CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 28 mei 1991 *

Inhoudsopgave

Inleiding ..... I - 5371

De eerste vraag ..... I - 5372

I — De rechtstreekse werking van richtlijn 80/987 ..... I - 5372

A — De identiteit van de door de richtlijn beschermde personen ..... I - 5373

B — De omvang van de rechten ..... I - 5374

C — De identiteit van het orgaan dat de rechten moet verzekeren ..... I - 5377

II — De vergoeding van de schade die particulieren lijden ingevolge de niet-omzetting van richtlijn 80/987 in nationaal recht ..... I - 5378

A — Samenvatting ..... I - 5379

B — Gedetailleerde uiteenzetting van de redenering ..... I - 5380

De rechtspraak van het Hof met betrekking tot bepalingen die rechtstreeks toepasselijk zijn dan wel rechtstreekse werking hebben ..... I - 5381

De arresten Factortame I en Zuckerfabrik ..... I - 5388

De aansprakelijkheid van de staat in geval van bepalingen zonder rechtstreekse werking ..... I - 5390

De formele en materiële voorwaarden voor een aansprakelijkheidsactie ..... I - 5395

De mogelijke gevolgen van een arrest in de voorgestelde zin ..... I - 5399

De tweede en de derde vraag ..... I - 5401

Conclusie ..... I - 5402

* Oorspronkelijke taal: Frans.

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Inleiding

1. Zelden heeft het Hof een zaak voorgelegd gekregen waarin de negatieve gevolgen van de niet-omzetting van een richtlijn voor de betrokken particulieren zo schokkend waren als thans het geval is. Tegelijkertijd is de situatie ook uit juridisch oogpunt verre van eenvoudig. Het Hof wordt immers primair verzocht zich uit te spreken over de eventuele rechtstreekse werking van een richtlijn met buitengewoon ingewikkelde bepalingen. Subsidiair moet het zich bezighouden met de hele problematiek van de aansprakelijkheid van de Lid-Staten voor niet-omzetting van een richtlijn, ja zelfs meer in het algemeen voor niet-nakoming van het gemeenschapsrecht.

2. Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB 1980, L 283, blz. 23) bepaalt, dat „de Lid-Staten (...) de nodige maatregelen (treffen) opdat [door hen in te stellen of aan te wijzen] waarborgfondsen (...) de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op het loon over de vóór een bepaalde datum vallende periode" (artikel 3, lid 1). De richtlijn laat de Lid-Staten de keuze tussen drie data, die gekoppeld zijn aan het intreden van de insolventie of de beëindiging van de arbeidsverhouding. De Lid-Staten zijn bovendien bevoegd de betalingsverplichting van de waarborgfondsen te beperken.

3. In een arrest van 2 februari 1989 (zaak 22/87, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 143) stelde het Hof vast, dat Italië, door bovengenoemde richtlijn niet binnen de gestelde termijn — dat wil zeggen uiterlijk op 23 oktober 1983 — in nationaal recht om te zetten, de krachtens het EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet was nagekomen. Die omzetting lijkt overigens nog altijd niet te hebben plaatsgevonden.

4. Aan het hoofdgeding liggen de volgende feiten ten grondslag.

A. Francovich, verzoeker in het hoofdgeding in zaak C-6/90, was van 11 januari 1983 tot 7 april 1984 in dienst geweest van de onderneming CDN Elettronica SnC te Vicenza, doch had slechts nu en dan voorschotten op zijn loon ontvangen. Derhalve stelde hij beroep in bij de Pretura, die de gedaagde onderneming veroordeelde tot betaling van een bedrag van ongeveer 6 miljoen LIT. Daar Francovich dat bedrag niet op de onderneming kon verhalen, sprak hij de Italiaanse staat aan tot voldoening van de in richtlijn 80/987 bedoelde waarborgen en, subsidiair, tot schadevergoeding.

D. Bonifaci en 33 andere werkneemsters van de op 5 april 1985 failliet verklaarde onderneming Gaia Confezioni Srl, verzoeksters in het hoofdgeding in zaak C-9/90, hadden een schuldvordering van ruim 253 miljoen LIT, die in het passief van de onderneming was opgenomen. Meer dan vier jaar na de faillietverklaring hadden zij nog niets ontvangen en van de curator van het faillissement hadden zij te horen gekregen, dat het volstrekt onwaarschijnlijk was dat zij ook maar een deel van hun schuldvordering betaald zouden krijgen. Daarop wendden zij zich tot de rechter met de vordering dat de Italiaanse Republiek, gelet op de op haar rustende verplichting om toepassing te geven aan richtlijn 80/987, zou worden veroordeeld tot betaling aan verzoeksters van de hun wegens achterstallig loon verschuldigde bedragen, in ieder geval over de

laatste drie maanden, althans tot schadevergoeding.

De Pretura circondariale di Vicenza (zaak C-6/90) en de Pretura circondariale di Bassano del Grappa (zaak C-9/90) stellen het Hof drie — in beide zaken gelijkluidende — prejudiciële vragen. Ik geef het Hof in overweging, ze stuk voor stuk te behandelen.

De eerste vraag

5. De eerste vraag luidt als volgt:

„Kan een particulier die schade heeft geleden als gevolg van het feit dat de staat richtlijn 80/987 niet heeft uitgevoerd en voor die niet-uitvoering door het Hof is veroordeeld, krachtens het geldende gemeenschapsrecht de inachtneming vorderen van de voldoende nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen van die richtlijn, door die gemeenschapsregeling rechtstreeks in te roepen jegens de niet-nakomende staat om de waarborgen te verkrijgen waarvoor die staat had moeten zorgen, en kan hij in ieder geval vergoeding vorderen van de schade die hij heeft geleden met betrekking tot de bepalingen die dit voorrecht niet genieten?"

6. Met deze vraag werpen de verwijzende rechters duidelijk twee verschillende problemen op, die goed van elkaar moeten worden onderscheiden, te weten:

— heeft richtlijn 80/987 rechtstreekse werking, zodat particulieren zich erop kunnen beroepen?

— zo neen, kunnen particulieren dan schadevergoeding vorderen van de staat die heeft verzuimd de richtlijn binnen de gestelde termijn naar behoren om te zetten?

I — *De rechtstreekse werking van richtlijn 80/987*

7. In het arrest Busseni[1] heeft het Hof de essentie van zijn rechtspraak inzake de rechtstreekse werking van richtlijnen als volgt weergegeven:

„Volgens de rechtspraak van het Hof zou in gevallen waarin het gemeenschapsgezag de Lid-Staten bij richtlijn heeft verplicht een bepaalde gedragslijn te volgen, het nuttig effect van een dergelijke handeling worden verzwakt wanneer de justitiabelen en de nationale rechterlijke instanties ze niet zouden mogen beschouwen als een element van het gemeenschapsrecht. Mitsdien kan de Lid-Staat die de in een richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen, het feit dat hij zijn uit die richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, niet aan de particulieren tegenwerpen. Wanneer dus de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig blijken te zijn en uitvoeringsmaatregelen niet tijdig zijn getroffen, kan op die bepalingen een beroep worden gedaan tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is. Hetzelfde geldt, wanneer die bepalingen rechten vastleggen die de particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden (zie met name het arrest van 19 januari 1982, zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53)."

1 — Arrest van 22 februari 1990, zaak C-221/88, Jurispr. 1990, blz. I-495, r. o. 22.

8. Wil een werknemer de rechten die richtlijn 80/987 in het leven beoogt te roepen, al vóór de omzetting van de richtlijn kunnen inroepen, dan moeten de bepalingen die betrekking hebben op

— de identiteit van de door de richtlijn beschermde personen;

— de omvang van de rechten;

— de identiteit van het orgaan dat die rechten moet verzekeren,

onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.

A — *De identiteit van de door de richtlijn beschermde personen*

9. Uit een combinatie van verscheidene bepalingen van de richtlijn kan worden opgemaakt, welke werknemers de richtlijn beoogt te beschermen.

Zo bepaalt artikel 1, lid 1:

„Deze richtlijn is van toepassing op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover werkgevers die in staat van insolventie in de zin van artikel 2, lid 1, verkeren."

Artikel 2, lid 2, verwijst voor de definitie van de begrippen „werknemer" en „werkgever" naar het nationale recht, hetgeen het Hof overigens heeft bevestigd in de rechtsoverwegingen 17, 18 en 19 van zijn arrest in zaak 22/87 (reeds aangehaald).

10. Volgens artikel 1, lid 2, kunnen de Lid-Staten bij wijze van uitzondering de aanspraken van bepaalde categorieën werknemers van de werkingssfeer van de richtlijn uitsluiten. Volgens punt II. C van de bijlage bij de richtlijn zijn dit voor Italië

— werknemers die recht hebben op uitkeringen uit hoofde van de vigerende wetgeving op het gebied van de inkomensgarantie in geval van een economische crisis van de onderneming;

— de bemanning van zeeschepen.

In het arrest Commissie/Italië (zaak 22/87, reeds aangehaald) heeft het Hof reeds gepreciseerd, dat onder de eerste categorie uitsluitend werknemers vallen die de betrokken uitkeringen daadwerkelijk ontvangen.

Formeel gezien verleent de betrokken bepaling de Lid-Staten alleen een bevoegdheid, maar met name in het licht van hetgeen in het kader van zaak 22/87 is betoogd, kan worden verdedigd, dat de omstandigheid dat in de bijlage bij de richtlijn voor Italië die twee welomschreven categorieën werknemers worden genoemd, wijst op de vaste wil om die categorieën uit te sluiten. De nationale rechter behoeft dus enkel na te gaan, of verzoekers al dan niet tot een van die twee categorieën moeten worden gerekend.

11. Aangaande de twijfels die de Italiaanse regering en de Commissie tot uitdrukking hebben gebracht met betrekking tot de vraag of de richtlijn wel door Francovich kan worden ingeroepen, nu niet duidelijk is of diens voormalige werkgever formeel in staat van insolventie verkeert, wijs ik erop

dat artikel 2, lid 2, het begrip „staat van insolventie" zeer duidelijk omschrijft. Het is aan de nationale rechter om na te gaan, of in casu aan die voorwaarde is voldaan.

12. Uit al het voorgaande volgt, dat de bepalingen van de richtlijn waarin de voor bescherming in aanmerking komende werknemers worden omschreven, onvoorwaardelijk zijn en voldoende nauwkeurig om de nationale rechter in staat te stellen te bepalen, of zij op een bepaalde persoon kunnen worden toegepast.

B — *De omvang van de rechten*

13. Volgens artikel 3 van de richtlijn dienen de waarborgfondsen de onvervulde aanspraken van de werknemers te honoreren die betrekking hebben op het loon over de vóór een bepaalde datum vallende periode. Die datum is naar keuze van de Lid-Staten

„— hetzij die van het intreden van de insolventie van de werkgever,

— hetzij die van de aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever,

— hetzij die van het intreden van de insolventie van de werkgever of die van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever".

14. Men kan dus niet weten welke van deze drie oplossingen de Italiaanse instanties zouden hebben gekozen, zo zij de richtlijn hadden omgezet. Men zou dan ook geneigd kunnen zijn te concluderen, dat de betrokken bepaling niet onvoorwaardelijk is, daar elk van de Lid-Staten een keuze heeft te maken.

15. Volgens verzoekers in het hoofdgeding en de Commissie moet hieraan echter niet al te veel gewicht worden toegekend; waar het om gaat, is dat de Italiaanse instanties van de drie mogelijkheden in elk geval die hadden moeten kiezen welke voor het waarborgfonds de minst zware betalingsverplichting meebrengt.

Verzoekers nu zijn van mening, dat waar de datum van het „intreden van de insolventie" logischerwijs vóór die van de „aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever" en vóór die van „de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever" ligt, aan de hand van eerstgenoemde datum het aan de werknemer te waarborgen minimum (de „minimumwaarborg") kan worden bepaald. In het eerste geval bestrijken de aanspraken van de werknemer immers een kortere periode dan in de twee andere gevallen.

16. De richtlijn bevat echter nog meer bepalingen op basis waarvan de Lid-Staten de aan de werknemers geboden garanties mogen verminderen.

Zo zijn zij luidens artikel 4, lid 1, bevoegd

„de in artikel 3 bedoelde betalingsverplichting van de waarborgfondsen te beperken"

volgens de modaliteiten van artikel 4, lid 2. Heeft de Lid-Staat de eerste mogelijkheid — die ik hierboven als minimumwaarborg heb gekwalificeerd — gekozen en gebruik gemaakt van de bevoegdheid de betalingsverplichting van het waarborgfonds te beperken, dan dient dit fonds de onvervulde aanspraken te honoreren die betrekking hebben op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding binnen een periode van zes maanden vóór de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever.

17. In de tweede plaats kunnen de Lid-Staten ingevolge artikel 4, lid 3,

„ten einde te voorkomen dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van deze richtlijn, een plafond vaststellen voor de waarborg voor het honoreren van onvervulde aanspraken van de werknemers".

