dezelfde pet als in een *Factortame*-situatie. Het betreft in beide gevallen maatregelen op een terrein waarop lidstaten bevoegdheden hebben overgedragen aan de Gemeenschap en waarop zij hun soevereiniteit definitief hebben begrensd. Ook bij administratieve handelingen, zoals vergunningverlening, zijn deze drie voorwaarden bepalend voor de vestiging van aansprakelijkheid. Dit is de uitkomst van *Hedley Lomas*.²⁶⁷

De Britse minister van landbouw wees een vergunningaanvraag voor de uitvoer van levende schapen naar Spanje af, omdat dit land volgens de minister in strijd met een richtlijn over de verdooving van slachtvee handelde. De minister had echter beschikt in strijd met een verdragsbepaling en zonder overigens over bewijs te beschikken dat het slachthuis (waarvoor de in de vergunningaanvraag bedoelde dieren waren bestemd) de richtlijn niet naleefde.

Inmiddels heeft het Hof de *Brasserie*-voorwaarden ook gesteld voor aansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door een rechter.²⁶⁸

Toepassing van de drie voorwaarden zal wel verschillen al naar gelang de aard van de schending van gemeenschapsrecht.²⁶⁹ Bij aansprakelijkheid voor daden van rechtspraak dient met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid rekening te worden gehouden.²⁷⁰

Bij de beoordeling van de tweede voorwaarde neemt het Hof in *Hedley Lomas* aan dat de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht kan volstaan voor een voldoende gekwalificeerde schending. In dit type situatie staat de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes en

266 HvJ 8 oktober 1996, zaken 178, 179 en 188-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845, § 23.

267 HvJ 23 mei 1996, zaak 5/94, *Hedley Lomas*, Jur. 1996, p. I-2553.

268 HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 51-52.

269 HvJ 8 oktober 1996, zaken 178, 179 en 188-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845, § 24 en HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 36.

270 HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239, § 53.

is er slechts sprake van een zeer beperkte (of zelfs in het geheel geen) beoordelingsmarge.²⁷¹

Het wezenlijke onderscheid voor de vraag of aan de tweede voorwaarde voor aansprakelijkheid al dan niet snel wordt voldaan, is niet dat tussen regelgevend of bestuurlijk handelen maar de aanwezigheid van een beoordelingsmarge. Van zeer groot belang is de mate van vrijheid die de lidstaat heeft – de beleidskeuzen die al dan niet moeten worden gemaakt. De vraag of een lidstaat een beoordelingsmarge heeft, is nadrukkelijk een kwestie van gemeenschapsrecht en niet van nationaal recht.²⁷² Een lidstaat zal er in een procedure veel aan gelegen zijn die beoordelingsmarge zoveel mogelijk op te kloppen, al is deze niet allesbepalend. Een lidstaat die te goeder trouw handelt, zal niet aansprakelijk zijn, ook al is zijn beoordelingsmarge zeer beperkt.²⁷³

In situaties waarin lidstaten over een zekere beoordelingsmarge beschikken die noodzaken tot het maken van een belangenafweging zijn voor vaststelling van een kennelijke en ernstige miskenning onder meer de volgende elementen van belang bij de beoordeling van de tweede voorwaarde: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de vraag of opzettelijk schade is veroorzaakt, de vraag naar de verschoonbaarheid van een eventuele rechtsdwaling en de mogelijke bijdrage aan het verzuim door een gemeenschapsinstelling.²⁷⁴ Indien het Hof van Justitie bij een eerder arrest al een schending van gemeenschapsrecht heeft vastgesteld, is dit op zichzelf al voldoende voor een gekwalificeerde schending.²⁷⁵ Schuld is geen zelfstandig vereiste²⁷⁶ – goede trouw redt niet altijd.²⁷⁷

In de literatuur is wel bepleit dat bij de beoordeling van lidstaataansprakelijkheid meer aansluiting dient te worden gezocht bij nationale stelsels van overheidsaansprakelijkheid en de technieken die daarin zijn ontwikkeld. Van Gerven bijvoorbeeld heeft naar geopperd dat bij wat hij noemt 'operational discretion' ('implementing or interpretative', anders dan 'legislative discretion') een gewone zorgvuldigheidsmaatstaf meer geschikt zou zijn:

