CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 28 november 1995 *

Inhoudsoverzicht

Feiten, nationale regelingen, prejudiciële vragen ..... I - 1067

a) Zaak C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) Zaak C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Probleemstelling en opzet van de conclusie ..... I - 1074

I — Het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat in het gemeenschapsrecht: grondslag en strekking ..... I - 1076

a) De erkenning in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten wegens schending van bepalingen van gemeenschapsrecht: het arrest Francovich en de eerdere rechtspraak ..... I - 1078

b) Het „communautaire" aansprakelijkheidsbeginsel: een middel om een leemte in de rechtsbescherming op te vullen of een beginsel met ruimere strekking? ..... I - 1082

c) De schadevergoedingsplicht van de staat wegens handelingen van de wetgever ... I - 1088

II — Voorwaarden voor de schadevergoedingsplicht van de staat ..... I - 1095

1. De oplossing van het arrest Francovich ..... I - 1097

2. De rechtspraak betreffende artikel 215, tweede alinea ..... I - 1100

3. De „communautaire" criteria inzake de algemene aansprakelijkheidsvoorwaarden I - 1104

a) Het schadeveroorzakende feit: de schending van gemeenschapsregels ..... I - 1105

— Ernstige en kennelijke schending ..... I - 1106

— Is schuld een essentieel element? ..... I - 1111

b) Het bestaan van schade ..... I - 1114

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

c) Het oorzakelijk verband ..... I - 1116

— De handelwijze van de benadeelde persoon ..... I - 1117

— Schadevordering en administratief beroep: autonoom of subsidiair? ..... I - 1117

4. De andere voorwaarden ..... I - 1120

5. Het tijdstip waarop de schadevergoedingsplicht ontstaat ..... I - 1123

III — Antwoorden op de vragen van de nationale rechterlijke instanties ..... I - 1124

a) Zaak C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) Zaak C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Conclusie ..... I - 1128

1. De aansprakelijkheid van de staat wegens schending van het gemeenschapsrecht en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht ten gunste van particulieren, die aan de orde waren in het bekende arrest Francovich e. a. [1], is een onderwerp waarvoor nog steeds grote belangstelling bestaat. Bovendien heeft het bedoeld arrest niet alle vragen weggenomen; er zijn nog steeds belangrijke punten die verduidelijking behoeven.

De vragen van het Bundesgerichtshof (zaak C-46/93) en van de High Court of Justice (zaak C-48/93), waarmee opnieuw de problematiek aan de orde wordt gesteld van de schendingen van verdragsregels, welke schendingen het Hof in eerdere uitspraken reeds heeft onderzocht, bieden dus de gelegenheid, zo niet om alle resterende problemen van deze ingewikkelde materie op te lossen, dan toch om ter zake nadere preciseringen aan te brengen. Daarbij denk ik in het bijzonder aan de vraag van het bestaan van de aansprakelijkheid van de staat in andere gevallen dan die van de niet-omzetting van richtlijnen, en aan die van de *gemeenschapsrechtelijke* vereisten voor het recht van de particulier op schadevergoeding.

Het Hof heeft zich in de onderhavige zaken uit te spreken over fundamentele aspecten, meer in het bijzonder over het verband tussen het gemeenschapsrecht en de nationale rechtsstelsels. Deze kwestie is beslissend voor de goede werking van het communautaire rechtsstelsel in zijn geheel beschouwd.

Feiten, nationale regelingen, prejudiciële vragen

2. Voor een gedetailleerde uiteenzetting van de juridische context en van de feiten die ten

1 — Arrest van 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. 1991, blz. I-5357).

grondslag liggen aan de onderhavige procedures, verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting; ik zal mij in mijn conclusie ertoe beperken de punten in herinnering te brengen die van rechtstreeks belang zijn voor mijn betoog.

a) *Zaak C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. Brasserie du pêcheur SA, een Franse bierbrouwerij gevestigd te Schiltigheim (Elzas), stelt dat zij zich eind 1981 genoopt heeft gezien de bierexport naar Duitsland te onderbreken, zulks op grond dat het door haar gebrouwen bier niet in overeenstemming was met de kwaliteitseisen van de §§ 9 en 10 van het Biersteuergesetz [2] (hierna: „BStG"). Zoals ter terechtzitting is gebleken, hebben de voortdurende controles van de Duitse autoriteiten bij de wederverkopers en de detailhandelaren, en de daaruit voortvloeiende betwistingen over de overeenstemming van het bier met de ter zake geldende eisen, tot gevolg gehad dat de Duitse importeur die de alleenvertegenwoordiging had van de produkten van Brasserie du pêcheur, van verlenging van het distributiecontract heeft afgezien.

Naar aanleiding van het arrest van het Hof van 12 maart 1987 [3], waarbij is vastgesteld dat het verbod om uit andere Lid-Staten ingevoerd bier dat niet voldoet aan de vereisten van het BStG in de handel te brengen, in strijd is met artikel 30 van het Verdrag, heeft Brasserie du pêcheur de Bondsrepubliek Duitsland gedagvaard tot vergoeding van de uit deze importbeperking voortvloeiende schade die tussen 1981 en 1987 aan haar is veroorzaakt; zij vordert een schadevergoeding van 1 800 000 DM, welk bedrag overeenkomt met een gedeelte van de werkelijk geleden schade. Tegen de afwijzing van de schadevordering door de lagere rechters heeft Brasserie du pêcheur cassatieberoep ingesteld bij het Bundesgerichtshof.

4. Het Bundesgerichtshof stelt vast, dat de gestelde schending neerkomt op een verzuim van de wetgever, die niet de nodige maatregelen heeft genomen om het BStG in overeenstemming te brengen met het gemeenschapsrecht. In Duitsland gelden ter zake van schadevorderingen artikel 839 van het Bürgerliches Gesetzbuch, in samenhang met artikel 34 van het Grundgesetz. Artikel 34 van het Grundgesetz bepaalt dat, indien iemand in de uitoefening van een openbaar ambt tekort schiet aan zijn ambtsplichten ten opzichte van een derde, de aansprakelijkheid in beginsel rust op de staat of op het orgaan waarbij hij in dienst is. § 839, lid 1, van het Bürgerliches Gesetzbuch bepaalt, dat de ambtenaar die opzettelijk of door nalatigheid zijn ambtsplicht ten opzichte van een derde schendt, ten opzichte van deze derde gehouden is tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade. Ingeval de ambtenaar alleen onzorgvuldigheid kan worden verweten, is hij voor de veroorzaakte schade slechts aansprakelijk voor zover de benadeelde derde de schade niet anderszins kan verhalen.

2 — Wet van 14 maart 1952 (BGBl. I, blz. 148), zoals gewijzigd bij wet van 14 december 1976 (BGBl. I, blz. 3341). Ingevolge artikel 10 mag de benaming „bier" uitsluitend worden gebruikt voor produkten die voldoen aan de dwingende kwaliteitseisen opgesomd in artikel 9 van die wet.

3 — Zaak 178/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1987, blz. 1227.

Naast de uitoefening van een openbaar ambt en de schending van een ambtsplicht, is voor de toepassing van de betrokken regeling dus een bijkomend vereiste gesteld, namelijk dat de geschonden ambtsplicht een derde moet betreffen *(Drittbezogenheit)*, wat inhoudt dat de staat alleen dan aansprakelijk is wanneer de betrokken verplichting uitdrukkelijk een derde ten goede komt, en er dus toe strekt een hem toekomend recht te beschermen. Precies aan dit vereiste is normalerwijs niet voldaan, wanneer het gaat om een onrechtmatige handeling van de wetgever, daaronder begrepen de onrechtmatige handeling die thans aan de orde is. [4] Zoals de verwijzende rechter heeft vastgesteld, heeft de wetgever met het BStG lasten opgelegd die de collectiviteit betreffen en niet in het bijzonder één persoon of categorie personen raken die kunnen worden beschouwd als derden in de zin van voormelde bepalingen. [5]

In de tweede plaats wijst de verwijzende rechter erop, dat in casu de aansprakelijkheid van de staat evenmin kan worden gebaseerd op een onrechtmatig overheidsoptreden dat op één lijn is te plaatsen met een onteigening; het desbetreffende beginsel is ontwikkeld in de rechtspraak van het Bundesgerichtshof. [6]

De verwijzende rechter baseert deze zienswijze hierop, dat volgens deze rechtspraak het betrokken beginsel in de weg staat aan vergoeding van de schade voortvloeiend uit strijd van de wet met het Grundgesetz, waarmee de vergoeding van schade voortvloeiend uit schending van een gemeenschapsverplichting gelijk is te stellen. Bovendien is in de onderhavige zaak geen sprake van een ingreep in een door het eigendomsrecht beschermde rechtspositie van verzoekster.