18. Artikel 10 ten slotte verleent de Lid-Staten de bevoegdheid om de nodige maatregelen te nemen met het oog op het voorkomen van misbruiken, en om de verplichting tot honorering van aanspraken te weigeren of te beperken wegens het bestaan van speciale banden tussen werkgever en werknemer en van gemeenschappelijke belangen die hun beslag hebben gekregen in bedrieglijke samenheuling.

19. De Commissie beklemtoont, dat het bij al deze bepalingen slechts gaat om aan de Lid-Staten verleende bevoegdheden en dat het onverenigbaar lijkt te zijn met de idee van de rechtstreekse werking van richtlijnen, dat wanneer een richtlijn de aan de particulieren toegekende rechten nauwkeurig omschrijft, de Lid-Staat zich op zijn eigen nalatigheid kan beroepen met het argument, dat zo hij de richtlijn wél had omgezet, hij het volste recht zou hebben gehad de rechten van de particulieren in te perken.

20. Wat te denken van deze redenering ? Allereerst moet worden vastgesteld, dat de Commissie niets zegt over de tweede door het Hof gestelde voorwaarde, volgens welke de ingeroepen bepalingen een onvoorwaardelijk karakter moeten hebben. Nu we hier te maken hebben met bepalingen die zowel een regel bevatten als verscheidene mogelijkheden om de draagwijdte van die regel te beperken, is het de vraag of het wel geoorloofd is die regel los te zien van de rest en hem een nauwkeurig en onvoorwaardelijk karakter toe te dichten. Of bedoelt de Commissie soms te zeggen, dat het beginsel dat een Lid-Staat zich niet op zijn eigen nalatigheid mag beroepen, tot gevolg zou hebben dat een regel die de Lid-Staten uitdrukkelijk een ruime beoordelingsmarge laat, „*inhoudelijk gezien* onvoorwaardelijk" wordt ? Ik zou een dergelijke redenering niet willen aanvaarden.

21. Tot staving van hun stelling beroepen verzoekers in het hoofdgeding zich op het arrest Marshall, terwijl de Commissie naar de arresten Becker en McDermott en Cotter verwijst.

In rechtsoverweging 55 van het arrest Marshall [2] stelde het Hof nu juist vast, dat

2 — Arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, Jurispr. 1986, blz. 723.

„artikel 5 van richtlijn 76/207 de Lid-Staten *niet de bevoegdheid geeft* om de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in zijn eigen gebied *aan voorwaarden te verbinden of te beperken*".

In rechtsoverweging 39 van het arrest Becker[3] was het Hof reeds tot een soortgelijke conclusie gekomen.

Het staat echter vast, dat artikel 4 van de thans in geding zijnde richtlijn de Lid-Staten wel degelijk het recht verleent de betalingsverplichting van de waarborgfondsen te beperken.

22. In rechtsoverweging 15 van het door de Commissie aangehaalde arrest McDermott en Cotter[4] staat te lezen, dat

„men het feit dat de richtlijnen de keuze van vorm en middelen ter bereiking van het beoogde resultaat vrijlaten, niet kan aanvoeren om iedere werking te ontzeggen aan die bepalingen ervan die zich ertoe lenen in rechte te worden ingeroepen".

In het arrest McDermott en Cotter stelde het Hof in wezen vast, dat gelijke behandeling van mannen en vrouwen op twee manieren kon worden bereikt: ófwel het niveau van de aan vrouwen toegekende sociale uitkeringen moest worden opgetrokken tot dat van de aan mannen toegekende uitkeringen, ófwel het niveau van laatstgenoemde uitkeringen moest worden verlaagd.

Waar Ierland de richtlijn niet in nationaal recht had omgezet en dus de betrokken keuze niet had gemaakt, moest volgens het Hof de eerste oplossing worden toegepast. Maar het uiteindelijk te bereiken resultaat, dat wil zeggen gelijke behandeling, was in de richtlijn duidelijk en onvoorwaardelijk voorgeschreven.

23. In het onderhavige geval daarentegen bevinden wij ons nog in de fase waarin moet worden vastgesteld of de bepalingen van de richtlijn waarin de rechten van de particulieren worden omschreven, voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn om in rechte te kunnen worden ingeroepen. Het gaat hierbij niet om de keuze van vorm en middelen ter bereiking van het voorgeschreven resultaat, doch voor een groot deel om de omschrijving van het resultaat zelf.

In zijn arrest van 12 december 1990[5] verklaarde het Hof, dat

„een bepaling onvoorwaardelijk is wanneer zij de Lid-Staten geen enkele beoordelingsmarge laat".

Mocht men ondanks dit arrest de door verzoekers en de Commissie gesuggereerde weg willen volgen en uit de bepalingen van de richtlijn een „minimumverplichting" willen afleiden (wat op zich een interessant idee is), waaraan de Lid-Staten hoe dan ook moeten voldoen, dan moet derhalve niettemin rekening worden gehouden met de bij artikel 4, lid 2, verleende bevoegdheid.

24. Maar zelfs het vaststellen van een dergelijke minimumverplichting is niet mogelijk, omdat hiermee zou worden voorbijgegaan aan de uiterst ruime beoordelingsmarge die artikel 4, lid 3, de Lid-Staten laat (vaststelling van een plafond ten einde

3 — Arrest van 19 januari 1982, zaak 8/81, Jurispr. 1982, blz. 53.

4 — Arrest van 24 maart 1987, zaak 286/85, Jurispr. 1987, blz. 1453.

5 — Gevoegde zaken C-100/89 en C-101/89, Kaefer en Procacci, Jurispr. 1990, blz. I-4647.

te vermijden dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van de richtlijn). Ik acht het dan ook onmogelijk een dergelijke „minimumverplichting" uit de bepalingen van de richtlijn af te leiden.

25. Wat daarentegen artikel 10 van de richtlijn betreft, kan ik mij vinden in het argument dat de Commissie aan rechtsoverweging 32 van het arrest Becker onleent. Het ging in die zaak om de uitlegging van de draagwijdte van artikel 13 B, sub d-1, van de Zesde BTW-richtlijn, volgens hetwelk

„de Lid-Staten vrijstelling verlenen voor de onderstaande handelingen, onder de voorwaarden die zij vaststellen om een juiste en eenvoudige toepassing van de betreffende vrijstellingen te verzekeren en alle fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen: (...) d) de volgende handelingen: 1. verlening van kredieten en bemiddeling inzake kredieten".

Het Hof stelde vast, dat de in deze bepaling genoemde „voorwaarden"

„generlei betrekking hebben op de *materiële omschrijving* van de voorziene vrijstelling" (r. o. 32).

Ook van artikel 10 van richtlijn 80/987 kan worden gezegd, dat het met name tot doel heeft fraude en misbruik te voorkomen.

26. Wat hiervan ook zij, de ruime beoordelingsmarge die artikel 4 de Lid-Staten laat, rechtvaardigt niet de conclusie, dat de bepalingen van de richtlijn waarin de omvang van de rechten van de door de richtlijn beschermde personen is vastgelegd, onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.

C — *De identiteit van het orgaan dat de rechten moet verzekeren*

27. Laten wij eerst eens kijken wat de richtlijn hierover zegt. Artikel 3 bepaalt:

„De Lid-Staten *treffen de nodige maatregelen* opdat waarborgfondsen (...) de onvervulde aanspraken (...) honoreren (...)"

En artikel 5:

„De Lid-Staten *stellen de nadere regels vast* voor de *organisatie*, de *financiering* en de *werking* van de waarborgfondsen en nemen daarbij met name de volgende beginselen in acht:

a) het vermogen van de fondsen moet gescheiden zijn van het bedrijfskapitaal van de werkgevers en dient zodanig te zijn gevormd dat het niet vatbaar is voor beslag bij een procedure wegens insolventie;

b) de werkgevers moeten in de financiering bijdragen, tenzij de overheid voor de volledige financiering zorgt;

c) de verplichting om aanspraken te honoreren rust op het fonds, ongeacht of de verplichtingen om bij te dragen tot de financiering werden nagekomen."

28. Blijkens deze bepalingen is de concrete toepassing van de richtlijn in elk geval afhankelijk van twee voorwaarden, te weten:

— de oprichting van een waarborgfonds of de aanwijzing van een instantie als orgaan dat de in de richtlijn voorziene uitkeringen verschuldigd is;

— de vaststelling van de wijze waarop het waarborgfonds wordt gefinancierd, en met name van de rol die de staat in dezen op zich wenst te nemen.

29. De Commissie, die bijzonder diep op dit probleem is ingegaan, ontkent niet, dat de staat al die maatregelen heeft te nemen, doch zij verbindt hieraan niet de conclusie dat de bepalingen van de richtlijn zonder die maatregelen niet van toepassing zijn.

Mits maar kan worden aangetoond, aldus de Commissie, dat de financiële verantwoordelijkheid voor de in de richtlijn voorziene uitkeringen uiteindelijk bij de staat rust, kunnen de waarborgfondsen op één lijn worden gesteld met de staat. Derhalve zou de nationale rechter de staat kunnen veroordelen tot betaling van de door de richtlijn geboden minimumwaarborgen.

Dat de waarborgfondsen op één lijn kunnen worden gesteld met de staat, vloeit volgens de Commissie voort uit artikel 5, sub b, van de richtlijn, volgens hetwelk de werkgevers in de financiering van de waarborgfondsen moeten bijdragen, tenzij de overheid voor de volledige financiering zorgt. De richtlijn biedt dus de — alternatieve — mogelijkheid, dat de waarborgfondsen volledig door de Lid-Staat worden gefinancierd.

Welnu, zo vervolgt de Commissie, wanneer de richtlijn aldus mag worden toegepast, dat de financiële verantwoordelijkheid voor de betrokken uitkeringen uiteindelijk bij de staat ligt, dan kan deze laatste zich niet aan die verantwoordelijkheid onttrekken met het argument, dat zo hij de verplichting tot toepassing van de richtlijn was nagekomen, hij de financiële verplichtingen gedeeltelijk of misschien wel volledig op anderen had kunnen afwentelen.

30. Deze redenering lijkt mij echter niet overtuigend. Het is immers van tweeën één: ófwel de financiering van de waarborgfondsen door de werkgevers is de regel en de financiering door de overheid het alternatief, in welk geval de Commissie niet staande kan houden, dat — in tegenstelling tot hetgeen zij met betrekking tot de artikelen 3 en 4 heeft gezegd — ofschoon de staat niet voor het alternatief heeft geopteerd, dit toch moet worden toegepast; ófwel de Lid-Staat moet een keuze maken met betrekking tot de wijze van financiering van de waarborgfondsen, in welk geval de betrokken bepaling niet onvoorwaardelijk is. Mijns inziens is de laatste hypothese de juiste. De vraag of het waarborgfonds al dan niet op één lijn kan worden gesteld met de staat, is afhankelijk van een besluit dat die staat tevoren moet hebben genomen.

31. Ik geef dan ook in overweging het eerste onderdeel van de eerste vraag aldus te beantwoorden, dat de bepalingen van richtlijn 80/987 onvoldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn om rechten in het leven te kunnen roepen die particulieren in rechte kunnen doen gelden.

II — *De vergoeding van de schade die particulieren lijden ingevolge de niet-omzetting van richtlijn 80/987 in nationaal recht*

32. Het tweede onderdeel van de eerste vraag van de twee verwijzende rechters

heeft uitdrukkelijk betrekking op het geval dat de relevante bepalingen van de richtlijn onvoldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn om rechtstreeks voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen. Het gaat erom, of in een dergelijk geval de particulier die door de niet-uitvoering van de richtlijn door een Lid-Staat is benadeeld, vergoeding kan vorderen van de schade die hij hierdoor eventueel heeft geleden.

33. Aangezien dit vraagstuk nogal complex is en niet in enkele woorden kan worden afgedaan, geef ik om te beginnen een samenvatting van de conclusies waartoe ik ben gekomen, om vervolgens een gedetailleerde uiteenzetting te geven van de door mij gevolgde redenering, die grotendeels gebaseerd is op de rechtspraak van het Hof.

A — *Samenvatting*

1. Weliswaar is het bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht in beginsel een aangelegenheid van de rechtsorde van elke Lid-Staat om het processuele kader vast te stellen dat de volle werking van het gemeenschapsrecht mogelijk maakt, maar deze bevoegdheid vindt een zekere begrenzing in de krachtens het gemeenschapsrecht op de Lid-Staten rustende verplichting om die werking te verzekeren.

2. Dit geldt niet alleen voor de rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht, maar voor alle bepalingen die particulieren rechten beogen te verlenen. Het ontbreken van rechtsreekse werking betekent immers niet, dat het gemeenschapsrecht geen rechten voor particulieren in het leven wil roepen, doch enkel, dat die rechten onvoldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn om zonder meer te worden ingeroepen en toegepast.

3. Wanneer een Lid-Staat een richtlijn niet dan wel op onjuiste wijze in nationaal recht omzet, ontneemt hij het gemeenschapsrecht de beoogde werking. Tegelijkertijd maakt hij inbreuk op de artikelen 5 en 189, derde alinea, EEG-Verdrag, die het dwingende karakter van de richtlijn bevestigen en de Lid-Staat verplichten alle voor de uitvoering van de richtlijn noodzakelijke maatregelen te treffen.