271 HvJ 23 mei 1996, zaak 5/94, *Hedley Lomas*, Jur. 1996, p. I-2553, § 28.

272 HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 40.

273 HvJ 26 maart 1996, zaak 392/93, *BT*, Jur. 1996, p. I-1613; HvJ 17 oktober 1996, zaak 283/94, *Denkavit*, Jur. 1996, p. I-5085; HvJ 24 september 1998, zaak 365/98, *Brinkmann*, Jur. 2000, p. I-4619; HvJ 2 april 1998, zaak 127/95, *Norbrook*, Jur. 1998, p. I-1531.

274 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 55-56. Zie ook HvJ 28 juni 2001, zaak 118/00, *Larsy*, Jur. 2001, p. I-5063, § 39.

275 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 56-57. Zie ook HvJ 30 september 2003, zaak 224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. 10239, § 56.

276 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 79 en HvJ 4 juli 2000, zaak 424/97, *Haim*, Jur. 2000, p. I-5123, § 39.

277 HvJ 8 oktober 1996, zaken 178, 179 en 188-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845 en HvJ 18 januari 2001, zaak 150/99, *Stockholm Lindöpark*, Jur. 2001, p. I-493, § 40.

“the use of a more common standard would have been more appropriate, namely that of how ‘a normally (or reasonably) diligent authority would have acted under the circumstances’. That standard with which national courts are more familiar (than with the standard of ‘serious breach’) would have enabled those courts to take a more flexible attitude and to adapt the standard more easily and comprehensibly to ‘each type of situation’.”²⁷⁸

Het is echter de vraag in hoeverre deze gewone zorgvuldigheidstoets in de lidstaten op overeenkomstige wijze wordt geformuleerd en vooral toegepast.²⁷⁹ Om die reden is de ‘serious breach’-test als nieuwe test op zich geen ongelukkige keuze.

Uit het *Schmidberger*-arrest blijkt dat toepassing van het ‘serious breach’-criterium soms ook de toepassing van het criterium van de ‘redelijk handelende overheid’ met zich meebrengt, maar dan om vast te stellen óf er sprake is van een schending (sec).

In casu hadden Oostenrijkse autoriteiten stilzwijgend toestemming verleend aan een milieuvereniging om een samenkomst te organiseren op de Brenner-autoweg. Het verkeer lag dertig uur stil. Het besluit strookte in beginsel niet met de verplichtingen van de lidstaat die uit het EG-Verdrag voortvloeiden met betrekking tot het vrije verkeer van goederen dat een fundamentele rol speelde in het stelsel van de Gemeenschap.²⁸⁰ Het Hof kon echter instemmen met de gemaakte belangenafweging – vrij verkeer versus de doelstelling van de samenkomst – die de autoriteiten binnen hun beoordelingsmarge hadden gemaakt. Het Hof liep alle opties die de autoriteiten hadden na teneinde te kunnen concluderen dat de autoriteiten gelet op hun ruime beoordelingsbevoegdheid, redelijkerwijs tot dit oordeel hadden kunnen komen.²⁸¹ Daarom was het gemeenschapsrecht niet geschonden en de lidstaat niet aansprakelijk.

De tweede voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid mag het zicht op de twee overige niet ontnemen. Aan de eerste voorwaarde die bepaalt dat de geschonden rechtsregel ertoe dient te strekken aan particulieren rechten toe te kennen, geeft het Hof een ruime uitleg. In uiteenlopende situaties heeft het Hof geoordeeld dat aan de eerste voorwaarde is voldaan: variërend van richtlijnbeoordelingen op het gebied van geneesmiddelen voor de diergeneeskunde,²⁸² tabaksbelasting²⁸³ en pakketreizen,²⁸⁴ verordeningen op het ge-