5. Van oordeel dat het Duitse recht geen grond oplevert om verzoeksters schadevordering toe te wijzen, heeft het Bundesgerichtshof het Hof van Justitie dus om een prejudiciële beslissing verzocht, teneinde te kunnen uitmaken of het in het arrest Francovich ontwikkelde beginsel van de aansprakelijkheid van de staat voor aan particulieren veroorzaakte schade te wijten aan schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hem zijn toe te rekenen, toepasselijk is in de hem voorgelegde zaak. De prejudiciële vragen luiden:

„1. Geldt het gemeenschapsrechtelijk beginsel, dat de Lid-Staten de schade moeten vergoeden die aan particulieren wordt veroorzaakt door aan die staten toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht ook dan, wanneer een dergelijke schending erin bestaat, dat een formele nationale wet niet aan de hogere regels van gemeenschapsrecht wordt aangepast (in casu: niet-aanpassing van

4 — Voor onrechtmatige handelingen van de wetgever (*legislatives Unrecht*) geldt namelijk dezelfde regeling als voor de aansprakelijkheid van de overheid (*Amtshaftung*). Daarom is de aansprakelijkheid voor schade voortvloeiend uit onrechtmatige handelingen van de wetgever, waarover in Duitsland geen eensgezindheid bestaat, algemeen erkend wanneer het gaat om regelingen voor concrete gevallen (*Einzelfallgesetze*) dan wel om een normatieve handeling zoals een plan voor stadsaanleg (*Bebauungsplan*).

5 — Dit schema verschilt weinig van het — doorgaans als uitsluitend Italiaans beschouwde — onderscheid tussen subjectieve rechten en rechtmatige belangen.

6 — BGHZ (jurisprudentie van het Bundesgerichtshof in burgerlijke zaken) 90, blz. 17, inzonderheid op blz. 29 e. v.

de §§ 9 en 10 van het Duitse Biersteuergesetz aan artikel 30 EEG-Verdrag)?

2. Mag het nationale recht een eventuele schadevordering aan dezelfde beperkingen onderwerpen als die welke gelden in het geval van strijd van een nationale wet met nationaal recht van hogere rang, bij voorbeeld strijd van een gewone Duitse wet met het Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland?

3. Mag het nationale recht een recht op schadevergoeding afhankelijk stellen van de voorwaarde, dat de voor de niet-aanpassing verantwoordelijke staatsorganen daaraan schuld hebben (wegens opzet of onzorgvuldigheid)?

4. Indien vraag 1 bevestigend en vraag 2 ontkennend moet worden beantwoord:

a) Mag de schadevergoedingsplicht overeenkomstig het nationale recht worden beperkt tot de vergoeding van schade aan bepaalde individuele, door een wettelijke regeling beschermde goederen (bij voorbeeld eigendom), of is volledige vergoeding verschuldigd van alle vermogensschade, met inbegrip van gederfde winst?

b) Houdt de schadevergoedingsplicht ook de vergoeding in van schade die reeds was ontstaan vóór de vaststelling door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij arrest van 12 maart 1987 (zaak 178/84), dat § 10 van het Duitse Biersteuergesetz in strijd was met hogere regels van gemeenschapsrecht?"

b) *Zaak C-48/93 (Factortame III)*

6. De schadevordering naar aanleiding van de toepassing van de Merchant Shipping Act 1988 (koopvaardijwet 1988) is ingediend door 97 verzoekers in het hoofdgeding, en is het vervolg van de bekende zaak Factortame, waarvan ik alleen de belangrijkste punten in herinnering wil brengen.

De betrokken wet voorzag in de invoering van een nieuw scheepsregister voor alle Britse vissersvaartuigen, dus ook voor die welke reeds in het vorige register waren ingeschreven. Meer in het bijzonder stelde de nieuwe registratieregeling, die inging op

1 april 1989, strengere eisen inzake nationaliteit, verblijfplaats en woonplaats van de rechtspersonen en natuurlijke personen die effectief eigenaar waren van de vaartuigen. Vaartuigen die niet aan deze eisen voldeden, konden niet in het nieuwe register worden ingeschreven en mochten dus niet onder Britse vlag vissen.

Tegen de nieuwe registratieregeling werd beroep ingesteld bij de Divisional Court, dat de toepassing ervan heeft opgeschort bij beschikking in kort geding van 10 maart 1989, die door de Court of Appeal is vernietigd. [7] Tegelijkertijd heeft de Divisional Court het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over door verzoekers aan de orde gestelde vragen van gemeenschapsrecht; het Hof heeft hierover bij arrest van 25 juli 1991 [8] uitspraak gedaan. In dat arrest heeft het Hof verklaard, dat de vereisten van nationaliteit, verblijfplaats en woonplaats van eigenaars van vissersvaartuigen, die zijn vastgesteld in de nieuwe registratieregeling van het Verenigd Koninkrijk, in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder met artikel 52 van het Verdrag.

In verband met de gestelde onverenigbaarheid van deze wet met het gemeenschapsrecht, uitsluitend wat de nationaliteitseisen betreft, had de Commissie intussen tegen het Verenigd Koninkrijk beroep krachtens artikel 169 ingesteld. Bovendien had de Commissie in kort geding de voorlopige opschorting van de toepassing van de wet gevorderd, welk verzoek het Hof bij beschikking van 10 oktober 1989 [9] heeft toegewezen. Daarop heeft het Verenigd Koninkrijk met ingang van 2 november 1989 de betrokken wet gedeeltelijk gewijzigd. Bij arrest van 4 oktober 1991 [10] heeft het Hof verklaard, dat het Verenigd Koninkrijk, door te eisen dat de eigenaars van vissersvaartuigen aan vorenbedoelde nationaliteitseisen voldoen, de krachtens de artikelen 7, 52 en 221 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Op 2 oktober 1991 heeft de Divisional Court ter uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-221/89 (Factortame II) toestemming verleend voor de registratie van de vissersvaartuigen van de 79 verzoekers, en hen verzocht hun schadevorderingen tegen de Secretary of State for Transport te preciseren. Bij beschikking van 18 november 1992 heeft de Divisional Court een aantal vennootschappen en andere personen toestemming verleend om in de procedure te interveniëren en/of schadevorderingen in te dienen; tevens verleende het Rawlings (Trawling) Limited (37ste verzoekende partij) toestemming om haar vordering in dier voege te wijzigen, dat zij tevens strekt tot toekenning van een exemplaire schadevergoeding wegens de inconstitutionele handelwijze van de overheid *(exemplary damages for unconstitutional behaviour)*.

7 — Volledigheidshalve herinner ik eraan, dat het House of Lords, naar aanleiding van het door verzoekers ingestelde beroep, bij beschikking van 18 mei 1989 het Hof twee prejudiciële vragen heeft gesteld betreffende het bestaan en de omvang van de bevoegdheid van de nationale rechter inzake voorlopige maatregelen wanneer aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten geldend worden gemaakt. In het arrest van 19 juni 1990 (zaak C-213/89, Factortame e. a., Jurispr. 1990, blz. I-2433, hierna: arrest Factortame I) heeft het Hof verklaard: „Het gemeenschapsrecht moet aldus worden uitgelegd, dat de nationale rechter die in een bij hem aanhangig geding betreffende het gemeenschapsrecht van oordeel is dat het enige wat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, die regel buiten toepassing moet laten." Daarop heeft het House of Lords op 11 oktober 1990 de voorlopige maatregelen van het Divisional Court bevestigd, in afwachting van een uitspraak over de hoofdzaak.

8 — Zaak C-221/89, Factortame e. a., Jurispr. 1991, blz. I-3905, hierna: arrest Factortame II.

9 — Zaak 246/89 R, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1989, blz. 3125.

10 — Zaak C-246/89, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1991, blz. I-4585.

Verzoekers vorderen vergoeding van met name kosten en winstderving vanaf de inwerkingtreding van de bestreden nieuwe regeling (1 april 1989) tot het tijdstip waarop zij de visserijactiviteit hebben kunnen hervatten. [11]

7. In het Engelse recht is het principe van de aansprakelijkheid van de staat in de rechtspraak ontwikkeld. Daarbij is uitgegaan van hetzelfde uitgangspunt, namelijk het begrip onrechtmatige daad *(tort)*, dat ook geldt inzake civielrechtelijke aansprakelijkheid, voor zover dit begrip kan worden toegepast op overheidshandelingen.