4. Heeft het Hof in het kader van een procedure krachtens de artikelen 169 tot en met 171 EEG-Verdrag vastgesteld, dat de Lid-Staat die verplichting niet is nagekomen, dan is de Lid-Staat ingevolge het aan het betrokken arrest toekomende gezag van gewijsde en ingevolge artikel 171 EEG-Verdrag gehouden, alle passende maatregelen te nemen om het verzuim op te heffen en alsnog de beoogde werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren, zonder dat hij daaraan ongeacht welke belemmering in de weg kan leggen. Uit dien hoofde kan hij ook worden verplicht tot vergoeding van de schade die particulieren ten gevolge van zijn onwettig gedrag hebben geleden.

5. Ingevolge het gemeenschapsrecht moet de Lid-Staat in elk geval aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer is voldaan aan de voorwaarden die zouden leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens schending van het gemeenschapsrecht door een van haar instellingen. Ingeval van een richtlijn, die door middel van een normatieve handeling had moeten worden omgezet, volstaat het derhalve, dat de relevante bepalingen ervan de belangen van particulieren beogen te beschermen. Aan de voor-

waarde dat er sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van een hogere rechtsregel, moet immers worden geacht te zijn voldaan wanneer het Hof de niet-nakoming van de Lid-Staat in het kader van een procedure krachtens de artikelen 169 tot en met 171 heeft vastgesteld.

6. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht zijn op de aansprakelijkheidsactie die voor de nationale rechter wordt ingesteld tegen een Lid-Staat, voor zover het de overige aspecten — met name de vaststelling van de omvang van de geleden schade en de procesregels — betreft, de regels van nationaal recht van toepassing, met dien verstande dat die regels niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden en niet van dien aard mogen zijn, dat zij vergoeding van de geleden schade nagenoeg onmogelijk maken. Dit impliceert in elk geval, dat de meest geschikte beroepsmogelijkheden die in de nationale rechtsorde bestaan, aldus moeten worden uitgelegd, dat die vereisten in acht worden genomen. Zelfs is het zo, dat bij gebreke van een passende rechtsgang een rechtsgang in het leven moet worden geroepen.

7. De aansprakelijkheidsactie heeft een ander karakter dan de op basis van rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn ingestelde vordering tot betaling. Men moet niet via een omweg hetzelfde resultaat trachten te bereiken als wanneer de bepalingen van de richtlijn rechtstreekse werking hadden. De omvang van de schade kan door de nationale rechter „ex aequo et bono" worden vastgesteld. Daarbij kunnen de bepalingen van de richtlijn wel als aanknopingspunt dienen.

8. Gezien de onzekerheid die tot nog toe heeft geheerst over de aansprakelijkheid van de Lid-Staten in geval van niet-nakoming van het gemeenschapsrecht, en gelet op de financiële consequenties die 's Hofs arrest voor vroegere gevallen van niet-nakoming zou kunnen hebben, dient de werking van het arrest in de tijd te worden beperkt.

B — *Gedetailleerde uiteenzetting van de redenering*

34. Verzoekers in de hoofdgedingen en de Commissie verzoeken het Hof subsidiair, de Italiaanse staat schadeplichtig te verklaren.

De Commissie heeft ter terechtzitting beklemtoond, dat zij het Hof geenszins in overweging geeft zich in het kader van het onderhavige geding uit te spreken over de algemene vraag, of de niet-omzetting van een richtlijn zonder rechtstreekse werking aanleiding kan geven tot een aansprakelijkheidsactie. De door de Commissie verdedigde stelling zou daarentegen gebaseerd zijn op een gedetailleerd en minutieus onderzoek van de betrokken richtlijn. De bijzondere kenmerken van de richtlijn zouden hierbij de doorslag hebben gegeven.

Volgens de Commissie moet onderscheid worden gemaakt tussen een vordering tot betaling enerzijds en een aansprakelijkheidsactie wegens geleden schade anderzijds. Wil een vordering tot betaling kunnen slagen, dan moet van drie reeksen van bepalingen de rechtstreekse werking worden aangetoond, te weten:

— die welke de door de richtlijn beschermde personen omschrijven;

— die waarin de omvang van de door de richtlijn verleende rechten wordt vastgelegd, en

— die waarin wordt bepaald welk orgaan die rechten moet verzekeren.

Daarentegen behoeft volgens de Commissie in geval van een tegen de staat ingestelde schadevordering niet te worden bewezen, dat de derde reeks van bepalingen „rechtstreekse werking" heeft, omdat in dat geval de staat per definitie het orgaan is dat de door de richtlijn verleende rechten dient te verzekeren.

35. Nog afgezien van het feit dat het mij onjuist lijkt, met betrekking tot elk van die drie soorten bepalingen, afzonderlijk beschouwd, van „rechtstreekse werking" te spreken — de uitdrukking „onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling" zou hier beter op haar plaats zijn —, kan ik de redenering van de Commissie niet volgen. Want zelfs indien men met de Commissie zou aannemen, dat de omvang van de rechten van de door de richtlijn beschermde personen op onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige wijze wordt omschreven, zou men nog niet ontsnappen aan de noodzaak, eens en voor altijd — dat wil zeggen abstraherend van het onderhavige geval — te beslissen, of de niet-omzetting van een richtlijn aansprakelijkheid van de Lid-Staten kan doen ontstaan.

Mijns inziens gaat het hier dus wel degelijk om de algemene vraag, of het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter de verplichting kan meebrengen, de staat aansprakelijk te verklaren voor de schade die een particulier heeft geleden als gevolg van de niet-omzetting van een richtlijn zonder rechtstreekse werking.

36. In hun bij het Hof ingediende opmerkingen hebben de Duitse, de Britse, de Italiaanse en de Nederlandse regering verdedigd, dat het gemeenschapsrecht niet alleen niet verplicht tot vergoeding van schade veroorzaakt door de niet-uitvoering van een richtlijn als de thans in geding zijnde, maar evenmin tot vergoeding van schade geleden als gevolg van schending van gemeenschapsrechtelijke bepalingen die rechtstreeks toepasselijk zijn dan wel rechtstreekse werking hebben. Waar genoemde regeringen hun hele betoog hebben gebaseerd op de rechtspraak van het Hof met betrekking tot dergelijke bepalingen, moet in de eerste plaats deze rechtspraak worden onderzocht.

— De rechtspraak van het Hof met betrekking tot bepalingen die rechtstreeks toepasselijk zijn dan wel rechtstreekse werking hebben.

37. Wat deze bepalingen betreft, staat vast, dat

„overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel, het de nationale rechter is die wordt belast met de zorg voor de rechtsbescherming welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen",

en dat het,

„bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling, een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen (...)". [6]

38. Deze bescherming moet echter wel „effectief" zijn, gelijk het Hof in herinnering bracht in rechtsoverweging 17 van zijn arrest van 9 juli 1985 (Bozzetti, Jurispr. 1985, blz. 2301); daarbij verwees het naar zijn arrest van 19 december 1968 (zaak 13/68, Salgoil, Jurispr. 1968,

6 — Zie onder meer de arresten van 16 december 1976, zaak 33/76, Rewe, Jurispr. 1976, blz. 1989, r. o. 5, en zaak 45/76, Comet, Jurispr. 1976, blz. 2043, r. o. 12 en 13.

blz. 632), waarin het van „rechtstreekse en onmiddellijke" bescherming had gesproken. Het gaat erom, de „volle werking" van het gemeenschapsrecht te verzekeren, en met de vereisten welke in de eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen zou onverenigbaar zijn elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden, dat aan de werking van het gemeenschapsrecht wordt afgedaan en — a fortiori — dat de volle werking van de gemeenschapsregels onmogelijk wordt gemaakt. [7]

39. De nationale rechter moet aan zijn verplichting tot effectieve bescherming van de door het gemeenschapsrecht aan particulieren toegekende rechten voldoen door buiten toepassing te laten

„elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de gemeenschapsregel". [8]

Dit geldt niet alleen voor de nationale wetten, maar voor elke bepaling van de interne rechtsorde. Het Hof verklaarde immers reeds in zijn arrest van 15 juli 1964 (zaak 6/64, Costa, Jurispr. 1964, blz. 1203, 1219), 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".

40. Wanneer de toepassing van met rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht strijdige nationale regels heeft geleid tot de inning van bepaalde bedragen ten laste van particulieren, staat het — volgens vaste rechtspraak van het Hof op het gebied van de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen — aan de Lid-Staat om de terugbetaling van die bedragen te verzekeren, welke verplichting voortvloeit uit de rechtstreekse werking van de geschonden verdragsbepaling. [9] Anders gezegd,

„het recht op terugbetaling van bedragen die een Lid-Staat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft geïnd, is het *uitvloeisel* en het complement *van de rechten die de justitiabelen ontlenen aan gemeenschapsbepalingen* (...)". [10]

41. Ik zie echter geen wezenlijk verschil tussen een vordering tot terugbetaling en een vordering tot schadevergoeding. In beide gevallen gaat het er immers om, dat een door een schending van het gemeenschapsrecht veroorzaakt nadeel ongedaan wordt gemaakt. Het Hof heeft overigens reeds verklaard, dat een schadevergoedingsactie kan worden gegrond op de rechtstreekse werking van een gemeenschapsrechtelijke bepaling (zie bij voorbeeld het arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, Foster, Jurispr. 1990, blz. I-3313).

42. Uit het voorgaande volgt, dat de eventuele vergoeding van de schade die een particulier heeft geleden als gevolg van de schending van een gemeenschapsrechtelijke bepaling met rechtstreekse werking, haar grondslag heeft in de communautaire

7 — Zie het arrest van 19 juni 1990, zaak 213/89, Factortame I, Jurispr. 1990, blz. I-2433, r. o. 20 en 21, alsmede het arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 22.

8 — Zie het arrest van 9 maart 1978, Simmenthal, reeds aangehaald, r. o. 21.

9 — Zie onder meer het arrest van 29 juni 1988, zaak 240/87, Deville, Jurispr. 1988, blz. 3513, r. o. 11.

10 — Zie onder meer het arrest van 2 februari 1988, zaak 309/85, Barra, Jurispr. 1988, blz. 355, r. o. 17.

rechtsorde zelf. Indien de nationale rechtsorde over andere middelen beschikt om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren, kunnen deze uiteraard worden gebruikt. Zoals het Hof echter in rechtsoverweging 17 van zijn arrest van 9 juli 1985 (zaak 179/84, Bozzetti, reeds aangehaald) in herinnering bracht,

„moet de rechtsorde van elke Lid-Staat de rechterlijke instantie aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend, *echter met dien verstande dat de Lid-Staten gehouden zijn, een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren*„.

Wanneer schadeloosstelling het enige middel is dat een dergelijke effectieve bescherming kan verzekeren, is de Lid-Staat ingevolge het gemeenschapsrecht dus gehouden, de justitiabelen de daartoe geëigende rechtsgang ter beschikking te stellen.

43. De vier regeringen die opmerkingen hebben ingediend, hebben echter betoogd, dat volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen de vaststelling van de regels voor eventuele schadevergoedingsacties tegen de staat aan het nationale recht moet worden overgelaten, maar zelfs de principiële vraag, of het instellen van dergelijke acties mogelijk is. Wanneer de nationale rechtsorde reeds bepalend is wanneer het gaat om een bepaling met rechtstreekse werking, aldus de vier regeringen, dan is zij dat zeker met betrekking tot bepalingen die een dergelijke werking ontberen.

De gemachtigden van de Britse en de Duitse regering hebben dan ook ter terechtzitting om te beginnen getracht de argumenten te weerleggen die de Commissie tot staving van haar stelling wilde ontlenen aan het arrest van 22 januari 1976 (zaak 60/75, Russo, Jurispr. 1976, blz. 45). In dat arrest verklaarde het Hof, dat

„ingeval de schade een uitvloeisel zou zijn van een schending van het gemeenschapsrecht, de staat de gevolgen daarvan ten opzichte van de benadeelde persoon moet dragen in het kader van de nationale bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van de staat" (r. o. 9).

In casu was er sprake van schending van een verordening houdende gemeenschappelijke organisatie der landbouwmarkten.

44. Het Hof verwees in genoemd arrest inderdaad naar „de nationale bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van de staat". Het verklaarde echter ook, dat de staat ten opzichte van de benadeelde persoon de gevolgen *moet* dragen die voor die persoon uit de schending van het gemeenschapsrecht voortvloeien. Daarmee lijkt het het beginsel te hebben geformuleerd, dat de staat verplicht is de veroorzaakte schade te vergoeden, terwijl de vraag hoe de schade in concreto moet worden vergoed, aan het nationale recht wordt overgelaten. Zo het Hof ook de vraag of er al dan niet een verplichting tot schadevergoeding bestaat, aan het nationale recht had willen overlaten, had het zulks ongetwijfeld met zoveel woorden gezegd, aangezien een van de pre-

judiciële vragen er uitdrukkelijk toe strekte te vernemen, of het gemeenschapsrecht een dergelijk beginsel kent (zie de vijfde vraag, Jurispr. 1976, blz. 48), terwijl daarenboven zowel de verzoeker in het hoofdgeding [11] als de Commissie [12] zich duidelijk in die zin had uitgesproken.