278 Van Gerven 1998, p. 43-44. Zie ook Craig 1991, p. 81-82.

279 Zie het vervolg van deze studie.

280 HvJ 12 juni 2003, zaal 112/00, *Schmidberger/Oostenrijk*, Jur. 2003, p. I-5659, § 60-64.

281 HvJ 12 juni 2003, zaal 112/00, *Schmidberger/Oostenrijk*, Jur. 2003, p. I-5659, § 81-94.

282 HvJ 2 april 1998, zaak 127/95, *Norbrook*, Jur. 1998, p. I-1531.

283 HvJ 24 september 1998, zaak 365/98, *Brinkmann*, Jur. 2000, p. I-4619.

284 HvJ 8 oktober 1996, zaken 178, 179 en 188-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845 en HvJ 15 juni 1999, zaak 140/97, *Rechberger*, Jur. 1999, p. I-3499.

bied van sociale zekerheid²⁸⁵ tot diverse verdragsartikelen.²⁸⁶ Bij schending van taken die de overheid 'enkel in het algemeen belang' vervult, is geen sprake van een rechtsregel die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen.

In het *Paul*-arrest oordeelde het Hof dat de richtlijnen 94/19, 77/80, 89/299 en 89/646 (over depositogarantiestelsels) geen rechten verlenen aan de deposanten wier deposito's door gebrekkig toezicht van de bevoegde nationale autoriteiten niet-beschikbaar zijn, wanneer de schadeloosstelling van de deposanten waarin richtlijn 94/19 voorziet is gewaarborgd.²⁸⁷

De derde voorwaarde, het bestaan van een causaal verband, staat ter beoordeling van de nationale rechter.²⁸⁸ De bierbrouwerijen van *Brasserie du Pêcheur* bleven ondanks hun succes in Luxemburg uiteindelijk alsnog met lege handen achter, omdat zij struikelden over het derde vereiste.²⁸⁹ Het Hof van Justitie geeft weinig concrete aanwijzingen voor de toepassing van dit vereiste.²⁹⁰ Kennelijk ondervinden nationale rechters niet veel problemen die noden tot het uitlokken van prejudiciële beslissingen. Het causaliteitsvereiste omvat in ieder geval de eis van het *conditio sine qua non*: 'zonder deze schending zou geen schade zijn'.²⁹¹ In de zaken *Brinkmann* en *Rechberger* heeft het Hof zich wel uitgelaten over de toerekening van schade.

Denemarken had een richtlijn over belastingheffing voor tabaksfabrikaten niet omgezet. Dit feit zou op zichzelf genoeg zijn voor een voldoende gekwalificeerde schending.²⁹² Onderwijl pasten de Deense autoriteiten de relevante richtlijnbeoordelingen direct toe. Een direct causaal verband tussen deze schending van gemeenschapsrecht en de schade die *Brinkmann* stelde te hebben geleden, ontbrak daarom.²⁹³

In *Rechberger* had de Oostenrijkse rechter een prejudiciële vraag gesteld. Onzekerheid bestond over het bestaan van een direct causaal verband indien de lidstaat aan kon tonen dat onrechtmatige gedragingen van een derde of een uiterst ongewoon, onvoorzienbaar hoger risico de oorzaak (of een

285 HvJ 28 juni 2001, zaak 118/00, *Larsy*, Jur. 2001, p. I-5063.

286 Zie bijvoorbeeld HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029 en HvJ 8 maart 2001, zaken 397/98 en 410/98, *Metalgesellschaft*, Jur. 2001, p. I-1727. Zie ook Van Gerven, Lever & Larousse 2000, p. 929-930.

287 HvJ 12 oktober 2004, zaak 222/02, *Paul/Duitsland*, Jur. 2004, p. I-09425, § 50. Zie ook § 8.5.

288 HvJ 2 april 1998, zaak 127/95, *Norbrook*, Jur. 1998, p. I-1531, § 110.

289 Bundesgerichtshof 24 oktober 1996, [1997] 1 CMLR 971. Zie ook Deards 1997b.

290 HvJ 24 september 1998, zaak 365/98, *Brinkmann*, Jur. 2000, p. I-4619 en HvJ 15 juni 1999, zaak 140/97, *Rechberger*, Jur. 1999, p. I-3499.

291 Tridimas 2001, p. 310; Wissink 2001, p. 337-338; Jans e.a. 2002, p. 387.

292 HvJ 8 oktober 1996, zaken 178, 179 en 188-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845 en HvJ 17 oktober 1996, zaken 283, 291 en 292/94, *Denkavit*, Jur. 1996, p. I-5063.