In de eerste plaats wordt het recht op schadevergoeding erkend wanneer de schade het gevolg is van een schuldig verzuim *(tort of negligence)* bij de uitoefening van de administratieve, daaronder begrepen normatieve [12], bevoegdheid. Aangezien evenwel voor een dergelijke vordering het bestaan van een „zorgvuldigheidsplicht" *(duty of care)* in hoofde van de overheid is vereist, en de jurisprudentie ter zake het bestaan daarvan ontkent wanneer het uitsluitend om economische schade gaat [13], zodat dit soort schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, volgt daaruit dat een schending van het gemeenschapsrecht nauwelijks aanleiding zou kunnen geven tot aansprakelijkheid. Het begrip en de strekking van de zorgvuldigheidsplicht zijn een thema waaraan thans in de rechtspraak in het Verenigd Koninkrijk veel aandacht wordt besteed. [14]

In de tweede plaats kan de aansprakelijkheid van de overheid worden ingeroepen in geval van schending van een door de wet opgelegde verplichting *(breach of statutory duty)*. In dat geval is het evenwel veel minder gemakkelijk om schadevergoeding te verkrijgen, want de regel is, dat de mogelijkheid om ter verzekering van de eerbiediging van de wet administratieve beroepsmogelijkheden aan te wenden, schadevorderingen uitsluit. [15] Weliswaar is de schadevergoedingsplicht wegens schendingen van het gemeenschapsrecht ook in die materies erkend, doch het ging daarbij uitsluitend om „privaatrechtelijke rechtsvorderingen". [16]

11 — Hoewel de verwijzende rechter het uitsluitend heeft over 2 november 1989, datum van de gedeeltelijke intrekking van de betrokken regeling, zij erop gewezen, dat deze intrekking overeenkomstig de beschikking van het Hof in zaak 246/89 R uitsluitend de discriminerende bepalingen op grond van nationaliteit betrof. Zoals verzoekers in hun schriftelijke opmerkingen in de onderhavige procedure hebben opgemerkt, brengt dit mee, dat de betrokken regeling wat de andere als discriminerend beschouwde vereisten betreft (verblijfplaats, woonplaats) die aan de orde waren in zaak C-221/89 (Factortame II), eerst heeft opgehouden haar schadelijke gevolgen te sorteren met ingang van 11 oktober 1990, datum waarop het House of Lords naar aanleiding van het arrest van het Hof van 19 juni 1990 (Factortame I), de gevraagde voorlopige maatregelen heeft bevestigd. Zie voetnoot 7.

12 — Zie bij voorbeeld het arrest Rowling v. Takaro Properties [1988] AC 473.

13 — Een dergelijke verplichting is in feite beperkt tot welbepaalde gevallen, zodat niet elke schadeveroorzakende onrechtmatige daad tot aansprakelijkheid leidt. In de oudere rechtspraak is evenwel vaak beslist, dat de zorgvuldigheidsplicht overeenkomt met het *neighbourhood principle*, wat in wezen hetzelfde is als neminem laedere, hetgeen inhoudt dat aan niemand schade mag worden veroorzaakt wanneer redelijkerwijs voorzienbaar is dat hij schade zou kunnen lijden (in die zin bij voorbeeld het arrest Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562).

14 — Zie bij voorbeeld het arrest Lonhro v. Tebbit [1992] 4 All ER, blz. 280.

15 — Zie bij voorbeeld de zaak Thornton v. Kirklees [1979] Q. B., 626.

16 — Zie arrest Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board [1984] 1 AC 130 HL, waarin het House of Lords in wezen het bestaan heeft erkend, zij het in een *obiter dictum* (in de betrokken zaak werd namelijk om een voorlopige maatregel verzocht), van een schadevergoedingsplicht ten gunste van degene aan wie schade is veroorzaakt wegens gedragingen die in strijd zijn met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, ongeacht of deze handelingen zijn gesteld door particulieren dan wel door de overheid, voor zover deze in de hoedanigheid van particulier optreedt.

Wanneer het evenwel gaat om een schending die uitsluitend op het vlak van het publiekrecht moet worden gesitueerd, kan de aansprakelijkheid alleen worden ingeroepen in het geval van misbruik van bevoegdheid bij de uitoefening van de overheidsfunctie *(misfeasance in public office)*. Het gaat om de enige *tort* die geen privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen maar specifiek het overheidsoptreden betreft. Het vereiste van een opzettelijke onrechtmatige daad maakt het evenwel veel moeilijker om vergoeding van de schade te verkrijgen, ook wanneer zij voortvloeit uit een schending van het gemeenschapsrecht. Zoals in de verwijzingsbeschikking is uiteengezet, heeft de Court of Appeal in de zaak Bourgoin [17] gepreciseerd, dat de staat op basis van het Engelse recht noch op basis van het gemeenschapsrecht gehouden is tot vergoeding van de schade voortvloeiend uit een met het gemeenschapsrecht strijdig verklaarde handeling, voor zover althans niet blijkt dat de overheid zich bewust was van de onrechtmatigheid van de handeling en de bedoeling had de verzoeker schade toe te brengen. Na het arrest Francovich heeft het House of Lords zich evenwel afgevraagd, of de in het arrest Bourgoin uiteengezette oplossing nog wel correct is. [18]

8. Volgens de verwijzende rechter zou de toepassing van de nationale rechtspraak tot de afwijzing hebben geleid van verzoekers' schadevorderingen. Omdat hij bovendien ook betwijfelde of de uit het arrest Francovich volgende schadevergoedingsplicht van de staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade voortvloeiend uit een aan hem toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht, tevens geldt in de bij hem aanhangige zaak, heeft hij het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de navolgende vragen:

„1. Hebben in de omstandigheden van het onderhavige geval, waarin:

a) in de wetgeving van een Lid-Staat voorwaarden waren gesteld ten aanzien van de nationaliteit, het domicilie en de verblijfplaats van de eigenaars en exploitanten van vissersvaartuigen, alsmede van de aandeelhouders en bestuurders van vennootschappen die eigenaars en exploitanten zijn van vaartuigen, en

b) het Hof van Justitie in de zaken C-221/89 en C-246/89 deze voorwaarden in strijd heeft verklaard met de artikelen 5, 7, 52 en 221 EEG-Verdrag,

de personen die eigenaars of exploitanten van dergelijke vaartuigen waren, en de bestuurders en/of aandeelhouders van vennootschappen die eigenaars en exploitanten waren

17 — Arrest Bourgoin v. of Agriculture, Fisheries and Food [1986] 1 Q. B. blz. 716 AC.

18 — Arrest Kirklees Metropolitan Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd [1992] 3 WLR, blz. 170, inzonderheid op blz. 188.

van vaartuigen, uit hoofde van het gemeenschapsrecht recht op vergoeding door die Lid-Staat van de verliezen die zij hebben geleden als gevolg van bovengenoemde inbreuk(en) op het EEG-Verdrag?

2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, welke criteria dient dan de nationale rechter, in voorkomend geval, volgens het gemeenschapsrecht toe te passen om de schadevergoeding vast te stellen met betrekking tot:

a) kosten en/of winst- en/of inkomstenderving gedurende de periode nadat die voorwaarden van kracht zijn geworden, tijdens welke de vaartuigen aan de kade moesten blijven, alternatieve regelingen voor de visserij moesten worden getroffen en/of moest worden geprobeerd elders registratie te verkrijgen;

b) verliezen als gevolg van verkoop beneden de waarde van de vaartuigen, of van aandelen daarin, of van aandelen in vennootschappen die vaartuigen in eigendom hebben;

c) verliezen als gevolg van het feit dat borgen moeten worden gesteld en boetes en kosten voor rechtsbijstand moeten worden voldaan wegens beweerde overtredingen in verband met de schrapping van vaartuigen in het nationale register;

d) verliezen als gevolg van het feit dat de betrokkenen geen verdere vaartuigen in eigendom en exploitatie kunnen hebben;

e) derving van honoraria voor beheer;

f) uitgaven in verband met pogingen om bovengenoemde verliezen te beperken;

g) exemplaire schadevergoeding (‚exemplary damages') als gevorderd?"

Probleemstelling en opzet van de conclusie

9. De materie van de aansprakelijkheid van de staat voor schendingen van het gemeenschapsrecht, is van groot belang op het principiële vlak en op dat van de gevolgen die zij voor de Lid-Staten kan hebben wanneer aan die aansprakelijkheid een ruime en algemene strekking worden toegekend, maar is ingewikkeld en vol valstrikken, zoals blijkt uit de discussie die daarover de laatste jaren in de rechtsleer heeft plaatsgevonden.

In de onderhavige procedure is het Hof om een antwoord verzocht op de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden en met betrekking tot welke categorieën schade, de staat is gehouden tot vergoeding van de schade aan particulieren veroorzaakt ten gevolge van de toepassing van een met het gemeenschapsrecht strijdige nationale wet. [19]

10. In de eerste plaats zal moeten worden uitgemaakt, of de schadevergoedingsplicht moet worden beperkt tot het in het arrest Francovich onderzochte geval van niet-omzetting van een richtlijn waarvan de bepalingen, zelfs wanneer zij voldoende specifiek zijn, door de particulier niet rechtstreeks kunnen worden ingeroepen ter verkrijging van de prestatie waarin de richtlijn te zijnen behoeve voorziet, dan wel of zij moet worden verruimd tot het geval dat thans aan de orde is, waarin de door een particulier geleden schade het gevolg is van de toepassing van een nationale wet die in strijd is met regels van gemeenschapsrecht die door een particulier rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen. In dat verband lijkt het mij nuttig de termen in herinnering te brengen waarin tot op heden de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten wegens schending van het gemeenschapsrecht is geformuleerd, en zal ik het bij die gelegenheid eveneens hebben over de grondslagen van de aansprakelijkheidsleer in het gemeenschapsrecht. Tevens zal ik het hebben over de theorie, dat de staat niet aansprakelijk is voor de handelingen van de wetgever; deze theorie is (zij het met enig voorbehoud) in de loop van de onderhavige procedure aangevoerd ten betoge dat alleen al in abstracto en op het principiële vlak, de staat in het geval dat thans aan de orde is, niet aansprakelijk kan worden gesteld.