45. Ook de overige arresten waarnaar de regeringen — met name nog ter terechtzitting — hebben verwezen, lijken mij niet noodzakelijkerwijs in de door hen voorgestane zin te hoeven worden uitgelegd. Het is overigens opmerkelijk, dat verzoekers in het hoofdgeding en de Commissie, enerzijds, en de Britse en de Nederlandse regering, anderzijds, in hun schriftelijke opmerkingen alle dezelfde arresten hebben aangehaald tot staving van uiteenlopende, zo niet tegengestelde stellingen. [13]

46. Neem nu zaak 33/76 (Rewe). Het is waar dat het Hof in de reeds aangehaalde rechtsoverweging 5 van zijn arrest van 16 december 1976 (Jurispr. 1976, blz. 1989) een uitspraak heeft gedaan die sommigen zouden kunnen opvatten als een bewijs, dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de aansprakelijkheid van de staat voor niet-nakoming van zijn communautaire verplichtingen uitsluitend een zaak van nationaal recht is. Het springt echter in het oog, dat het Hof alleen de aanwijzing van de bevoegde rechter en de vaststelling van de procesregels aan de nationale rechtsorde van de Lid-Staten overlaat. Dit impliceert noodzakelijkerwijs, dat de Lid-Staten — met name hun rechterlijke instanties — verplicht zijn de juridische bescherming te verzekeren van de rechten die het gemeenschapsrecht aan particulieren toekent.

Dat het nationale recht niet zo ver mag gaan, dat het beginsel volgens hetwelk de Lid-Staat de bescherming moet verzekeren van de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen, op het spel wordt gezet, blijkt in de eerste plaats uit de precisering van het Hof, dat de door het nationale recht vastgestelde procesregels niet van dien aard mogen zijn, dat zij

„het in de praktijk onmogelijk (...) maken rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven".

Bovendien komt het mij voor dat het Hof, door te verklaren dat de artikelen 100 tot en met 102 en 235 EEG-Verdrag de mogelijkheid bieden in voorkomend geval de nodige maatregelen te nemen om dispariteiten tussen de desbetreffende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten te verhelpen, impliciet heeft erkend dat het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat een zaak van gemeenschapsrecht is. Hiermee heeft het in elk geval aanvaard dat het gemeenschapsrecht, zo het al niet kan worden gebruikt om naast de door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen in andere beroepsmogelijkheden te voorzien, dan toch in elk geval kan worden ingeroepen om de bestaande nationale rechtsmiddelen aldus in te kleden of uit te leggen, dat zij kunnen worden gebruikt met het oog op de bescherming van de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen.

11 — Russo merkt op, dat
„in casu (...) het beginsel van de verplichting tot schadevergoeding moet worden vastgesteld. Hoe de schade in concreto moet worden vergoed, blijft tot de competentie van de nationale rechter behoren" (Jurispr. 1976, blz. 50, eerste alinea, r. k.).

12 — Volgens de Commissie is het noodzakelijk,
„dat het nationale recht over middelen beschikt om de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten te waarborgen", en
„vereisen de beginselen van het nuttig effect en van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht dat die waarborg aangepast en doelmatig is, al staat het gemeenschapsrecht overigens neutraal tegenover de daartoe gekozen middelen" (Jurispr. 1976, blz. 52, derde respectievelijk laatste alinea, l. k.).

13 — Zie het arrest van 9 november 1983 (zaak 199/82, San Giorgio, Jurispr. 1983, blz. 3595), voor verzoekers in het hoofdgeding; het arrest van 13 februari 1979 (zaak 101/78, Granaria, Jurispr. 1979, blz. 623), voor de Commissie en de Nederlandse regering, en het arrest van 7 juli 1981 (zaak 158/80, Rewe, Jurispr. 1981, blz. 1805), voor de regering van het Verenigd Koninkrijk.

47. Ik zie in het arrest Rewe van 7 juli 1981 (zaak 158/80, Jurispr. 1981, blz. 1805) geen aanleiding om deze conclusie te wijzigen. In dat arrest verklaarde het Hof weliswaar, dat het Verdrag

„niet naast de reeds door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen heeft willen *voorzien* in andere beroepsmogelijkheden voor de handhaving van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter" (r. o. 44),

maar het voegde hieraan toe:

„Het door het Verdrag ingevoerde stelsel van rechtsbescherming (...) houdt evenwel in dat *elk door het nationale recht geboden type rechtsvordering* moet kunnen worden gebruikt om de eerbiediging van rechtstreeks werkende gemeenschapsbepalingen te verzekeren op dezelfde voorwaarden inzake ontvankelijkheid en procedure als zouden gelden indien het erom ging de eerbiediging van nationaal recht te verzekeren."

Ik ben derhalve van mening, dat een Lid-Staat aan het instellen van een aansprakelijkheidsactie tegen de staat op grond van schending van een door het gemeenschapsrecht aan particulieren rechtstreeks toegekend recht, niet als belemmering in de weg kan leggen, dat zijn nationale rechtsorde uitgaat van het beginsel dat de overheid, met name de wetgevende macht, niet aansprakelijk kan worden gesteld: wanneer de aansprakelijkheidsactie eenmaal als type rechtsvordering bestaat, kan een Lid-Staat zich niet meer beroepen op de hoedanigheid van degene tegen wie de aansprakelijkheidsactie is gericht ten einde de particulieren dat type rechtsvordering te ontnemen en daarmee af te doen aan de goede werking van rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht.

De context van de onderhavige zaak is overigens volkomen verschillend van die waarbinnen in sommige Lid-Staten de theorie tot ontwikkeling is gekomen volgens welke de staat in zijn hoedanigheid van wetgever niet aansprakelijk kan worden gesteld. De Commissie heeft ter terechtzitting terecht opgemerkt, dat het zich op nationaal vlak zelden zal voordoen, dat de wetgever niet alleen verplicht is een wet vast te stellen en niet alleen vrij nauwkeurig kan worden bepaald wat hij moet doen, doch hij bovendien binnen een bepaalde termijn moet handelen. Het is mijns inziens niet overdreven te stellen, dat waar het de omzetting van richtlijnen betreft, de wetgever zich in een situatie bevindt die veel weg heeft van die van de administratie belast met de uitvoering van een wet.

48. Evenmin kan een argument worden ontleend aan de verwijzing van het Hof naar de voorwaarden inzake ontvankelijkheid en procedure die zouden gelden indien het erom ging de eerbiediging van nationaal recht te verzekeren. In de eerste plaats doen problemen van ontvankelijkheid en procedure zich slechts voor met betrekking tot bestaande beroepsmogelijkheden. Bovendien moet deze verwijzing worden gezien in de specifieke context van de zaak Rewe (158/80). Met name is van belang, dat het Hof eerst met zoveel woorden had opgemerkt, dat in bedoeld geval het nationale — Duitse — recht aan elke belanghebbende een vorderingsrecht toekende (r. o. 40 van het arrest). Het Hof kon zich derhalve beperken tot de vaststelling, dat in een dergelijk geval dit vorderingsrecht onder vergelijkbare omstandigheden in het kader van de communautaire rechtsorde moet kunnen worden uitgeoefend.

Zo ook lijkt er in casu geen enkele twijfel over te bestaan, dat er een passende rechtsgang voorhanden is.

49. Gezien het voorgaande kan uit voornoemd arrest niet worden afgeleid, dat het gemeenschapsrecht een Lid-Staat geenszins kan verplichten, de justitiabelen rechtsmiddelen ter beschikking te stellen die hen in staat stellen de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten op doeltreffende wijze te doen gelden, wanneer soortgelijke rechtsmiddelen op nationaal vlak hetzij niet bestaan, hetzij niet onder dezelfde voorwaarden toegankelijk zijn. Artikel 215, tweede alinea, veronderstelt overigens het bestaan van dergelijke rechtsmiddelen.

50. Ook aan de andere twee — met name door de Duitse regering — aangehaalde arresten kunnen geen overtuigende bezwaren worden ontleend. Het is waar, dat het Hof in zijn arrest van 13 februari 1979 (zaak 101/78, Granaria, Jurispr. 1979, blz. 623) voor recht verklaarde:

„Het vraagstuk van de vergoeding door een nationaal orgaan van schade door organen en ambtenaren der Lid-Staten bij de toepassing van gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakt, hetzij door schending van het gemeenschapsrecht, hetzij door een handelen of nalaten in strijd met het nationale recht, wordt daarentegen niet door artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag beheerst en dient door de nationale rechterlijke instanties volgens het nationale recht van de betrokken Lid-Staat te worden beoordeeld."

Het geval Granaria vertoonde echter een aantal bijzondere kenmerken, die bij de beoordeling van de precieze draagwijdte van de uitspraak in aanmerking moeten worden genomen. In de eerste plaats ging het in die zaak in werkelijkheid om aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door ongeldig verklaarde normatieve gemeenschapshandelingen. De vraag inzake de schadevergoedingsplicht van een nationaal orgaan rees enkel, omdat dit handelingen had vastgesteld tot uitvoering van een gemeenschapsverordening die onwettig zou blijken te zijn. Verder verklaarde het Hof ondubbelzinnig, dat zolang de betrokken verordening niet ongeldig was verklaard, de nationale instantie niet anders kon dan er toepassing aan geven. Deze zelfde overweging was overigens voor advocaat-generaal Capotorti aanleiding geweest vast te stellen:

„Van schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat is in casu geen sprake; er bestaat dan ook geen aanleiding aan te nemen dat hier een staat aansprakelijk kan worden gesteld" (Jurispr. 1979, blz. 644, l. k.).

En ten slotte herinnerde het Hof eraan, dat de ongeldigheid van de in geding zijnde verordening niet volstond om de Gemeenschap op basis van artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag aansprakelijk te stellen. In deze context is het niet meer dan normaal dat wanneer de nationale rechter zich zou moeten uitspreken over de eventuele aansprakelijkheid van het nationale orgaan, hij die aansprakelijkheid naar nationaal recht zou moeten beoordelen, te meer omdat de toepassing van artikel 215, tweede alinea, tot de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie behoort. Overigens wordt sedert het arrest van 27 september 1988 (gevoegde zaken 106/87-120/87, Asteris e. a., Jurispr. 1988, blz. 5515, r. o. 18, 19 en 20) als vaststaand aangenomen, dat wanneer de onwettigheid van een gemeen-

schapshandeling ontoereikend is geoordeeld om de Gemeenschap aansprakelijk te stellen, een nationale instantie die zich ertoe heeft bepaald uitvoering te geven aan die handeling, waarvan de onwettigheid haar niet is aan te rekenen, evenmin op die grond aansprakelijk kan worden gesteld, doch hooguit op een andere grondslag dan de onwettigheid van de gemeenschapshandeling. Het arrest Asteris lijkt ook interessant te zijn in zover het illustreert dat het gemeenschapsrecht van invloed kan zijn op de nationale rechtsmiddelen: een arrest van het Hof waarin de aansprakelijkheid van de Gemeenschap krachtens artikel 215 EEG-Verdrag is ontkend, staat in de weg aan een schadevordering tegen de staat, die is gebaseerd op dezelfde grondslag als het door het Hof verworpen beroep (zie ook r. o. 29 van het arrest).

51. Nu dan het arrest van 9 november 1983 (zaak 199/82, San Giorgio, Jurispr. 1983, blz. 3595). Het is waar, dat het Hof in dat arrest zijn traditionele rechtspraak in herinnering bracht, volgens welke terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven nationale belastingen slechts kan worden gevorderd onder de materiële en formele voorwaarden die door de nationale wettelijke regeling zijn vastgesteld, met dien verstande dat die voorwaarden niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden en niet van dien aard mogen zijn, dat zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk maken. Wat mij echter voor ons probleem belangrijker lijkt, is de eerdere opmerking van het Hof, dat

„het *recht* op terugbetaling van heffingen die een Lid-Staat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft toegepast, het *uitvloeisel* en het *complement* is van de rechten die de justitiabelen ontlenen aan de gemeenschapsbepalingen die heffingen van gelijke werking als douanerechten respectievelijk discriminerende toepassing van binnenlandse belastingen verbieden" (r. o. 12).

Hieruit kan mijns inziens zonder meer worden opgemaakt, dat een Lid-Staat *verplicht* is de nodige rechtsmiddelen te verschaffen om de justitiabelen in staat te stellen de terugbetaling te vorderen van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde heffingen, en dus in het volle genot te zijn van de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten. Dit vindt ook bevestiging in het feit, dat het Hof in zijn arrest uiteindelijk voor recht verklaarde, dat een Lid-Staat de terugbetaling van dergelijke heffingen niet afhankelijk mag stellen van regels die de terugbetaling nagenoeg onmogelijk maken,

„en dit zelfs in het geval dat voor de terugbetaling van andere, in strijd met het nationale recht geheven belastingen, rechten of heffingen dezelfde restrictieve voorwaarden gelden".