293 HvJ 24 september 1998, zaak 365/98, *Brinkmann*, Jur. 2000, p. I-4619, § 29.

van de wezenlijke oorzaken) van de schade waren.²⁹⁴ In casu was een causaal verband gesteld tussen te late of onvolledige omzetting van een bepaling van een pakketreizenrichtlijn en schade voor de consument. Het Hof antwoordde dat de richtlijn de consument juist beoogt te beschermen tegen faillissement, ongeacht de oorzaken daarvan. Uitzonderlijke en onvoorziene gebeurtenissen en gedragingen van de reisorganisator doen in die omstandigheden geen afbreuk aan aansprakelijkheid van de lidstaat bij te late of onjuiste implementatie.²⁹⁵

De gelijkschakeling en vooral de toepassing van de voorwaarden voor lidstaaten- en communautaire aansprakelijkheid verdient het blijvend kritisch te worden benaderend. A-G Léger heeft eens opgemerkt dat gelijkschakeling alleen aanvaardbaar is wanneer zij zou leiden tot betere bescherming van de particulier. In zijn conclusie in de zaak *Hedley Lomas* plaatste hij kanttekeningen bij modellering van lidstaataansprakelijkheid naar regels die als onbevredigend worden ervaren, omdat zij te streng zouden zijn in het licht van het recht op een effectieve rechtsgang.²⁹⁶ Over de strengheid van de regels voor communautaire aansprakelijkheid verschillen echter de meningen. Craig en De Búrca bijvoorbeeld hebben beargumenteerd dat er goede gronden bestaan communautaire aansprakelijkheid binnen de perken te willen houden, want de grote zaken over communautaire aansprakelijkheid gaan over schade door maatregelen op het terrein van de landbouw, een beleidsterrein dat het maken van belangrijke en complexe beleidskeuzen impliceert en waarop het moeilijk is wetgeving tot stand te brengen. Daar tegenover staat een oude waarschuwing van Caranta:

“the Community has taken for itself immunities which used to belong to the State and has become the new King who can do no wrong.”²⁹⁷

Lidstaataansprakelijkheid dient de effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht. Bij communautaire aansprakelijkheid speelt deze doelstelling niet. Spelen nationale immuniteiten niet of slechts zeer beperkt bij lidstaataansprakelijkheid, tegen hun betekenis voor communautaire aansprakelijkheid bestaan op het eerste gezicht minder bezwaren, met name bij aansprakelijkheid voor rechtspraak. Toch is een parallel met immuniteiten voor handelen van de hoogste (nationale) wetgever is niet goed te trekken. De communautaire wetgever is niet soeverein en evenmin naar communautair-constitutioneel recht de eerst aangewezen de verdragen uit te leggen, want dat is het Hof van Justitie.

294 HvJ 15 juni 1999, zaak 140/97, *Rechberger*, Jur. 1999, p. I-3499, § 18.

295 HvJ 15 juni 1999, zaak 140/97, *Rechberger*, Jur. 1999, p. I-3499, § 74-75.

296 HvJ 23 mei 1996, zaak 5/94, *Hedley Lomas*, Jur. 1996, p. I-2553, p. 2588, § 143-145.

297 Caranta 1995, p. 725.

6.4 CONCLUSIE

Op ten minste drie manieren draagt het Europees perspectief bij aan de mogelijkheden de overheid aansprakelijk te stellen in Engeland en Nederland. Uit § 6.2. bleek dat het Europees perspectief zoals omlijnd in § 6.1 de constitutionele ontwikkelingen die randvoorwaarden zijn voor overheidsaansprakelijkheid beïnvloedt. In § 6.3 kwam naar voren dat het Europees perspectief rechtzoekenden nieuwe mogelijkheden biedt een rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van overheidshandelen en schadevergoeding te verkrijgen. Bovendien is genoemd dat het EVRM voorwaarden stelt aan de mogelijkheden die rechtzoekenden naar nationaal recht hebben. Deze zullen in het volgende deel van deze studie aan de orde komen.