In de tweede plaats zal moeten worden vastgesteld of de voorwaarden voor aansprakelijkheid, zelfs met de bekende beperkingen die bij diverse gelegenheden in de rechtspraak van het Hof zijn ontwikkeld, terug te vinden zijn in de verschillende nationale rechtsstelsels, dan wel of het aan het gemeenschapsrecht toekomt om althans de *wezenlijke voorwaarden* vast te stellen die volstaan opdat de Lid-Staat die zijn verplichtingen niet nakomt, tot vergoeding van de schade zou zijn gehouden. Zou deze tweede hypothese de voorkeur verdienen, dan moet natuurlijk worden uitgemaakt of eender welke schending volstaat, voor zover zij aan de particulier schade veroorzaakt, dan wel of, zoals de meeste Lid-Staten in de loop van de onderhavige procedure hebben gesteld, iets meer vereist is. In dit laatste geval moet worden uitgemaakt, of het om het vereiste van schuld gaat, dan wel of er nog andere voorwaarden dienen te gelden, zoals die welke het Hof in verband met de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen (rechtspraak betreffende artikel 215) heeft vastgesteld. Wat het oorzakelijk verband betreft, zal voorts bij voorbeeld ook moeten worden uitgemaakt of van belang is dat de overtreden gemeenschapsregel van dien aard is dat hij de particulier in staat stelt rechtstreeks zijn eigen rechten te beschermen, teneinde wat de grond van de zaak betreft, de oorzaak van de rechtsschending weg te nemen; en in ieder geval ook vanaf welk tijdstip de schadevergoedingsplicht ingaat. Ten slotte moet worden onderzocht welke *procedurevereisten* gelden inzake het recht op schadevergoeding, en welke criteria moeten worden aangelegd voor de berekening van de hoogte van de schade.

19 — Wat de verschillende hypothesen betreft waarin de staat aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor schade voortvloeiend uit een met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging van de overheid, zie zaak C-5/94, Lomas, nog hangende. Bovendien zijn in de conclusie van advocaat-generaal Léger van 20 juni 1995 een aantal theorieën onderzocht die ook voor de onderhavige zaak van belang zijn.

11. Dit zijn dus de aspecten waarmee ik mij zal bezighouden en de vragen waarop ik een antwoord zal pogen te geven. Mijn onderzoek omvat drie delen. Het eerste deel betreft het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat in het gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder de grondslag en de strekking daarvan, ook wat onrechtmatige handelingen van de wetgever betreft; in het bijzonder zal ik onderzoeken of de aansprakelijkheidsvordering een uitsluitend residueel karakter heeft, in die zin dat zij alleen kan slagen wanneer de particulier geen andere mogelijkheid heeft om de hem door het gemeenschapsrecht toegekende rechten geldend te maken, dan wel of zij een meer algemene strekking heeft.

Wat de aansprakelijkheidsvoorwaarden betreft, ga ik ervan uit, dat de materiële minimumvoorwaarden, anders dan de procedurele, voor alle Lid-Staten dezelfde moeten zijn en dus een communautair karakter dienen te hebben. Dit is volgens mij de enige manier om te voorkomen dat met betrekking tot één en dezelfde schending de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen in de diverse Lid-Staten niet in dezelfde voorwaarden is gegarandeerd, en zich dus een discriminatie tussen particulieren voordoet die in een rechtsgemeenschap niet kan worden gedoogd. Het tweede deel van mijn betoog betreft bijgevolg de voorwaarden waaronder de particulier schadevergoeding kan verkrijgen, dus de communautaire aansprakelijkheidsvereisten, en de grenzen die het gemeenschapsrecht aan de procedurele voorwaarden stelt. Deze procedurele voorwaarden blijven volgens mij onder het nationale recht vallen, zoals ook de criteria inzake de vaststelling van de hoogte van de schade.

In het derde deel van mijn conclusie zal ik het hebben over de twee gevallen die thans aan de orde zijn, en dus over de vragen die tot de onderhavige procedure hebben geleid.

I — Het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat in het gemeenschapsrecht: grondslag en strekking

12. De idee dat de staat aansprakelijk kan worden gesteld voor schade veroorzaakt door regelgevende handelingen, behoeft geen verbazing te wekken. Als grondslag voor de meeste *privaatrechtelijke* regelingen inzake niet-contractuele aansprakelijkheid geldt, afgezien van verschillende interpretaties en beperkingen, het beginsel neminem laedere, inhoudende dat eenieder gehouden is tot vergoeding van de schade voortvloeiend uit eigen gedragingen die in strijd zijn met een juridische verplichting. [20] Ook kan niet worden ontkend, dat dit beginsel de grondslag vormt voor de verschillende regelingen, meestal in de rechtspraak ontwikkeld, betreffende de aansprakelijkheid van de *overheid*, die bovendien specifieke en eigen kenmerken vertoont verband houdend met de aard van de overheidsactiviteiten, met name wanneer het om normatieve handelingen gaat. De aansprakelijkheid van de overheid is namelijk strikt, zij het niet noodzakelijkerwijs, gebonden aan het begrip onrechtmatig veroorzaakte schade, in die zin dat de schade het gevolg dient te zijn van een met het recht strijdige gedraging; zij is als het ware de keerzijde van de medaille.

20 — Weliswaar heeft dit beginsel niet dezelfde algemene strekking in alle rechtsstelsels — in het Britse systeem heeft het begrip *duty of care* namelijk een meer beperkte strekking — maar voor zover dit principe gebaseerd is op het begrip onrechtmatig veroorzaakte schade, kan ervan worden uitgegaan dat het het vertrekpunt is van alle aansprakelijkheidstheorieën.

Wel is men, wat de overheid betreft, en met name gelet op de aard van haar activiteiten en de gevolgen van een eventuele algemene erkenning van de aansprakelijkheid en van de schadevergoedingsplicht, geneigd in diverse opzichten de strekking van die aansprakelijkheid te beperken. De draagwijdte van die beperking, die volgens een bekende formule hierop neerkomt, dat de aansprakelijkheid „algemeen noch absoluut is" [21], heeft dus te maken met het vereiste van een afweging van de verschillende belangen die op het spel staan: enerzijds het belang van de benadeelde burger om ten minste gedeeltelijk vergoeding te krijgen van de schade die hij ten gevolge van handelingen van de staat, inzonderheid normatieve handelingen, heeft geleden; anderzijds het belang van de staat om niet telkens opnieuw te worden aangesproken voor de schade die voortvloeit uit de activiteiten van zijn organen bij de uitoefening van hun bevoegdheden.

In de loop der jaren zijn de aan de overheidsaansprakelijkheid gestelde beperkingen in de verschillende rechtsstelsels natuurlijk sterk geëvolueerd. Naarmate het begrip *rechtsstaat* aan belang heeft gewonnen, is althans in de meer ontwikkelde rechtsstelsels ook steeds meer de nadruk komen te liggen op de rechten van de benadeelde burger veeleer dan op de handelwijze van degene die de schade heeft veroorzaakt; zulks komt overigens overeen met een evolutie in de aansprakelijkheidsleer in het algemeen. Zo gezien zijn de aansprakelijkheid van de staat en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht geëvolueerd tot een maatregel gericht tegen gedragingen die *contra ius* zijn en/of in ieder geval schade veroorzaken, zodat zij ertoe strekken de daadwerkelijke bescherming te verzekeren van de rechten van de particulieren.

13. Deze evolutie noopt tot een eerste opmerking betreffende het principe van de aansprakelijkheid van de staat wegens schendingen van het gemeenschapsrecht. Dat de Lid-Staten, zij het onder voorwaarden die op diverse wijzen het toepassingsgebied van hun aansprakelijkheid beperken, kunnen worden aangesproken ter vergoeding van de schade veroorzaakt door normatieve handelingen van de overheid, wijst erop dat het niet opgaat te stellen dat de overheid nooit aansprakelijk is voor schendingen van het gemeenschapsrecht die een weerslag hebben op het vermogen van de particulieren die daarvan de gevolgen ondergaan.

Nu althans het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat een onderdeel is van de tradities van alle rechtsstelsels [22], dient dit beginsel dus eveneens toepassing te vinden wanneer de onrechtmatige daad bestaat in de schending van een regel van gemeenschapsrecht.

14. Anderzijds moet er meteen op worden gewezen dat, hoewel het in de eerste plaats aan de staat en aan zijn organen staat om de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren, en meer in het bijzonder ervoor te zorgen dat de particulier werkelijk in het genot komt van de hem toegekende rechten, eveneens onbetwistbaar is dat het aan het Hof staat, wanneer het gaat om

21 — Arrest Blanco van het Franse Tribunal des conflits, 8 februari 1873, D. 1873, II, 20.