Volgens het Hof is zelfs de omstandigheid dat die restrictieve voorwaarden voor *alle* nationale belastingen, rechten en heffingen gelden, geen grond om de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen te weigeren (zie r. o. 17 van het arrest).

52. Op grond van een ander moet worden geconcludeerd, dat geen van de door de regeringen die opmerkingen hebben ingediend aangevoerde arresten steun biedt aan de door die regeringen verdedigde stelling, dat niet alleen de vraag onder welke voorwaarden, maar ook de vraag *of* een Lid-Staat aansprakelijk kan worden gehouden voor en kan worden verplicht tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schending door die Lid-Staat van de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten, uitsluitend een zaak van nationaal recht is.

— De arresten Factortame I en Zuckerfabrik

53. Sedert het arrest van het Hof van 19 juni 1990 (zaak C-213/89, Factortame I, Jurispr. 1990, blz. I-2433) lijkt er overigens geen twijfel meer over te bestaan, dat in sommige gevallen het gemeenschapsrecht zelf de nationale rechterlijke instanties rechtstreeks kan bekleden met de bevoegdheden die nodig zijn om de effectieve rechtsbescherming van die rechten te verzekeren, ook al zijn dergelijke bevoegdheden in het nationale recht onbekend. [14] Uit dat arrest blijkt immers, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter verplicht de opschorting te gelasten van de tenuitvoerlegging van een beweerdelijk met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal voorschrift, ook al is die rechter naar nationaal recht niet bevoegd voorlopige maatregelen te gelasten waardoor de toepassing van nationale voorschriften wordt opgeschort.

54. Bovendien blijkt uit het arrest van het Hof van 21 februari 1991 (gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Zuckerfabrik Soest, Jurispr. 1991, blz. I-415), dat het gemeenschapsrecht zelfs de voorwaarden mag vaststellen voor de uitoefening van de bevoegdheden waarmee het de nationale rechter bekleedt. In dat arrest stelde het Hof immers om te beginnen vast:

„Voor de voorlopige bescherming die het gemeenschapsrecht de justitiabelen bij de nationale rechter biedt, kan het geen verschil maken of zij de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht [hetgeen het geval was in de zaak Factortame I] dan wel de geldigheid van afgeleid gemeenschapsrecht [hetgeen het geval was in de zaken Zuckerfabrik] betwisten, daar de betwisting in beide gevallen op het gemeenschapsrecht zelf berust." (r. o. 20)

Vervolgens vroeg het zich af, onder welke voorwaarden de nationale rechter een dergelijke voorlopige bescherming kan verzekeren, dat wil zeggen — in de zaken Zuckerfabrik — opschorting kan gelasten van de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale bestuurshandeling wegens bij hem gerezen twijfels omtrent de geldigheid van die verordening. Het stelde vast, dat de nationale rechtsorden de opschorting van de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen onder uiteenlopende voorwaarden toestaan,

„zodat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in gevaar kan komen" (r. o. 25).

Aangezien, aldus het Hof, deze uniforme toepassing een fundamenteel vereiste van de communautaire rechtsorde is,

„dienen in elk geval voor de opschorting van de tenuitvoerlegging van op een gemeenschapsverordening gebaseerde bestuurshandelingen, die met name ter zake van de indiening en de instructie van het

14 — Zie, in deze zin, Simon, D. en Barav, A.: „Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales — Les enjeux de l'affaire Factortame", *Revue du Marché commun*, nr 340, oktober 1990, blz. 591, 596. Zie ook Curtin, D.: „Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights", *Common Market Law Review* 27, 1990, blz. 709, 735.

verzoek door het nationale procesrecht wordt beheerst, in alle Lid-Staten uniforme voorwaarden te gelden" (r. o. 26).

Voor die uniforme voorwaarden, zo besloot het Hof, moet aansluiting worden gezocht bij de voorwaarden die gelden wanneer het Hof zelf krachtens artikel 185 EEG-Verdrag wordt verzocht de tenuitvoerlegging van een handeling op te schorten.

55. Weliswaar ging het in de zaken Zuckerfabrik om de opschorting van de toepassing van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde *nationale bestuurshandeling*, omdat twijfels waren gerezen omtrent de geldigheid van die verordening, maar in de hierboven aangehaalde rechtsoverweging 20 van zijn arrest trok het Hof uitdrukkelijk een parallel tussen deze situatie en die van de zaak Factortame I, waar het ging om de opschorting van de toepassing van een *nationale wet* wegens twijfels omtrent de verenigbaarheid van die wet met het gemeenschapsrecht. Zoals wij zagen, vloeit de bevoegdheid — ja zelfs de verplichting — van de nationale rechter om in een dergelijk geval de toepassing van de nationale wet op te schorten, voort uit de vereisten van het gemeenschapsrecht en bestaat zij ongeacht de vraag of het nationale recht in soortgelijke situaties waarin het gemeenschapsrecht niet in geding is, in een vergelijkbare bevoegdheid of verplichting voorziet. Het is derhalve niet uitgesloten, dat de door het Hof in het arrest Zuckerfabrik geformuleerde *voorwaarden* waaronder de opschorting van de tenuitvoerlegging van een nationale bestuurshandeling kan worden toegestaan, tevens gelden voor de opschorting van de tenuitvoerlegging van een met het gemeenschapsrecht strijdige nationale wet.[15] Waar het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht van toepassing is ongeacht de rang die de nationale regeling in de hiërarchie van normen inneemt, ben ik in elk geval van mening dat nationale wettelijke maatregelen in beginsel niet anders mogen worden behandeld dan nationale maatregelen van lagere rang, zulks te meer daar het Hof, zoals wij zagen, ter bepaling van de voorwaarden voor de opschorting van de tenuitvoerlegging aansluiting heeft gezocht bij zijn eigen rechtspraak betreffende artikel 185 EEG-Verdrag, volgens welke van elke in het kader van een bij het Hof ingesteld beroep bestreden handeling de tenuitvoerlegging kan worden opgeschort, dus ook van een verordening in de zin van artikel 189.

56. Verder wil ik er nog eens op wijzen, dat de rechtspraak die ik hierboven nogal uitvoerig heb besproken, betrekking heeft op rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht, zodat zij niet zonder meer kan worden toegepast op situaties waarin de justitiabelen zich niet voor de nationale rechter kunnen beroepen op rechten die zij rechtstreeks aan een gemeenschapshandeling ontlenen. Ik moest die arresten echter wel bespreken, omdat zij door de regeringen die opmerkingen hebben ingediend — mijns inziens ten onrechte — zijn ingeroepen ten betoge dat het gemeenschapsrecht niet de grondslag kan vormen voor een eventueel door een particulier bij de nationale rechter in te stellen vordering tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden doordat een Lid-Staat zijn communautaire verplichtingen — met name de verplichting tot omzetting van een richtlijn — niet is nagekomen. Aangezien het in bedoelde arresten om *rechtstreeks werkende bepalingen* gaat, blijft echter de *vraag*, of er in het gemeenschapsrecht *andere* fundamentele *redenen* bestaan op grond waarvan de nationale rechter moet worden bekleed met de bevoegdheid schadevergoeding toe te kennen wanneer er bepalingen in geding zijn die een dergelijke rechtstreekse werking ontberen.

15 — Deze zienswijze zou in elk geval een antwoord geven op de vragen die het Hof in het arrest Factortame I heeft opengelaten door niets te zeggen over de voorwaarden voor de uitoefening van de door hem vastgestelde bevoegdheid. Zie in dit verband het reeds aangehaalde artikel van Simon, D. en Barav, A. inzonderheid blz. 597.

— De aansprakelijkheid van de staat in geval van bepalingen zonder rechtstreekse werking

57. In navolging van verzoekers in het hoofdgeding en de Commissie wil ik om te beginnen herinneren aan de arresten waarin het Hof heeft verklaard, dat voortzetting van de actie wegens niet-nakoming van belang blijft, ook wanneer het verzuim is opgeheven na ommekomst van de termijn die krachtens artikel 169, tweede alinea, EEG-Verdrag in het met redenen omkleed advies is vastgesteld. Dit belang kan onder meer bestaan in

„de bepaling van een grondslag voor eventuele aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens de niet-nakoming tegenover andere Lid-Staten, de Gemeenschap of particulieren". [16]

Ofschoon het Hof zich hier in zeer algemene termen uitspreekt, geeft het duidelijk te kennen dat een arrest waarbij niet-nakoming is vastgesteld, kan dienen als grondslag voor een door een particulier tegen de nalatige Lid-Staat in te stellen aansprakelijkheidsactie. Dat het Hof slechts van de „eventuele aansprakelijkheid" van de staat spreekt, lijkt mij in elk geval niet bepalend voor het beginsel aansprakelijkheid van de staat. Het heeft hiermee wellicht willen aangeven, dat de enkele onwettigheid van de handelwijze van de staat niet volstaat, maar dat er nog aan andere voorwaarden moet zijn voldaan om de staat daadwerkelijk aansprakelijk te kunnen stellen. Zoals wij echter in het begin van deze conclusie reeds zagen, heeft het Hof Italië bij arrest van 2 februari 1989 (zaak 22/87, Jurispr. 1989, blz. 143) krachtens artikel 169 EEG-Verdrag veroordeeld wegens niet-omzetting van richtlijn 80/987.

16 — Zie laatstelijk het arrest van 19 maart 1991, zaak C-249/88, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-1275, r. o. 41.

58. Bovendien bracht het Hof in rechtsoverweging 16 van zijn beschikking van 28 maart 1980 (gevoegde zaken 24/80 en 97/80-R, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1980, blz. 1319) in herinnering, dat

„de vaststelling in een arrest dat ten aanzien van de betrokken Lid-Staat gezag van gewijsde heeft, dat deze staat de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, ‚voor de bevoegde nationale autoriteiten een verbod van rechtswege meebrengt om een met het Verdrag onverenigbaar verklaard voorschrift toe te passen, alsmede eventueel de verplichting alle maatregelen te nemen om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken'". [17]

Deze overweging is in tweeërlei opzicht van belang: in de eerste plaats raakt het gezag van gewijsde van een niet-nakomingsarrest alle organen van de betrokken staat, zodat het niet alleen voor de uitvoerende macht, maar ook voor de wetgever en de rechter bepaalde verplichtingen meebrengt; in de tweede plaats zijn al die autoriteiten gehouden, wanneer het buiten toepassing laten van het met het gemeenschapsrecht strijdige nationale voorschrift geen geschikt middel is dan wel niet volstaat om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren, alle andere maatregelen te nemen waarmee dat doel kan worden bereikt.

59. Ik zie niet in, waarom tot die maatregelen niet zouden moeten worden gerekend maatregelen die gericht zijn op vergoeding van de schade die particulieren lijden doordat de staat de krachtens het gemeenschaps-

17 — Zie ook het arrest van 13 juli 1972 (zaak 48/71, Commissie/Italië, Jurispr. 1972, blz. 529, r. o. 7). In dit arrest nam het Hof er uitdrukkelijk nota van dat Italië met werking vanaf het begin van de inbreuk een einde aan het verzuim had gemaakt (zie r. o. 11 van het arrest en punt 1 van het dictum).

recht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. In dit verband wijs ik er in de eerste plaats op, dat toen het Hof voor het eerst verklaarde dat een krachtens artikel 169 of 171 EEG-Verdrag te wijzen arrest van materieel belang kan zijn ter vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid van de staat, deze verklaring strekte tot verwerping van een door de verwerende staat opgeworpen exceptie, volgens welke de voortzetting van de niet-nakomingsactie zinloos zou zijn, aangezien

„het feitelijk onmogelijk is alsnog met terugwerkende kracht te voldoen aan verplichtingen die hadden moeten zijn nagekomen in het tijdvak genoemd in de desbetreffende communautaire bepalingen" (zie het arrest van 7 februari 1973, zaak 39/72, Commissie/Italië, Jurispr. 1973, blz. 101, r. o. 8).

De aansprakelijkheid van de staat zou dus in voorkomend geval een soort compensatie kunnen bieden voor de onmogelijkheid terugwerkende kracht te verlenen aan maatregelen waarmee de in gebreke blijvende Lid-Staat alsnog aan zijn verplichtingen beoogt te voldoen.

60. In de tweede plaats wijs ik erop, dat een Lid-Staat die zijn verplichtingen — met name die tot omzetting van een richtlijn — niet nakomt, het gemeenschapsrecht zijn beoogde werking ontneemt. Dit geldt mijns inziens ook voor gemeenschapsrecht dat niet rechtstreeks toepasselijk is, met name voor bepalingen van een richtlijn die geen rechtstreekse werking hebben. Het ontbreken van rechtstreekse werking betekent immers niet, dat de richtlijn er niet op gericht is rechten aan particulieren toe te kennen, doch enkel, dat die rechten niet voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn om zonder meer, dat wil zeggen zonder ingrijpen van de Lid-Staat tot welke de richtlijn is gericht, te worden ingeroepen en toegepast. In dit verband mag ook niet uit het oog worden verloren, dat een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat en dat dit resultaat nu juist het verlenen van rechten aan particulieren kan zijn.