Doorwerking en voorrang van het recht van de Raad van Europa geschiedt volgens het constitutionele recht van de lidstaten. De soevereiniteit van de staten die partij zijn bij het EVRM blijft ongemoeid. Deze staten hebben zich volkenrechtelijk gebonden bij al hun handelen de daarin vervatte fundamentele rechten en vrijheden te zullen respecteren. Het Verenigd Koninkrijk heeft een dualistisch stelsel. Sinds de inwerkingtreding van de Human Rights Act 1998 in het najaar van 2000 zijn de meeste in het EVRM (en de Protocolen) vervatte rechten inroepbaar in de nationale rechtsorde. *De iure* is parlementaire soevereiniteit intact. *De facto* is de positie van de rechter aanzienlijk versterkt. De nieuwe situatie benadert die waarin de wetgever slechts de staatsinstelling is die in geval van conflict het laatste woord heeft. In de Nederlandse grondwet is in de jaren vijftig van de vorige eeuw een stelsel van gematigd monisme opgenomen. Alle EVRM-rechten hebben directe werking en voorrang in het licht van de artikelen 93 en 94 Gw. De rechter kan met ieder verbindende verdragsbepalingen strijdige bepalingen afkomstig van de formele wetgever buiten toepassing laten. Hetgeen het EVRM verlangt van de rechter, heeft de positie van de rechter wel versterkt via het grondwettelijk fiat.

In baanbrekende rechtspraak leidde het Hof van Justitie uit de *spirit* van de verdragen een nieuwe rechtsorde af met rechten en plichten voor lidstaten en particulieren. Laatstgenoemden kunnen deze rechten inroepen voor de nationale rechter die het gemeenschapsrecht ook voorrang moet geven ongeacht diens positie in het (nationale) constitutionele bestel en niettegenstaande de status van een met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling van nationaal recht in de nationale rechtsorde. Lidstaten hebben volgens het Hof door hun toetreden tot de Gemeenschappen hun soevereiniteit permanent (definitief) begrensd. Het leeuwendeel van de arresten waarin het Hof deze lijn heeft uitgezet, was al gewezen op het moment van toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschappen. Toch is pas laat het besef doorgedrongen dat deze rechtspraak en de parlementaire soevereiniteit op zeer gespannen voet staan. Ze zijn niet te verenigen dan via ingewikkelde beschouwingen. In Nederland heeft het merendeel der schrijvers weinig problemen met de Luxemburgse monistische visie.

Wat het gemeenschapsrecht betreft kan men een onderscheid maken tussen werking, doorwerking en de voorrang. Gemeenschapsrecht heeft werking, doordat een lidstaat tot de Gemeenschappen is toegetreden. Toetreding geschiedt met inachtneming van bepalingen van nationaal constitutioneel recht, zoals de Britse ECA 1972 en het Nederlandse artikel 92 Gw. Doorwerking (d.w.z. inroepbaarheid voor de nationale rechter) en voorrang van gemeenschapsrecht vindt in de monistische Luxemburgse visie vanzelf plaats.

Het Europees perspectief is wat betreft de constitutionele randvoorwaarden voor overheidsaansprakelijkheid voor Engeland veelbetekenend. Parlementaire soevereiniteit is niet meer wat het geweest is – en dat is niet zonder betekenis voor de kern van het constitutioneel bestel en de belangrijkste constitutionele randvoorwaarde voor overheidsaansprakelijkheid. Dat wat de HRA 1998 hoegenaamd niet heeft kunnen doen door waakzaamheid van politici tijdens de parlementaire behandeling van die wet, heeft het gemeenschapsrecht reeds bewerkstelligd. De opbouw van de HRA 1998 ligt dichterbij een idee van machtscheiding dan bij het uitgangspunt van een onnipotent parlement. De monistische aanpak van het Hof van Justitie maakt een einde aan de immuniteit van de overheid voor daden van de hoogste, soevereine wetgever. *An Act of Parliament can do no wrong* geldt niet meer onverkort. Wat Nederland betreft is er weinig nieuws. Europa verstoort niet het evenwicht.

Het Europees perspectief biedt extra mogelijkheden de overheid aansprakelijk te stellen. In dit hoofdstuk zijn er drie aan de orde gesteld: ten eerste het verzoek aan het Europese Hof de staat te veroordelen tot betaling van schadevergoeding voor schending van EVRM-rechten, ten tweede de mogelijkheid bij het Hof van Justitie een gemeenschapsrechtelijke actie ex artikel 288 EG in te stellen teneinde de Gemeenschap aansprakelijk te stellen voor onrechtmatig handelen door haar instellingen (communautaire aansprakelijkheid) en ten derde de gemeenschapsrechtelijke actie tegen lidstaten voor schending van gemeenschapsrecht die rechtzoekenden in kunnen stellen bij de nationale rechter (lidstaataansprakelijkheid).