22 — Voor een uiteenzetting van de belangrijkste aspecten van de regeling ter zake in de verschillende Lid-Staten, zie Schockweiler-Wivenes-Godart: „Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, blz. 27 e. v., inzonderheid op blz. 54.

rechten die de particulier aan het gemeenschapsrecht ontleent, om te onderzoeken of het niveau van de bescherming door de nationale rechtsorde toereikend is. Het resultaat van dat onderzoek is meermaals geweest, dat van de Lid-Staat werd verlangd dat de nationale rechter een oplossing zou uitwerken waarin het nationale rechtsstelsel niet voorzag. [23]

Gelet op de rechtspraak ter zake en de aard van het rechtsstelsel in zijn geheel, en inzonderheid de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten, kan dus niet worden aanvaard dat het gemeenschapsrecht de schadevergoeding buiten beschouwing laat, en dit aspect zonder nader onderzoek aan de respectieve nationale rechtsstelsels overlaat.

a) *De erkenning in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten wegens schending van bepalingen van gemeenschapsrecht: het arrest Francovich en de eerdere rechtspraak*

15. Het arrest Francovich is het noodzakelijk vertrekpunt van elke uiteenzetting over de aansprakelijkheid van de staat wegens schendingen van het gemeenschapsrecht, en is tot op heden de meest gedetailleerde uitspraak in die materie. Zoals gezegd, was in die zaak de niet-omzetting aan de orde van een richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, welke richtlijn de Lid-Staten de verplichting oplegt een regeling vast te stellen ter verzekering dat onvervulde loonaanspraken tot een bepaalde minimumgrens worden gehonoreerd. De Italiaanse rechter wenste van het Hof te vernemen of in geval van niet-omzetting van deze richtlijn door een Lid-Staat, de particulieren zich voor de nationale rechter rechtstreeks op de gemeenschapsregeling konden beroepen om de betrokken waarborgen te verkrijgen, en of zij in ieder geval van de staat schadevergoeding konden verkrijgen wanneer de richtlijn geen rechtstreekse werking zou hebben. Naast de vraag betreffende de rechtstreekse werking van sommige bepalingen van de richtlijn, diende het Hof zich dus uit te spreken over de vergoeding van de schade voortvloeiend uit de niet-omzetting van die richtlijn. [24]

Het Hof wees erop, dat de betrokken bepalingen van de richtlijn voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn waar het de bepaling van de voor de garantie in aanmerking komende kring van personen en de inhoud van die garantie betreft, doch dat zulks nog niet betekent dat particulieren die bepalingen voor de nationale rechter rechtstreeks kunnen inroepen ter verkrijging van de prestatie waarop de richtlijn hun aanspraak verleent. Meer in het bijzonder was niet gepreciseerd

23 — Zie in dat verband de punten 43-47 hierna.

24 — Ik herinner eraan, dat reeds in zaak 380/87 (arrest van 13 juli 1989, Enichem Base e. a., Jurispr. 1989, blz. 2491) een Italiaanse rechter het Hof de vraag had voorgelegd, of „de overheid krachtens het gemeenschapsrecht tot schadevergoeding is gehouden, wanneer zij door een onrechtmatige bestuurshandeling (onrechtmatig) inbreuk maakt op een communautair subjectief recht dat, na zijn omzetting in Italiaans recht — met behoud van zijn communautair karakter —, zich als een gewettigd belang voordoet" (rapport ter terechtzitting, loc. cit., blz. 2494 e. v.). Gelet op de antwoorden op de andere vragen, hebben de advocaat-generaal noch het Hof op deze vraag geantwoord. Bovendien wijs ik erop, dat de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Italiaanse regering in hun opmerkingen het bestaan van een eventueel recht op schadevergoeding afhankelijk hebben gesteld van de voorwaarden en de procedurevoorschriften die in het nationale recht gelden.

wie de garantie verschuldigd was, en bovendien kon de staat niet worden geacht de garantie verschuldigd te zijn op de enkele grond dat hij niet tijdig maatregelen ter uitvoering van de richtlijn had getroffen.

16. Wat de vraag betreft, of particulieren schadevergoeding kunnen verkrijgen, wees het Hof vooraf op de fundamentele kenmerken van het gemeenschapsstelsel, en inzonderheid op de aan de nationale rechter toegekende bevoegdheden. De conclusie van het Hof is bondig maar ondubbelzinnig: „(...) het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, [is] inherent aan het systeem van het Verdrag" (r. o. 35).

Het Hof heeft als grondslag van zijn redenering twee fundamentele elementen van de communautaire rechtsorde genomen. In de eerste plaats wijst het erop, dat „aan de volle werking van de gemeenschapsbepalingen zou worden afgedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een Lid-Staat kan worden toegerekend" (r. o. 33). Het Hof heeft daaraan toegevoegd, dat de mogelijkheid om van de Lid-Staat schadevergoeding te verkrijgen „zich als bijzonder noodzakelijk doet gevoelen wanneer, zoals in casu, de volle werking van de gemeenschapsbepalingen alleen door optreden van de Lid-Staat kan worden verzekerd en wanneer bijgevolg particulieren bij gebreke van een dergelijk optreden de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten niet voor de nationale rechter kunnen doen gelden" (r. o. 34).

In de tweede plaats heeft het Hof, zoals eerder reeds in het arrest Humblet [25], de schadevergoedingsplicht afgeleid uit artikel 5 EG-Verdrag, „dat de Lid-Staten verplicht alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren"; daartoe behoort juist „de verplichting de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken" (r. o. 36).

17. Bij dit alles is dus uitgegaan van de idee, dat de doeltreffendheid van de gemeenschapsregeling moet worden verzekerd via een doeltreffende jurisdictionele bescherming van de door het gemeenschapsrecht in het leven geroepen rechtsposities, en dat bovendien de niet-nakoming door een Lid-Staat niet zonder gevolgen, ook materiële, mag blijven.

25 — Arrest van 16 december 1960 (zaak 6/60, Jurispr. 1960, blz. 1169, inzonderheid op blz. 1188). Uitgangspunt in die zaak was artikel 86 EGKS-Verdrag, dat overeenkomt met artikel 5 EG-Verdrag.

Precies in het kader van deze doelstellingen is dus aan de positie van de particulier een bijzondere betekenis toegekend. De aansprakelijkheid van de staat tegenover particulieren wegens schade voortvloeiend uit het achterwege blijven van regelgeving, is door het Hof opgevat als een instrument ter verzekering van de bescherming van de particulieren, en aldus ook van een juiste toepassing van het gemeenschapsrecht. Voor de grondslag van de aansprakelijkheid moet dus ver terug worden gegaan, zowel wat de specifieke precedenten betreft inzake aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten [26], als wat de meer algemene context betreft van de doeltreffende bescherming van de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen. [27]

18. Het kan namelijk niet worden ontkend, dat het Hof zich, zij het slechts terloops, over de schadevergoedingsplicht in geval van diverse soorten schendingen van het gemeenschapsrecht heeft uitgesproken in arresten van het begin van de jaren zestig. Ik denk daarbij in de eerste plaats aan het reeds vermelde arrest Humblet, waarin het Hof heeft verklaard dat, indien wordt vastgesteld „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 EGKS-Verdrag verplicht is, zowel de betrokken handeling ongedaan te maken als de daardoor veroorzaakte onwettige gevolgen te herstellen". [28]

19. Bovendien heeft het Hof, ervan uitgaand dat de particulier bij niet-nakoming door de Lid-Staat recht heeft op schadevergoeding, herhaaldelijk de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep verworpen, ook wanneer de Lid-Staat waartegen een procedure wegens niet-nakoming liep, tijdens de periode tussen het met redenen omkleed advies en de uitspraak van het Hof had voldaan aan de verplichtingen waarop de procedure betrekking had. [29]

26 — Deze zienswijze is ook in de rechtsleer terug te vinden: Pescatore, „Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires", in *Foro Padano*, 1972, blz. 10 e. v.; Kovar, „Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire", in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brussel, 1978, blz. 245 e. v., inzonderheid op blz. 272 e. v.; Barav, „Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community law by national public authorities", in *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut van de Universiteit van Leiden, 1988, blz. 149 e. v.

27 — Zie hierna, punten 27-32.

28 — Arrest van 16 december 1960, reeds aangehaald in voetnoot 25. In de zaak Humblet diende de Belgische regering een handeling in te trekken en onverschuldigd betaalde bedragen terug te geven; de door het Hof gebruikte termen — „onwettige gevolgen herstellen" — wijzen evenwel duidelijk op de mogelijkheid van vergoeding van geleden schade.