61. Voorts wil ik erop wijzen, dat de toepassing van het gemeenschapsrecht verschilt al naar gelang de Lid-Staten hun verplichtingen al dan niet nakomen en de tot hen gerichte richtlijnen al dan niet in nationaal recht omzetten. Bij gebreke van rechtstreekse werking zou aan het fundamentele vereiste van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht althans gedeeltelijk worden voldaan, indien aan de particulieren die als gevolg van de niet-omzetting van een richtlijn van hun rechten verstoken blijven, een vergoeding zou worden toegekend die het verlies van die rechten min of meer zou compenseren.

62. Ten slotte heeft het Hof reeds gepreciseerd, dat de artikelen 169 en 171 EEG-Verdrag de *daadwerkelijke* opheffing van de niet-nakoming der verdragsverplichtingen en van de daaraan *in verleden en toekomst verbonden gevolgen* beogen. In zijn arrest van 12 juli 1973 (zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813, r. o. 13) voegde het hieraan toe, dat

„de gezagsorganen van de Gemeenschap, die de eerbiediging van het Verdrag dienen te verzekeren, ook hebben te bepalen in hoeverre de op de betroken Lid-Staat rustende verplichting in concreto aanleiding kan geven tot met redenen omklede adviezen (...) krachtens artikel 169 (...), of tot het instellen van beroep bij het Hof van Justitie".

Deze precisering doet echter niets af aan het beginsel: zij vindt haar verklaring in het feit dat zij strekte tot verwerping van een exceptie van niet-ontvankelijkheid, tot staving waarvan was aangevoerd, dat

„het Hof van Justitie zich er bij de behandeling van een tegen een Lid-Staat gericht beroep toe heeft te beperken vast te stellen dat deze zijn verplichtingen niet is nagekomen", en dat

„alleen de betrokken Lid-Staat zou hebben te beslissen over de maatregelen die ter tenuitvoerlegging van 's Hofs arrest en ter beeindiging van de gevolgen waartoe de niet-nakoming der hier bedoelde verplichtingen heeft geleid, moeten worden genomen" (r. o. 10).

De omstandigheid dat een arrest waarbij het Hof niet-nakoming heeft vastgesteld, slechts declaratoire werking heeft, ontslaat de Lid-Staat niet van de krachtens artikel 171 EEG-Verdrag op hem rustende verplichting,

„die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest",

en dus eventueel de schadelijke gevolgen van zijn nalatigheid ongedaan te maken.

63. Dit blijkt althans uit het arrest van 16 december 1960 (zaak 6/60, Humblet, Jurispr. 1960, blz. 1169), waarin het Hof weliswaar beklemtoonde dat de door hem gewezen arresten inzake niet-nakoming slechts van declaratoire aard zijn, doch hieraan toevoegde, dat

„indien het Hof bij arrest vaststelt, dat een wetgevende of administratieve handeling, afkomstig van de organen van een Lid-Staat, in strijd is met het gemeenschapsrecht, deze staat op grond van artikel 86 van het Verdrag EGKS [de tegenhanger van artikel 171 EEG-Verdrag] verplicht is, zowel de betrokken handeling ongedaan te maken als de daardoor veroorzaakte onwettige gevolgen te herstellen".

64. Aan het later door het Hof in de zaak Waterkeyn gewezen arrest (arrest van 14 december 1982, gevoegde zaken 314/81-316/81 en 83/82, Jurispr. 1982, blz. 4337) kan mijns inziens geen argument in tegengestelde zin worden ontleend. In dat arrest beklemtoonde het Hof,

„dat de krachtens de artikelen 169 tot 171 gewezen arresten in de eerste plaats tot doel hebben vast te stellen, waartoe de staten gehouden zijn in geval zij hun verplichtingen niet nakomen",

en dat

„de rechten van de particulieren voortvloeien uit de bepalingen van gemeenschapsrecht zelf, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de Lid-Staten" (r. o. 15).

Op het eerste gezicht zou uit bovenstaande overwegingen kunnen worden afgeleid, dat een arrest waarbij niet-nakoming is vastgesteld, niet kan dienen als grondslag voor door particulieren in te stellen vorderingen. Bij nader inzien blijkt evenwel, dat het Hof, dat was verzocht zich uit te spreken over de werking van een eerder gewezen niet-nakomingsarrest, enkel heeft willen preciseren, dat zo er sprake is van rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht, particulieren hun rechten niet pas kunnen doen gelden wanneer de niet-nakoming door het Hof is vastgesteld, doch zich hier-

toe rechtstreeks op bedoelde bepalingen kunnen baseren. Dit vindt mijns inziens bevestiging in het feit dat het Hof in antwoord op de gestelde vraag voor recht verklaarde, dat

„de rechterlijke instanties van die Lid-Staat [de staat waarvan de niet-nakoming is vastgesteld] ingevolge artikel 171 gehouden zijn de consequenties van het arrest van het Hof te trekken, met dien verstande evenwel dat de rechten van particulieren niet uit dat arrest voortvloeien, maar uit de bepalingen van gemeenschapsrecht, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde".

Hierbij wil ik nog aantekenen, dat de rechten die een particulier in voorkomend geval door middel van het instellen van een aansprakelijkheidsactie opeist, *niet de rechten zijn zoals die voortvloeien uit de geschonden gemeenschapsrechtelijke bepaling, doch hooguit rechten die kunnen dienen als compensatie* voor de rechten die hem op onwettige wijze zijn onthouden.

65. De laatste twee aangehaalde arresten zijn ook in andere opzichten van belang. Zo preciseerde het Hof in het arrest Waterkeyn, dat ingevolge artikel 171 EEG-Verdrag

„alle organen van de betrokken Lid-Staat verplicht zijn de uitvoering van 's Hofs arrest, ieder in hun bevoegdheidssfeer, te verzekeren" (r. o. 14).

Dit is louter een uitvloeisel van het feit, dat

„met betrekking tot artikel 169 van het Verdrag (...) de Lid-Staten zich hebben vastgelegd — *zodat in het midden kan blijven welk orgaan het verzuim heeft veroorzaakt* — en dat een Lid-Staat zich, ter rechtvaardiging van de niet-eerbiediging van verplichtingen en termijnen die in de richtlijnen van de Gemeenschap [en in het gemeenschapsrecht in het algemeen] besloten liggen, niet ten exceptieve op nationaalrechtelijke bepalingen, praktijken of toestanden kan beroepen". [18]

Bovendien verklaarde het Hof in het arrest Humblet met zoveel woorden, dat de verplichting om de met het gemeenschapsrecht strijdige nationale handeling ongedaan te maken en de daardoor veroorzaakte gevolgen te herstellen, voortvloeit uit het Verdrag, dat ten gevolge van zijn ratificatie in de Lid-Staten kracht van wet heeft en boven het interne recht gaat (Jurispr. 1960, blz. 1188). Een Lid-Staat kan zich dus niet verschuilen achter het beginsel van niet-aansprakelijkheid van de wetgever — ook al heeft dit de waarde van een constitutionele regel [19] — om zich te onttrekken aan de krachtens het Verdrag op hem rustende ver-

18 — Arrest van 26 februari 1976, zaak 52/57, Commissie/Italië, Jurispr. 1976, blz. 277, r. o. 14.

19 — Zie, behalve het arrest van 15 juli 1964 (zaak 6/64, Costa, Jurispr. 1964, blz. 1203), met name het arrest van 17 december 1970 (zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Jurispr. 1970, blz. 1125), in rechtsoverweging 3 waarvan het Hof overwoog, dat:
„de aard van het verdragsrecht, dat zijn oorsprong in een autonome rechtsbron vindt, medebrengt dat daartegenover, wil het zijn communautaire aard niet verliezen en de rechtsgrondslag van de Gemeenschap zelve niet in gevaar worden gebracht, in rechte geen beroep op *enige nationale rechtsregel* mag worden gedaan; dat derhalve beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een Lid-Staat zijn neergelegd of op de *beginselen van het constitutioneel bestel van een Lid-Staat*, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen".

plichting, alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken, zo nodig door middel van de vergoeding van de schade die particulieren hebben geleden als gevolg van de schending van de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen.[20] Integendeel: in een andere context — die van nationale begrotingsvoorschriften — heeft het Hof verklaard, dat een Lid-Staat,

„overeenkomstig de algemene verplichtingen welke in artikel 5 van het Verdrag op de Lid-Staten worden gelegd, in zijn nationale rechtsorde de consequenties uit zijn lidmaatschap van de Gemeenschap heeft te trekken en, desnodig, zijn begrotingsprocedures zodanig moet wijzigen dat zij aan (...) uitvoering van de verplichtingen welke in het kader van het Verdrag op hem rusten niet in de weg staan".[21]

Dit geldt mijns inziens te meer, daar de omzetting van richtlijnen niet altijd en in alle Lid-Staten tot de bevoegdheid van de wetgevende macht behoort, zodat de omstandigheid dat een staat zich verschuilt achter het beginsel dat de wetgever niet aansprakelijk kan worden gesteld, niet alleen zou kunnen leiden tot dispariteiten tussen verschillende Lid-Staten — al naar gelang zij dit beginsel al dan niet kennen en al naar gelang de omzetting van richtlijnen al dan niet tot de bevoegdheid van de wetgever behoort —, maar ook tot dispariteiten binnen één en dezelfde Lid-Staat, al naar gelang de wetgever bevoegd is tot omzetting van bepaalde, doch niet alle richtlijnen. Bovendien heeft het Hof in zijn beschikking van 28 maart 1980 (reeds aangehaald, Jurispr. 1980, blz. 1333, r. o. 16) reeds stellig verklaard, dat

„door de enkele gelding van het arrest waarin de niet-nakoming wordt vastgesteld, de betrokken Lid-Staat gehouden is alle passende maatregelen te nemen om zijn verplichtingen na te komen, zonder dat hij daaraan ongeacht welke belemmering in de weg kan leggen".

66. Uit al het voorgaande kan worden geconcludeerd, dat wanneer het Hof heeft vastgesteld dat een Lid-Staat zijn verplichtingen niet is nagekomen door na te laten bepalingen van een richtlijn — ook wanneer deze geen rechtstreekse werking hebben — in nationaal recht om te zetten, die Lid-Staat gehouden is de justitiabelen ten behoeve waarvan de betrokken richtlijn rechten in het leven beoogt te roepen, passende rechtsmiddelen ter beschikking te stellen om die rechten te doen gelden, zo nodig door middel van een aansprakelijkheidsactie tegen de staat.

67. Men zou zich echter nog kunnen afvragen, of de categorie richtlijnen waaraan geen rechtstreekse werking toekomt, niet moet worden opgesplitst in twee groepen: die welke beogen de staat verplichtingen op te leggen, en die welke verplichtingen in het leven beogen te roepen voor particuliere ondernemingen. In het laatste geval zou dan elke aansprakelijkheid van de staat zijn uitgesloten. De staat is in een dergelijk geval ten slotte enkel aansprakelijk voor de niet-omzetting van de richtlijn en niet voor de feiten die rechtstreeks aan de door de bur-

20 — R. Kovar is van mening, dat
„de voorrang van het gemeenschapsrecht meebrengt, dat de staat in zijn hoedanigheid van wetgever aansprakelijk moet kunnen worden gesteld. De nationale rechtsorden dienen derhalve te worden aangepast ten einde de bescherming van de aan de onderdanen van de Gemeenschap toegekende rechten ten volle te verzekeren" (zie „Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire", in *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brussel, Larcier, 1978, blz. 245, 274).
Volgens schrijver gaan deze overwegingen ook op voor de aansprakelijkheid van de staat in zijn hoedanigheid van rechtsprekende instantie. Hij is van mening, dat wanneer het Hof heeft vastgesteld dat een door de nationale rechter gewezen arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan, in strijd is met het gemeenschapsrecht,
„de daardoor eventueel veroorzaakte schade vergoed moet kunnen worden" (blz. 275).

21 — Arrest van 8 februari 1973, zaak 30/72, Commissie/Italië, Jurispr. 1973, blz. 161, r. o. 11.

ger geleden schade ten grondslag liggen, zoals de niet-uitbetaling van salaris, de onderbetaling van een persoon van het vrouwelijk geslacht of het gebrekkige karakter van een produkt.

Legt de richtlijn daarentegen de Lid-Staat zelf (of een orgaan dat met de Lid-Staat moet worden gelijkgesteld) verplichtingen op, dan kan de Lid-Staat twee dingen worden verweten: de niet-omzetting van de richtlijn en de niet-naleving van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.