Het recht van de Raad van Europa geeft geen nieuwe grondslag voor overheidsaansprakelijkheid. Binnen de randvoorwaarden van de artikelen 6 en 13 EVRM hangt het van de nationale rechtssystemen af of rechtzoekenden een actie hebben om schending van hun EVRM-rechten aan een rechter voor te leggen. De criteria voor toekenning van schadevergoeding om billijkheidsredenen ex artikel 41 EVRM kunnen van invloed zijn op het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht. De constatering dat één of meer EVRM-rechten zijn geschonden geeft geen recht op schadevergoeding. In sommige gevallen vindt het Europese Hof dat het vaststellen van een schending op zich al voldoende genoegdoening is.

Binnen de Europese Unie zijn drie aansprakelijkheidsregimes van kracht. In dit hoofdstuk zijn communautaire aansprakelijkheid (van de Europese Gemeenschap) en lidstaataansprakelijkheid aan de orde geweest. De eerste aansprakelijkheid is rechtstreeks gebaseerd op het EG-verdrag, de tweede vloeit

voort uit de verdragen en betreft een beginsel van gemeenschapsrecht. De voorwaarden voor communautaire en lidstaataansprakelijkheid zijn gelijk-luidend. Sterker nog, ze verschillen niet al naar gelang het gaat om handelen van regelstellende of uitvoerende (of, met betrekking tot lidstaataansprakelijkheid, rechtsprekende) gaat. Dit onderscheid is wel van belang voor de toepassing van de voorwaarden. Onrechtmatigheid is altijd vereist – behalve bij schadevergoeding voor rechtmatig optreden van de instellingen. De schending van gemeenschapsrecht moet bestaan uit een kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen van de bevoegdheid die de instelling of lidstaat heeft. Praktisch is dit alleen vereist, al naar gelang de instelling of lidstaat beschikt over vrijheid en een beoordelingsmarge heeft waarbinnen tot een belangenafweging kan worden gekomen. Is dit niet of slechts zeer beperkt het geval, dan is enkele schending genoeg om aan het vereiste van onrechtmatigheid te voldoen. Zelfs dan kan de gemeenschaps- of nationale rechter nog een redelijkheidstoets uit moeten voeren, ter vaststelling van een schending, met kennelijk een (meer) formeel karakter. De actie ter verkrijging van schadevergoeding is zelfstandig, los staand van een eventueel beroep tot vernietiging van een beschikking.

Lidstaataansprakelijkheid is zeer nauw verbonden met het beginsel van volle (of: effectieve) doorwerking van gemeenschapsrecht. Om die reden is het niet onlogisch dat immuniteiten die de staat naar nationaal recht geniet, geen toepassing vinden bij aansprakelijkheid van de staat voor schending van gemeenschapsrecht. Voor communautaire aansprakelijkheid is naar haar aard de doorwerking van gemeenschapsrecht veel minder een doelstelling. De instellingen verrichten wel en steeds meer handelingen die ingrijpen in het leven en werk van de miljoenen particulieren die rechtssubject zijn in de nieuwe rechtsorde die het EG-verdrag in het leven heeft geroepen. Wat betreft dit aspect van gemeenschapsrechtelijke aansprakelijkheid is de rechtsstaatsgedachte (en vooral het legaliteitsprincipe) een constitutionele randvoorwaarde voor aansprakelijkheid. Wel kan men zeggen: *The court can do no wrong*. De in het nationale recht gevormde immuniteiten hebben verder geen equivalent in de het gemeenschapsrecht, ook niet in de context van communautaire aansprakelijkheid. Men zou kunnen menen dat de Gemeenschap daar wel aanspraak op kan maken, als supra-nationaal lidstatelijk verband. Dit verband is, hoe dan ook, zo bijzonder en niet gelijkend op een nationale staat, dat die parallel van de hand moet worden gewezen.