29 — Het Hof heeft hierover geen twijfel laten bestaan, waar het heeft verklaard „dat een door het Hof krachtens de artikelen 169 en 171 van het Verdrag te wijzen arrest van materieel belang kan zijn ter vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid die een Lid-Staat, als gevolg van die niet-nakoming, jegens andere Lid-Staten, de Gemeenschap of particulieren te dragen kan krijgen" (arrest van 7 februari 1973, zaak 39/72, Commissie/Italië, Jurispr. 1973, blz. 101, r. o. 11). In dezelfde zin heeft het Hof verklaard, dat ook wanneer het verzuim is opgeheven, voortzetting van de actie van belang kan blijven en dat dit belang bestaat in de vaststelling „van de grondslag van de aansprakelijkheid die op een Lid-Staat, als gevolg van de niet-nakoming, met name jegens particulieren kan rusten" (arrest van 20 februari 1986, zaak 309/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 599, r. o. 18). Het Hof heeft zulks bij herhaling verklaard: arresten van 5 juni 1986 (zaak 103/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 1759, r. o. 9); 17 juni 1987 (zaak 154/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 2717, r. o. 6); 18 januari 1990 (zaak C-287/87, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1990, blz. I-125, summiere publikatie). Voorts heeft het Hof verklaard, dat het belang bij de voortzetting der actie „kan bestaan in de vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid van een Lid-Staat (...) jegens hen die ten gevolge van deze niet-nakoming rechten verkrijgen": arresten van 24 maart 1988 (zaak 240/86, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 1835, r. o. 14); 30 mei 1991 (zaak C-361/88, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2567, r. o. 31), en 19 maart 1991 (zaak C-249/88, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-1275, r. o. 41). Zeker kan uit deze uitspraken niet het bestaan worden afgeleid van een recht van de particulier op vergoeding van de schade voortvloeiend uit verdragsschendingen, doch uitsluitend de mogelijkheid voor de particulier om binnen de door het nationale recht gestelde grenzen met betrekking tot deze schendingen aanspraken op schadevergoeding geldend te maken.

20. Nog directer en nadrukkelijker heeft het Hof de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten tegenover particulieren geformuleerd in het arrest Russo [30], stellende 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".

21. Uit een en ander volgt dus, dat van een Lid-Staat wel degelijk vergoeding kan worden gevorderd van de schade die een particulier heeft geleden ten gevolge van een onrechtmatige daad die bestaat in de schending van een gemeenschapsregel of daarvan het gevolg is.

In die rechtspraak is evenwel gepreciseerd, dat de aansprakelijkheid door de nationale rechter moet worden vastgesteld „in het kader van de nationale bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van de staat". [31] Bijgevolg moest binnen de context van de nationale rechtsorde worden onderzocht of de staat gehouden is tot vergoeding van de schade voortvloeiend uit de miskenning door hem van gemeenschapsregels. [32]

22. Wat dit punt betreft, is deze rechtspraak evenwel achterhaald sedert het arrest Francovich, waarin de grondslag voor de schadevergoedingsplicht van de staat wegens nietnakoming van regels van gemeenschapsrecht is gezocht in het gemeenschapsrecht, ook wat de voorwaarden voor de schadevergoedingsplicht betreft.

In wezen heeft het Hof zich in het arrest Francovich niet ertoe beperkt de regeling van *alle* rechtsgevolgen van de schending van het gemeenschapsrecht aan het nationale recht over te laten, maar is het ervan uitgegaan dat het gemeenschapsrecht de staat een schadevergoedingsplicht ten opzichte van de particulier oplegt, en heeft het, althans wat *deze* hypothese inzake aansprakelijkheid betreft, de „communautaire" voorwaarden afgebakend die bepalend zijn voor deze verplichting.

30 — Arrest van 22 januari 1976 (zaak 60/75, Jurispr. 1976, blz. 45, r. o. 9).

31 — Arrest Russo, aangehaald in vorige voetnoot, r. o. 9.

32 — Deze zienswijze is later bevestigd in het arrest Granaria, waarin het Hof heeft verklaard, dat „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, niet door artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag wordt beheerst en door de nationale rechterlijke instanties volgens het nationale recht van de betrokken Lid-Staat dient te worden beoordeeld" (arrest van 13 februari 1979, zaak 101/78, Jurispr. 1979, blz. 623, r. o. 14).

b) *Het „communautaire" aansprakelijkheidsbeginsel: een middel om een leemte in de rechtsbescherming op te vullen of een beginsel met ruimere strekking?*

23. Onderzocht moet worden, of de benaderingswijze in de rechtspraak vóór het arrest Francovich (nog) gerechtvaardigd is, dan wel of ingevolge het gemeenschapsrecht op de Lid-Staten een schadevergoedingsplicht kan en moet rusten in andere gevallen dan dat van de niet-omzetting van richtlijnen.

In het bijzonder moet worden onderzocht, of het gemeenschapsrecht ook in een schadevergoedingsplicht voorziet in geval van schending van regels met rechtstreekse werking, dan wel of het feit dat in een dergelijk geval de particulier rechtstreeks de betrokken regel kan inroepen en aldus de verlangde rechtsbescherming kan verkrijgen, tot de conclusie noopt dat deze mogelijkheid is uitgesloten.

24. Dit tweede standpunt is in de onderhavige procedure verdedigd door de Duitse, de Nederlandse en de Ierse regering. Zij stellen dat het niet de bedoeling van de gemeenschapswetgever was een algemene regeling voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens schendingen van het gemeenschapsrecht in te voeren. Dit zou mede hierdoor worden bevestigd, dat de Lid-Staten geen enkele bepaling ter zake in het Verdrag van Maastricht hebben opgenomen. Bovendien ware het volgens de Duitse regering in strijd met de verdeling van de bevoegdheden tussen de instellingen van de Gemeenschap, zoals neergelegd in het Verdrag, en met het beginsel van het institutioneel evenwicht, indien de rechtspraak het gemeenschapsrecht zou aanvullen in andere gevallen dan die waarin een dergelijke aanvulling gerechtvaardigd is wegens het bestaan van een leemte in de wetgeving.

Volgens voormelde regeringen is het recht op schadevergoeding dus niet meer dan een residuele bescherming, in die zin, dat het belang ervan beperkt blijft tot de gevallen waarin bepalingen niet anderszins voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen. Met het arrest Francovich had het Hof in wezen de bedoeling, een leemte in het stelsel van rechtsbescherming aan te vullen door via de erkenning van een schadevergoedingsplicht maatregelen te nemen tegen de Lid-Staat die zijn verplichtingen niet nakomt. Wanneer de particulier dus, zoals in casu, rechtstreeks beroep kan doen op bepalingen van gemeenschapsrecht, is het niet nodig dat het gemeenschapsstelsel een schadevergoedingsplicht oplegt; hiervoor is overigens geen grond aanwezig. Particulieren hebben dus alleen recht op schadevergoeding wanneer, en in de mate waarin, zulks naar nationaal recht mogelijk is.

25. Ik kan mij bij deze zienswijze niet aansluiten. In de eerste plaats blijkt uit de rechtspraak van het Hof, waarin de grondslagen

zijn gelegd voor de aansprakelijkheid van de staat wegens schendingen van regels met directe werking, dat de mogelijkheid van een materieelrechtelijke bescherming geen beletsel vormt voor een aansprakelijkheidsvordering. [33] Weliswaar heeft het Hof zich in die gevallen beperkt tot de verklaring dat het aan de Lid-Staat staat om in overeenstemming met het nationale recht de door hem veroorzaakte schade te vergoeden, doch hierbij zij aangetekend dat in vorenbedoelde gevallen de vragen van de nationale rechter niet het specifieke punt van het recht op schadevergoeding omvatten.

Waar het Hof zich wel over dit specifieke punt heeft uitgesproken, namelijk in het arrest Francovich, heeft het niet nagelaten erop te wijzen, dat het aansprakelijkheidsbeginsel inherent is aan het gemeenschapsrecht, welke uitspraak een algemeen en principieel karakter heeft, en geldt voor alle vormen van schending van het gemeenschapsrecht, en niet alleen bij niet-omzetting van een richtlijn. [34] Wat deze laatste hypothese betreft, heeft het Hof enkel gesteld, dat het recht op schadevergoeding zich als „bijzonder noodzakelijk" doet gevoelen, omdat anders de particulier geen enkele bescherming zou hebben, in weerwil van de rechten die de richtlijn hem toekent. Dit neemt evenwel niet weg, dat ook bij schendingen van een ander type de schade moet worden vergoed, te meer omdat volgens het Hof *de voorwaarden voor het recht op schadevergoeding afhankelijk zijn van de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht* (r. o. 38).

26. Ik zie ook niet in hoe de erkenning van het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat wegens schending van gemeenschapsregels met rechtstreekse werking in strijd zou kunnen zijn met de door het Verdrag voorgeschreven verdeling van bevoegdheden tussen gemeenschapsinstellingen en Lid-Staten. Het is juist de schending van het gemeenschapsrecht die het evenwicht verstoort tussen de bevoegdheden, waarvan de verdeling door de staten vrijwillig is aanvaard. Voor zover het gemeenschapsrecht verlangt dat door een dergelijke schending veroorzaakte schade wordt vergoed, is dit niet meer dan een maatregel om het verstoorde evenwicht te herstellen.

De aansprakelijkheid van de staat voor zijn regelgeving (wettelijke en bestuursrechtelijke regels) is dus ook vanuit dit oogpunt een natuurlijk en noodzakelijk element van het door de Lid-Staten zelf met het Verdrag in het leven geroepen communautair rechtsstelsel. Ik wijs erop dat het de Lid-Staten zelf zijn, die volkomen vrij de verdragsrechtelijke bepalingen hebben vastgesteld, die de grondslag vormen van het gehele systeem; bovendien zijn het de Lid-Staten zelf die de

33 — Ik verwijs naar het arrest Russo (reeds aangehaald), waarin het ging over een verordening betreffende de ordening der landbouwmarkten, en naar het arrest van 12 juli 1990 (zaak C-188/89, Foster, Jurispr. 1990, blz. I-3313, r. o. 22), waarin het Hof heeft verklaard, dat op artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen „voor de verkrijging van schadevergoeding een beroep kan worden gedaan tegenover een lichaam" dat is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang. Zie eveneens, in verband met een schending van artikel 30 van het Verdrag, het arrest van 5 juni 1986 (Commissie/Italië, reeds aangehaald in voetnoot 29, r. o. 9).