68. Een dergelijk onderscheid kan mijns inziens echter niet worden gemaakt: de hele redenering die ik hierboven heb uiteengezet, is immers gebaseerd op het beginsel, dat elke niet-omzetting van een richtlijn ipso facto moet worden beschouwd als een schending van de artikelen 5 en 189 EEG-Verdrag, dat wil zeggen als een met onrechtmatig handelen gelijk te stellen vorm van onwettigheid, die, wanneer een particulier erdoor is benadeeld, door de staat ongedaan moet worden gemaakt.

69. Waar dus het *beginsel* dat een aansprakelijkheidsactie kan worden ingesteld tegen een staat die zijn communautaire verplichtingen niet is nagekomen, is terug te voeren op en zijn grondslag heeft in het gemeenschapsrecht, rest nog de vraag aan welke materiële en formele voorwaarden een dergelijke actie moet voldoen.

— De formele en materiële voorwaarden voor een aansprakelijkheidsactie

70. Ik geef het Hof in overweging, hiervoor aansluiting te zoeken bij de in arrest Zuckerfabrik van 21 februari 1991 (reeds aangehaald) geformuleerde oplossing. Zoals wij zagen heeft het Hof in dat arrest, gezien het fundamentele vereiste volgens hetwelk het gemeenschapsrecht uniform moet worden toegepast, uit eigen beweging een aantal voorwaarden opgesteld die de nationale rechter in acht heeft te nemen wanneer hij opschorting van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale handeling wenst te gelasten. Hiervoor heeft het aansluiting gezocht bij de voorwaarden die gelden wanneer het Hof zelf krachtens artikel 185 EEG-Verdrag wordt verzocht opschorting van de tenuitvoerlegging van een gemeenschapshandeling toe te staan. De noodzakelijke „samenhang van het stelsel van voorlopige bescherming" van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, verlangt namelijk volgens het Hof, dat de nationale rechter opschorting van de tenuitvoerlegging van een nationale bestuurshandeling kan gelasten, die is gebaseerd op een gemeenschapshandeling waarvan de wettigheid wordt betwist, onder dezelfde voorwaarden als die waaronder het Hof de opschorting van een gemeenschapshandeling kan gelasten (zie de r. o. 18 en 27 van het arrest Zuckerfabrik). Het Hof heeft zich echter beperkt tot de vaststelling van de uniforme voorwaarden waaronder opschorting van de tenuitvoerlegging kan worden toegestaan, terwijl het voor het overige — dat wil zeggen voor de procesregels — naar de nationale rechtsorden heeft verwezen (zie r. o. 26 van het arrest).

71. In casu zou het zijn aan te bevelen, de toekenning van schadevergoeding door een nationale rechter wegens schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat, te onderwerpen aan dezelfde voorwaarden als de toekenning van schadevergoeding door het Hof wegens schending van hetzelfde gemeenschapsrecht door een gemeenschapsinstelling. Hierdoor zou worden vermeden, dat de Lid-Staten uit hoofde van het gemeenschapsrecht aansprakelijk worden gesteld voor schending van het gemeenschapsrecht door een van hun organen, terwijl een

vergelijkbare schending van het gemeenschapsrecht door een instelling van de Gemeenschap geen niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap doet ontstaan. Dit geldt mijns inziens te meer, daar de regels die het Hof dienaangaande op basis van artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag heeft geformuleerd, worden geacht voort te vloeien uit de algemene beginselen die de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben. Een dergelijke oplossing klinkt ook al door in rechtsoverweging 18 van het arrest Asteris van 27 september 1988 (gevoegde zaken 106/87 tot en met 120/87), waarin het Hof verklaarde dat een arrest waarbij het had geweigerd de Gemeenschap krachtens artikel 215 EEG-Verdrag aansprakelijk te verklaren voor de onwettigheid van een handeling van een van haar instellingen, eraan in de weg staat, dat

„een nationale instantie die zich ertoe heeft bepaald uitvoering te geven aan de gemeenschapsregeling, waarvan de onwettigheid haar niet is toe te rekenen, op dezelfde grond aansprakelijk kan worden gesteld".

72. Ik wil hierbij aantekenen, dat volgens de voorgestane oplossing de nationale rechter weliswaar niet kan *worden verplicht* tot vaststelling van de aansprakelijkheid van de staat voor schendingen van het gemeenschapsrecht, die, zo zij door een van de gemeenschapsinstellingen werden begaan, niet tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap zouden leiden, doch dat hij, indien zijn nationale recht dit toestaat, voor de aansprakelijkheid van de staat wel minder strenge maatstaven mag aanleggen. Met andere woorden: de nationale rechter dient de staat *in elk geval* aansprakelijk te verklaren wanneer is voldaan aan de voorwaarden die tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap zouden leiden.

73. Dienaangaande preciseerde het Hof in zijn arrest van 28 april 1971 (zaak 4/69, Lütticke, Jurispr. 1971, blz. 325, r. o. 10), dat sindsdien herhaaldelijk is bevestigd (zie onder meer het arrest van 14 januari 1987, zaak 281/84, Zuckerfabrik Bedburg, Jurispr. 1987, blz. 49, r. o. 17), dat

„krachtens artikel 215, tweede alinea, en de algemene beginselen waarnaar in dit voorschrift wordt verwezen, voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap een aantal voorwaarden — betreffende het bestaan van schade, het causaal verband tussen het beweerdelijk geleden nadeel en de aan de instellingen verweten gedraging, alsook de onwettigheid van de aan de instelling verweten gedraging — moeten zijn vervuld".

Waar de eerste twee voorwaarden niet eigen zijn aan de aansprakelijkheid van de Gemeenschap [22] en in casu niet rechtstreeks in geding zijn — het gaat er immers om, onder welke voorwaarden het handelen, of liever gezegd het niet-handelen van de Lid-Staten tot aansprakelijkheid kan leiden —, geloof ik dat enkel de voorwaarde betreffende de onwettigheid van de aan de schade ten grondslag liggende gedraging hier nadere precisering behoeft. Bovendien moet de aandacht meer in het bijzonder worden gericht op het geval dat de aan de beweerdelijk geleden schade ten grondslag liggende handeling een normatief karakter heeft, daar de omzetting van richtlijnen in nationaal recht normaal gesproken via dergelijke handelingen — of het nu wetten of verordeningen zijn — gestalte dient te krijgen. De in casu relevante bepalingen van richtlijn 80/987 van de Raad hadden in elk geval via normatieve handelingen in Italiaans recht moeten worden omgezet.

22 — Zie in deze zin Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, Luik, 1981, blz. 259.

74. Is een onwettige handeling van een Lid-Staat voldoende grond om aansprakelijkheid van die Lid-Staat te doen ontstaan ? Wat het gebruik van de begrippen „onwettigheid" en „onrechtmatig handelen" betreft, laat de rechtspraak van het Hof een bepaalde ontwikkeling zien, waarvoor ik verwijs naar de studie van rechter Schockweiler.[23] De jongste stand van deze rechtspraak is in dit geval te vinden in het arrest van 18 april 1991 (zaak C-63/89, Assurances du Crédit et Compagnie belge d'Assurance Crédit SA, Jurispr. 1991, blz. I-1799), in de rechtsoverwegingen 12 en 3 waarvan het Hof overwoog:

„Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor normatieve handelingen waarin keuzen van economisch beleid tot uiting komen en bij de vaststelling waarvan de gemeenschapsinstellingen eveneens over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken, is onwettigheid van een coördinatierichtlijn op zich daarom nog niet voldoende om niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap te doen ontstaan. Hiervan kan slechts sprake zijn bij een voldoende gekarakteriseerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel en indien de betrokken instellingen de grenzen van hun bevoegdheid klaarblijkelijk ernstig hebben miskend.

Mitsdien moet worden nagegaan of de gewraakte richtlijnen onwettig zijn en, zo ja, of het *uit deze onwettigheid blijkende onrechtmatig handelen* aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet en daardoor tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden."

23 — „Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne", door F. A. Schockweiler, in samenwerking met G. Wivenes en J. M. Godart, *Revue trimestrielle de droit européen*, januari-maart 1990, blz. 27, 54 en volgende.

75. Uit deze laatste passage kan mijns inziens worden afgeleid, dat het Hof de begrippen onwettigheid en onrechtmatig handelen als synoniemen beschouwt wanneer er sprake is van normatieve handelingen. Dit betekent, dat ook indien het recht van een Lid-Staat naast het bewijs van onwettigheid het bewijs van onrechtmatig handelen verlangt, de nationale rechter (wanneer het om normatieve handelingen gaat) niet behoeft na te gaan, of er onrechtmatig is gehandeld, doch kan volstaan met te onderzoeken of aan de overige door het Hof geformuleerde voorwaarden is voldaan.

76. Wanneer *het Hof* in een *arrest* heeft vastgesteld, dat een richtlijn niet of op onjuiste wijze is omgezet, zou de beantwoording van de vraag of aan die voorwaarden is voldaan, voor de nationale rechter geen onoverkomelijke problemen moeten opleveren. Een dergelijk arrest zou voldoende grond moeten zijn voor de vaststelling dat er sprake is van een *„voldoende gekarakteriseerde schending van een hogere rechtsregel„* aangezien elke onjuiste omzetting van een richtlijn een schending oplevert van de fundamentele verdragsregels van de artikelen 5 en 189, derde alinea, EEG-Verdrag, die de Lid-Staten verplichten tot het nemen van alle maatregelen die nodig zijn voor de juiste omzetting van richtlijnen in nationaal recht. (Gaat het om een richtlijn die de Lid-Staten verplichtingen oplegt, dan levert de niet-omzetting van die richtlijn bovendien een schending van die verplichtingen op.)

Overigens is het zelfs nog maar de vraag, of wel aan deze voorwaarde moet zijn voldaan. Het criterium van de voldoende gekarakteriseerde schending van een hogere rechtsregel wordt in 's Hofs rechtspraak immers enkel genoemd in verband met de door de instellingen van de Gemeenschap te maken *„keuzen van economisch beleid"*. Ook

is het alleen wanneer een instelling over een *„ruime discretionaire bevoegdheid„* [24] beschikte, dat het Hof als voorwaarde stelt dat die instelling *de grenzen* van die bevoegdheid *klaarblijkelijk en ernstig* heeft miskend. Gaat het echter om de omzetting van richtlijnen, die voor de Lid-Staten verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat en hun enkel de bevoegdheid laten vorm en middelen te kiezen, dan kan er geen sprake zijn van „keuzen van economisch beleid" noch van een „ruime discretionaire bevoegdheid".

Hoe dan ook kan er dus van worden uitgegaan, dat de niet-omzetting of de onjuiste omzetting van een richtlijn als onwettig is te beschouwen en derhalve, indien aan alle overige voorwaarden is voldaan, aansprakelijkheid van de staat doet ontstaan.

77. Nu dan de voorwaarde, dat de geschonden regel van gemeenschapsrecht een *„ter bescherming van particulieren gegeven„regel* moet zijn. Deze voorwaarde kan niet anders dan worden beoordeeld in verband met de relevante bepalingen van de richtlijn, die niet op juiste wijze in nationaal recht zijn omgezet. Het is echter al moeilijk zich in het algemeen situaties voor te stellen waarin een particulier zich kan beroepen op schade als gevolg van schending van een rechtsregel die er niet toe strekt zijn belangen te beschermen. [25] Bovendien kan er in casu geen twijfel over bestaan, dat de relevante bepalingen van richtlijn 80/987 belangen van particulieren beogen te beschermen, namelijk — zoals blijkt uit de titel en de eerste overweging van de considerans van de richtlijn — die van de werknemers bij insolventie van de werkgever.

78. Met betrekking tot de *formele of procedurele voorwaarden* zagen wij al, dat de in de verschillende nationale wettelijke regelingen vastgestelde regels in acht moeten worden genomen. Het is niet uitgesloten dat een dergelijke verwijzing naar het nationale recht, waarvan ook in het arrest Russo al sprake was, in sommige gevallen tot disparitеiten zal leiden, bij voorbeeld op het gebied van de verjaringstermijnen. Bij gebreke van een eventueel op basis van de artikelen 100 tot en met 162 en 235 EEG-Verdrag vast te stellen gemeenschapsregeling ter zake [26], houdende uniform toepasselijke voorwaarden, moeten deze bezwaren echter op de koop toe worden genomen, evenals dat het geval is met de bezwaren die voortvloeien uit de toepassing van nationaal recht op procedures betreffende de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen. Om deze bezwaren tot een aanvaardbaar minimum te beperken, dienen aan de toepassing van de nationale regels betreffende vorm en procedure dezelfde twee voorwaarden te worden verbonden als die welke het Hof heeft geformuleerd in verband met de terugvordering van ten onrechte geheven nationale belastingen: die regels mogen „niet ongunstiger zijn dan die voor gelijksoortige nationale vorderingen en zij mogen niet van dien aard zijn, dat zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk maken" (zie r. o. 12 van het arrest San Gi-

24 — Zie met betrekking tot een „normatief kader dat wordt gekenmerkt door de uitoefening van een ruime discretionaire bevoegdheid", onder meer het arrest van 30 mei 1989, zaak 20/88, Roquette, Jurispr. 1989, blz. 1553, r. o. 23.