34 — Zie inzonderheid r. o. 33, 35 en 37 van het arrest.

beslissende rol spelen bij het ontstaan van de gemeenschapshandelingen. De erkenning van de aansprakelijkheid voor de gevolgen van schendingen van het gemeenschapsrecht heeft dus alleen tot gevolg, dat de doeltreffendheid van het communautaire rechtsstelsel wordt vergroot, en betekent niet dat de rechter de wetgeving aanvult, en zeker niet dat hij in de plaats van de wetgever treedt.

27. Dit geldt te meer omdat, zoals ik reeds zei, de aansprakelijkheid van de staat tegenover particulieren wegens schade voortvloeiend uit zijn normatieve activiteit, door het Hof wordt beschouwd als een instrument ter verzekering van de bescherming van de particulieren, en meteen ook van een juiste toepassing van het gemeenschapsrecht in het geheel van de Lid-Staten.

Deze zienswijze komt dus overeen met de vaste rechtspraak houdende erkenning van de rechtstreekse werking, waarmee wordt bedoeld dat een particulier voor de nationale rechter een direct beroep kan doen op de bepalingen van het Verdrag of van de handelingen van afgeleid recht, althans voor zover deze bepalingen voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.

28. Met de erkenning van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling die tot de Lid-Staten is gericht en voor dezen verplichtingen meebrengt, zoals bij voorbeeld de verplichting om bepaalde belemmeringen weg te nemen en niet opnieuw in te voeren, wordt een bijzonder belang toegekend aan het daaruit voortvloeiende recht van de particulier op de opheffing van bedoelde belemmeringen, waarbij komt dat hij zich tot de nationale rechter kan wenden om dit recht naar behoren te doen beschermen. Aldus wordt het recht dat uit de verplichting voor de staat voortvloeit, en dat de particulier zou hebben genoten indien die verplichting naar behoren was uitgevoerd, als zodanig erkend en benadrukt.

Dit geldt niet alleen in materieel, maar ook in procedureel opzicht. Het Hof heeft namelijk verklaard, dat een beperking der waarborgen tegen schending van de verdragsregels die voor de staten verplichtingen meebrengen, tot de procedure van artikel 169, „elke onmiddellijke rechtsbescherming van de eigen aanspraken der ingezetenen zou uitsluiten". [35] De rechtspositie van de particulier, die rechtstreeks voortvloeit uit de verdragsregel, wordt dus, ook wanneer er geen onjuiste omzetting van die regel is, gebruikt ter verzekering van de volledige en doeltreffende bescherming van de rechten die, indien de staat de betrokken regel zou eerbiedigen, buiten discussie zouden staan.

29. Diezelfde zienswijze blijkt zelfs nog duidelijker uit de rechtspraak waarbij vanaf

35 — Arrest van 5 februari 1963 (zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jurispr. 1963, blz. 3, inzonderheid op blz. 25).

zeker ogenblik is opgetreden tegen de niet-omzetting of de laattijdige omzetting van richtlijnen, en waarbij aan de richtlijnen, voor zover aan bepaalde voorwaarden was voldaan, rechtstreekse werking werd toegekend. [36] Hieruit blijkt dat ook in het geval van de richtlijnen het gemeenschapsstelsel in de positie van de particulier een doeltreffend middel heeft gevonden om bij ontbreken van de vereiste omzetting de toepassing van de richtlijn te garanderen.

30. Belangrijk is voorts, dat het Hof de schadevergoedingsplicht in dezelfde termen als in de zaak Francovich heeft bevestigd in een zaak, waarin juist de mogelijkheid aan de orde was om tussen particulieren de rechtstreekse werking in te roepen van bepalingen van een niet tijdig omgezette richtlijn. [37] De erkenning van de schadevergoedingsplicht, wanneer een richtlijn niet rechtstreeks voor een nationale rechter geldend kan worden gemaakt, wegens het ontbreken van rechtstreekse werking van alle bepalingen die noodzakelijk zijn om in het genot te komen van de door de richtlijn aan particulieren toegekende rechten, of wegens ontbreken van „horizontale" rechtstreekse werking in het geval van nauwkeurige en onvoorwaardelijke richtlijnen, is dus eveneens een maatregel ter versterking van de positie van de particulier, waardoor althans op het financiële vlak het door het verzuim van de staat veroorzaakte onevenwicht kan worden gecompenseerd.

31. Ter verzekering van de volledige en doeltreffende bescherming van de rechten toegekend door een regel met rechtstreekse werking die bindend is voor de staat, wordt dus

36 — De rechtstreekse werking heeft namelijk van meet af aan een verticaal karakter gehad en behouden, wat erop wijst dat het niet alleen om een intrinsiek kenmerk van de rechtsregel gaat maar veeleer om een middel ter voorkoming dat de staten profiteren van de niet-nakoming ervan. Van belang is ook, dat het Hof zijn beoordeling inzake richtlijnen mettertijd heeft verfijnd en verruimd. Zo bij voorbeeld is de categorie publiekrechtelijke lichamen tegenover welke de richtlijn kan worden ingeroepen, uitgebreid (arresten van 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Costanzo, Jurispr. 1989, blz. 1839, en 12 juli 1990, Foster, aangehaald in voetnoot 33). Voorts is gewezen op de noodzaak voor de rechterlijke instanties en de administratie van de Lid-Staten om aan de nationale rechtsregels een uitlegging te geven die in overeenstemming is met de tekst en het doel van de richtlijn (arresten van 10 april 1984, zaak 14/83, von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, en 13 november 1990, zaak C-106/89, Marleasing, Jurispr. 1990, blz. I-4135, r. o. 8). Hierbij zij aangetekend, dat het criterium van de richtlijnconforme interpretatie de richtlijn als zodanig betreft, ongeacht de eventuele rechtstreekse werking of de persoon tegen wie de nationale rechtsregel wordt ingeroepen, zodat het resultaat weinig verschilt van de praktische gevolgen die zouden voortvloeien uit de horizontale werking zonder meer van de nauwkeurige en onvoorwaardelijke richtlijnen.

37 — Arrest van 14 juli 1994 (zaak C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. I-3325, r. o. 27). Daarin stelde het Hof, dat de betrokkenen een niet-omgezette richtlijn geldend kunnen maken met een direct beroep voor de nationale rechter op de bepalingen met rechtstreekse werking of, wanneer zulks niet mogelijk is, via een richtlijnconforme interpretatie van de desbetreffende bepalingen van het nationale recht. Het Hof heeft hieraan toegevoegd, dat „wanneer het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitlegging kan worden bereikt, de Lid-Staten (...) krachtens het gemeenschapsrecht gehouden zijn tot vergoeding van de schade die aan particulieren is veroorzaakt doordat een richtlijn niet in nationaal recht is omgezet". In dezelfde zin het arrest van 16 december 1993 (zaak C-334/92, Wagner Miret, Jurispr. 1993, blz. I-6911, r. o. 23). In die zaak ging het om dezelfde richtlijn als in de zaak Francovich, die reeds in nationaal recht was omgezet, maar rees het probleem dat in de desbetreffende nationale bepalingen geen rekening was gehouden met een bepaalde categorie werknemers, ten opzichte waarvan de richtlijn dus niet was omgezet.

gebruik gemaakt van de rechtstreeks door die regel in het leven geroepen rechtspositie van de particulier. Op dezelfde wijze wordt, ter verzekering van de rechten toegekend door een regel zonder rechtstreekse werking, in die zin dat hij niet rechtstreeks voor de nationale rechter kan worden ingeroepen maar wel verplichtingen meebrengt voor de staat, bij schending van die verplichting door de staat, gebruik gemaakt van het recht van de particulier op schadevergoeding.

Het principe blijft dus hetzelfde: ter uitvoering van een rechtsregel die verplichtingen meebrengt voor de staat, wordt gebruik gemaakt van de rechtspositie van de particulier, hetzij op het vlak van de *materiële* inhoud, hetzij op dat van de *financiële* inhoud. Ook het resultaat is hetzelfde: enerzijds wordt het verzuim van de Lid-Staat verholpen, en anderzijds wordt de particulier een daadwerkelijke bescherming verzekerd van de rechten die hem ingevolge het gemeenschapsrecht toekomen. Zulks draagt bij tot een doeltreffende werking van de betrokken rechtsregel, en dus meteen ook van het systeem in zijn geheel beschouwd.