25 — Naar gemeenschapsrecht behoeven er enkel „belangen" en geen subjectieve rechten van de benadeelde persoon in geding te zijn. Zie, behalve de door de Commissie aangehaalde arresten Vloeberghs en Kampffmeyer, Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, Luik, 1981, blz. 268, en M. Waelbroeck in Mégret, J.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 10, band 1, Brussel, 1983, blz. 292.

26 — Zie met betrekking tot vorderingen tot terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven nationale belastingen, de arresten van 16 december 1976, zaak 33/76, Rewe, Jurispr. 1976, blz. 1989, r. o. 5, en zaak 45/76, Comet, Jurispr. 1976, blz. 2043, r. o. 14.

orgio, reeds aangehaald, Jurispr. 1983, blz. 3595). [27]

79. Wat de hoofdgedingen betreft, kan op basis van het voorgaande worden geconcludeerd, dat de Italiaanse staat ingevolge het gemeenschapsrecht gehouden is, in het kader van de nationale procesregels de schade te vergoeden die particulieren hebben geleden als gevolg van het feit dat de richtlijn niet in Italiaans recht is omgezet.

80. Is deze conclusie in tegenspraak met het feit dat aan de andere kant ook is betoogd, dat de bepalingen van de richtlijn waarin de rechten van de werknemers worden omschreven, de Lid-Staten een beoordelingsmarge laten en daardoor niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn ?

Ik zou zeggen van niet, daar de nationale rechter in geval van een beroep tot schadevergoeding over een beoordelingsmarge beschikt die hem niet toekomt wanneer de richtlijn rechtstreekse werking heeft. Zodra vaststaat dat de verzoeker moet worden gerekend tot de categorie van personen wier belangen de richtlijn beoogt te beschermen, kan de nationale rechter de schadevergoeding „ex aequo et bono" vaststellen, zij het dat hij daartoe zoveel mogelijk aansluiting moet zoeken bij de bepalingen van de richtlijn. Hij zal de in artikel 3 geboden opties en de in artikel 4 genoemde afwijkingsmogelijkheden onderzoeken en zich inspannen op basis daarvan een door hem redelijk geacht schadevergoedingsbedrag vast te stellen.

81. In het onderhavige geval wordt dit karwei vergemakkelijkt doordat de Italiaanse wetgever inmiddels heeft laten weten, welke van de door de richtlijn geboden opties hij voornemens is te kiezen. Ter terechtzitting heeft de gemachtigde van de Italiaanse regering namelijk verklaard, dat wet nr. 428 van 29 december 1990 — ook wel „gemeenschapswet 1990" genoemd — voorziet in een delegatie van bevoegdheden aan de Italiaanse regering in die zin, dat deze in het jaar dat volgt op de inwerkingtreding van wet een wetsbesluit dient uit te vaardigen met het oog op de volledige omzetting van richtlijn 80/987. Artikel 48 van wet nr. 428 bevat de criteria waaraan de Italiaanse regering zich heeft te houden. Als ik deze bepaling goed begrijp, zal het waarborgfonds, dat zal worden belast met de uitvoering van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen (en dat uitsluitend zal worden gefinancierd door de werkgevers, zonder enige bijdrage van staatswege), de onvervulde aanspraken honoreren die betrekking hebben op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding binnen een periode van zes maanden vóór het intreden van de insolventie van de werkgever.

— De mogelijke gevolgen van een arrest in de voorgestelde zin

82. Rest nog de vraag, of een arrest in de door mij voorgestane zin dermate verstrekkende gevolgen zou hebben, dat de werking ervan in de tijd moet worden beperkt.

83. Laat ik om te beginnen vaststellen, dat het spijtig is dat de gemeenschapswetgever geen gehoor heeft gegeven aan het hem reeds in 1975 door het Hof — als onderdeel van een aantal aan de heer Tindemans

27 — Rechter Schockweiler heeft in een recent artikel („Le dommage causé par suite d'une violation du droit communautaire par l'autorité publique et sa réparation en droit luxembourgeois", *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1990, nr. 2, blz. 35, 40) terecht opgemerkt:
„deze laatste voorwaarde zou in voorkomend geval voor de Lid-Staten aanleiding kunnen zijn, hun regeling inzake overheidsaansprakelijkheid te wijzigen dan wel aan te passen".

gedane suggesties [28] — gedane voorstel, zelf een regeling voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staten voor niet-naleving van het gemeenschapsrecht in te voeren. Het is echter zeker niet te laat om dit alsnog te doen.

Maar intussen moet het Hof, daartoe verzocht door nationale rechters, zich over het probleem buigen, en om de hierboven uiteengezette redenen ben ik van mening, dat het niet anders kan dan voor recht verklaren dat de schadevergoedingsverplichting van de Italiaanse staat haar grondslag in het gemeenschapsrecht vindt.

84. Formeel gezien behoeft het Hof zich in casu enkel uit te spreken over een welbepaalde richtlijn, ter zake waarvan het een niet-nakomingsarrest heeft gewezen tegen de Lid-Staat waar het probleem is opgeworpen. Op het eerste gezicht zou men dus geneigd kunnen zijn te denken, dat zo het Hof de hem voorgelegde concrete vraag in de voorgestelde zin beantwoordt, zulks hooguit voor de Italiaanse staat financiële gevolgen zou meebrengen. Die gevolgen zouden echter niet verder teruggaan dan tot 23 oktober 1983, datum waarop de richtlijn had moeten zijn omgezet. Bovendien zouden alle Lid-Staten gemakkelijk kunnen voorkomen, dat zij in de toekomst in een vergelijkbare situatie komen te verkeren: zij hoeven alleen maar voor de tijdige omzetting van richtlijnen te zorgen.

85. De redenering die ik zojuist heb voorgesteld voor de beantwoording van de aan het Hof voorgelegde vraag, beperkt zich echter niet tot de bijzonderheden van het onderhavige geval.

Die redenering kan namelijk worden toegepast op alle gevallen van niet-nakoming die zich in het verleden hebben voorgedaan, of het nu gaat om de niet-nakoming van verdragsbepalingen, van verordeningen of van al dan niet rechtstreeks werkende richtlijnen.

Bovendien is de door mij voorgestane oplossing nogal revolutionair, getuige het feit dat de vertegenwoordigers van vier Lid-Staten aan de aangehaalde arresten van het Hof een veel beperktere draagwijdte hebben toegekend dan er mijns inziens aan moet worden toegekend.

86. Ik geloof dan ook dat de subsidiaire vordering van de Italiaanse regering moet worden toegewezen en dat de werking van 's Hofs arrest in de tijd moet worden beperkt. [29] De Lid-Staten mochten immers redelijkerwijze aannemen, dat hun aansprakelijkheid voor schending van een regel van gemeenschapsrecht enkel haar grondslag kon vinden in bepalingen van nationaal recht en dat de niet-omzetting van een niet rechtstreeks werkende richtlijn een dergelijke aansprakelijkheid niet kon doen ontstaan. Onder deze omstandigheden verzetten dwingende overwegingen van rechtszekerheid zich ertegen, dat rechtssituaties waarvan de gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht, daar in een dergelijk geval de financiele consequenties voor de Lid-Staten zeer vérstrekkend zouden kunnen zijn. Ik geef het Hof met andere woorden in overweging, te verklaren dat de (eventueel) in het arrest in de onderhavige zaak geformuleerde beginselen niet kunnen worden toegepast op schade die vóór de datum van dat arrest is geleden, met dien verstande dat een uitzondering moet worden gemaakt voor personen die vóór die datum een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.

28 — *Bulletin van de Europese Gemeenschappen*, Supplement 9/75, blz. 19.

29 — Zie laatstelijk het arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

87. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, het tweede onderdeel van de eerste vraag van de twee Italiaanse rechters te beantwoorden als volgt:

„Het gemeenschapsrecht moet aldus worden uitgelegd, dat particulieren bij de nationale rechter een vordering tegen een Lid-Staat moeten kunnen instellen tot vergoeding van de schade die hun is veroorzaakt door de niet-omzetting van de bepalingen van richtlijn 80/987, die door het Hof in een niet-nakomingsarrest is vastgesteld.

Het aan het onderhavige arrest ten grondslag liggende beginsel, volgens hetwelk een Lid-Staat krachtens het gemeenschapsrecht wegens niet-nakoming van dat recht aansprakelijk kan worden gesteld, kan niet worden ingeroepen door personen die vóór de datum van het onderhavige arrest schade hebben geleden, met uitzondering van degenen die vóór die datum een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld."

De tweede en de derde vraag

88. De tweede en de derde vraag luiden als volgt:

„2) Moeten de artikelen 3 en 4 van richtlijn 80/987 van de Raad, in onderlinge samenhang gelezen, aldus worden uitgelegd, dat de staat die geen gebruik heeft gemaakt van de in artikel 4 voorziene mogelijkheid om beperkingen aan te brengen, de aanspraken van de werknemers dient te honoreren ten belope van het in artikel 3 bepaalde?

3) Ingeval vraag 2 ontkennend wordt beantwoord, wat is dan het minimum dat volgens richtlijn 80/987 door de staat aan de rechthebbende werknemer moet worden gewaarborgd om van uitvoering van die richtlijn te kunnen spreken?"

89. Aangezien ik heb geconcludeerd, dat de bepalingen van de richtlijn geen rechtstreekse werking hebben, zijn deze twee vragen zonder voorwerp geraakt.

Subsidiair wil ik eraan herinneren, dat de artikelen 3 en 4 mijns inziens als één geheel moeten worden beschouwd.

90. Alvorens deze conclusie te besluiten, wil ik nog een algemene opmerking maken over richtlijnen die niet tijdig in nationaal recht zijn omgezet. Sommigen zullen misschien van mening zijn, dat de hierboven voorgestelde juridische constructie veel te gecompliceerd is en dat er beter van kan worden uitgegaan, dat een niet-omgezette richtlijn altijd door particulieren voor de nationale rechter kan worden ingeroepen, ook al zijn de bepalingen ervan niet voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk, en ook al beoogt de richtlijn particuliere ondernemingen of andere particulieren bepaalde lasten op te leggen (horizontale werking).

91. Met betrekking tot dit laatste punt ben ik echter van mening, dat het met de bewoordingen van artikel 189 onverenigbaar zou zijn, te verklaren dat de richtlijn vanaf de datum waarop zij had moeten zijn omgezet, verbindend is voor alle natuurlijke en rechtspersonen aan wie ingevolge de richtlijn door de Lid-Staten bepaalde verplichtingen of lasten moeten worden opgelegd.

Dit geldt mijns inziens met name wanneer de Lid-Staat met betrekking tot de aan die personen op te leggen lasten over een ruime beoordelingsmarge beschikt, dat wil zeggen wanneer de bepalingen van de richtlijn niet onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn waar het gaat om de draagwijdte van de rechten die zij beogen te verlenen.

92. Die strenge voorwaarde van de rechtsreekse werking kan enigszins worden afgezwakt, door de nationale rechter, zoals ik heb voorgesteld, de bevoegdheid te verlenen het door hem toe te kennen schadevergoedingsbedrag „ex aequo et bono" vast te stellen, daarbij zoveel mogelijk aansluiting zoekend bij de bepalingen van de richtlijn, ook indien deze hem een ruime beoordelingsmarge laten. Bovendien maakt de toekenning van schadevergoeding door de staat het mogelijk, degenen voor wie de richtlijn rechten in het leven beoogt te roepen, in elk geval bij benadering genoegdoening te verschaffen, zonder daarbij inbreuk te maken op het beginsel dat een niet-omgezette richtlijn niet verbindend kan zijn voor particuliere natuurlijke of rechtspersonen. En ten slotte heeft de voorgestelde oplossing als groot voordeel, dat de Lid-Staten sterk worden gestimuleerd om richtlijnen binnen de voorgeschreven termijn in nationaal recht om te zetten.

Conclusie

93. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de drie gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) De bepalingen van richtlijn 80/987/EEG zijn onvoldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk om rechten in het leven te kunnen roepen die particulieren in rechte kunnen doen gelden.

2) Het gemeenschapsrecht moet aldus worden uitgelegd, dat particulieren bij de nationale rechter een vordering tegen een Lid-Staat moeten kunnen instellen tot vergoeding van de schade die hun is veroorzaakt door de niet-omzetting van de bepalingen van richtlijn 80/987, die door het Hof in een niet-nakomingsarrest is vastgesteld.

3) Het aan het onderhavige arrest ten grondslag liggende beginsel, volgens hetwelk een Lid-Staat krachtens het gemeenschapsrecht wegens niet-nakoming van dat recht aansprakelijk kan worden gesteld, kan niet worden ingeroepen door personen die vóór de datum van het onderhavige arrest schade hebben geleden, met uitzondering van degenen die vóór die datum een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.

4) gezien het antwoord op de eerste vraag, zijn de tweede en de derde vraag zonder voorwerp geraakt."