32. Uit wat voorafgaat blijkt duidelijk, dat het arrest Francovich niet alleen niet afwijkt van de algemene strekking van de rechtspraak van het Hof, maar integendeel een logische voortzetting is van een idee waarover het Hof geen twijfel heeft laten bestaan: namelijk de doeltreffende werking van de gemeenschapsregels en dus ook de volledigheid van de jurisdictionele bescherming. [38]

Onmiskenbaar is, dat het om een fundamenteel idee van elk rechtsstelsel, zowel communautair als nationaal, gaat. Evenmin kan worden ontkend, dat de eerbiediging van dat beginsel kan verlangen dat de particulier waar nodig een recht wordt toegekend op vergoeding van de schade voortvloeiend uit het handelen of het stilzitten van de overheid op normatief vlak; zulks ongeacht of naast de schadevordering nog andere middelen ter beschikking van de particulier staan om op te komen tegen schendingen van de rechtspositie die hem ingevolge het gemeenschapsrecht toekomt.

33. Anderzijds impliceert de thans onbetwiste vaststelling van de schadevergoedingsplicht van de staat tegenover particulieren in geval van niet-omzetting van een richtlijn, dus van schending van een verplichting van een Lid-Staat (schending van de artikelen 189 en 5 van het Verdrag), die slechts onrechtstreeks in verband kan worden gebracht met een schending van een overeenkomstig recht van een particulier, a fortiori dat deze bescherming ook moet worden verleend in

38 — In die zin, dat „the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case-law", zodat, gelet op de rechtstreekse werking en de verplichting voor de Lid-Staten om de volle werking van de gemeenschapsregels te verzekeren, „it was but a small step to guarantee their full effect by holding States liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible"; aldus Steiner: „From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law", in *European Law Review*, 1993, blz. 3 e. v., inzonderheid blz. 9. Zoals gezegd, is het arrest Francovich in tal van publikaties besproken. Een van de meest recente is die van Zenner: „Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen", München, 1995.

geval van *directe* schending van regels die de particulier een subjectieve rechtspositie toekennen, en dus rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen.

In die zin kan ik mij om de hierboven uiteengezette redenen niet alleen niet aansluiten bij de zienswijze dat niet „verder kan worden gegaan" dan de vaststelling van de aansprakelijkheid in geval van niet-omzetting van de richtlijn, doch wijs ik erop, dat dit standpunt uit het oog verliest dat de oplossing in de zaak Francovich veeleer de uiterste (en niet de eerste) stap is die het Hof in zijn rechtspraak kan zetten. Alles welbeschouwd, is in het arrest Francovich een (zij het financiële) beschermingsmaatregel toegekend, terwijl de voorziene maatregel eigenlijk die van artikel 169 is, die geen rechtstreekse bescherming van de particulier impliceert. In geval van schending van een regel met rechtstreekse werking is deze bescherming wel reeds voorzien en kan de particulier zich daarop voor de rechter direct beroepen, zodat de vraag alleen is, of daarnaast ook een minder belangrijke maatregel, namelijk een schadevergoeding, zal worden vastgesteld. In dat geval wordt dus evenmin de „kleine" logische sprong gemaakt die wel nodig is om van de schending van artikel 189 over te stappen naar de schending van het recht dat de particulier eventueel aan de richtlijn ontleent.

Hierbij zij nog aangetekend, dat regels met rechtstreekse werking volgens vaste rechtspraak „vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldigheidsduur hun volle werking op eenvormige wijze in alle Lid-Staten moeten ontplooien" [39]; bovendien „gaat deze werking elke rechter aan, die, aangezocht in het kader zijner bevoegdheid, als orgaan van een Lid-Staat tot taak heeft de door het gemeenschapsrecht aan particulieren toegekende rechten te beschermen". [40] Duidelijk is dus, dat de gemeenschapsregel met rechtstreekse werking de particulier een subjectieve rechtspositie toekent vanaf de inwerkingtreding en voor de gehele duur van de toepasselijkheid ervan, zulks in weerwil van eventuele reeds bestaande of latere nationale rechtsregels die voor een dergelijke rechtspositie een beletsel zouden kunnen vormen. Daaruit volgt, dat de nationale rechter gehouden is de volledige en doeltreffende jurisdictionele bescherming te verzekeren van de rechten die de betrokken gemeenschapsregel aan de particulier toekent.

34. Het is een feit, dat de schending van een regel een evenwicht verstoort, en wel in die zin dat een rechtssituatie, in casu die van de particulier, wordt aangetast of teniet gedaan; vaststaat eveneens, dat elke subjectieve rechtssituatie, elk „recht" indien men wil, een materiële inhoud heeft en daarnaast een vermogensrechtelijke inhoud waarop normalerwijs een bedrag kan worden geplaatst. Wanneer bij schending van de regel die een subjectieve rechtspositie toekent, een doeltreffende jurisdictionele bescherming wordt verzekerd, houdt dit in dat de inhoud van het door de schending van de rechtsregel

39 — Zie onder meer de arresten van 9 maart 1978 (zaak 106/77, Simmenthal, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 14), en 10 juli 1980 (zaak 811/79, Ariete, Jurispr. 1980, blz. 2545, r. o. 5).

40 — Arrest Simmenthal, aangehaald in voetnoot 39, r. o. 16.

aangetaste recht wordt hersteld. Indien de onrechtmatige aantasting van het recht van de particulier uitgaat van de overheid — in de vorm van een bestuursrechtelijke of een wetgevende handeling — moet de instantie die aan de oorsprong ligt van deze schending, het recht van de particulier herstellen, althans op het financiële vlak.

Het rechtsherstel wat het patrimoniale aspect betreft, is een minimumoplossing, die niet het niveau bereikt van een volledig, materieel, rechtsherstel, dat een optimale bescherming garandeert. In een rechtsstaat moet de onrechtmatige handeling nietig worden verklaard of de wet die onverenigbaar is met een hogere rechtsnorm buiten toepassing worden gelaten. Soms volstaat dit evenwel niet, zodat aan de bescherming inhoud en doeltreffendheid moet worden verleend door ook wat het vermogensrechtelijke aspect van het geschonden recht betreft, het evenwicht te herstellen, en dus een schadevergoeding toe te kennen. Het herstel van het evenwicht op het vermogensrechtelijke vlak is dus niet een andere of een supplementaire, en zeker niet een nieuwe maatregel. Het is evenmin een ver gezocht alternatief voor een rechtssysteem, dat doeltreffend wil en moet zijn.

Samenvattend kan worden gesteld, dat het beginsel van de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van de staat toepassing dient te vinden naast of te zamen met de materieelrechtelijke bescherming. Dit beginsel geldt dus zowel ten aanzien van schendingen van regels zonder rechtstreekse werking, die niet rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen, als ten aanzien van regels waarvoor die mogelijkheid wel bestaat.

c) *De schadevergoedingsplicht van de staat wegens handelingen van de wetgever*

35. Mijns inziens doet aan de hierboven geformuleerde conclusie niet af, dat de schendingen van het gemeenschapsrecht soms of vaak aan de wetgever kunnen worden toegerekend.

In dat opzicht herinner ik eraan, dat in het arrest Francovich, dat door geen van de staten die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend ter discussie is gesteld, geen enkel onderscheid wordt gemaakt naargelang de schade is terug te voeren op schendingen die zijn toe rekenen aan de wetgevende dan wel aan de uitvoerende macht. Niets wijst erop dat in de onderhavige zaak een andere conclusie zich opdringt.

Zoals de nationale rechters in hun respectievelijke verwijzingsbeschikkingen evenwel hebben uiteengezet, is de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen op grond van de respectieve nationale rechtsstelsels evenwel uitgesloten, precies omdat de schendingen van het gemeenschapsrecht zijn toe te rekenen aan de wetgever, hetzij omdat hij

heeft nagelaten een nationale wet aldus te wijzigen dat hij in overeenstemming wordt gebracht met het gemeenschapsrecht (zaak C-46/93, Brasserie du pêcheur), hetzij omdat hij een nationale wettelijke regeling heeft vastgesteld die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht (zaak C-48/93, Factortame III). Waar een schadevordering dus in geval van handelen of verzuim van de wetgever is uitgesloten, zou in dergelijke gevallen het nationale recht tot de negatie van het aansprakelijkheidsbeginsel zelf leiden.

36. Het is inderdaad zo, dat vroeger vrij algemeen werd aangenomen, dat de staat niet aansprakelijk was voor het handelen of het verzuim van de wetgever. Aan die zienswijze lag de idee ten grondslag, dat de vorst niet in strijd met de wet kan handelen; recenter, en in de democratische context, was die zienswijze gebaseerd op de soevereiniteit van het parlement. Anders gezegd, de wetgever is de hoogste uitdrukking van het soevereine gezag, en, mede gelet op zijn democratische legitimiteit, is hij in beginsel onttrokken aan de algemene aansprakelijkheidsregels.

Een dergelijke zienswijze, die vooral ontstaan is in rechtsstelsels die niet de toetsing van de wet aan een hogere norm kennen, moet in andere termen worden geformuleerd wanneer er een hogere norm bestaat aan de hand waarvan de regelmatigheid van de handelingen van de wetgever kan worden onderzocht en eventueel kan worden betwist. Bovendien bestaat er ook in de rechtsstelsels waarin niet alleen een duidelijke en formele hiërarchie is voorzien tussen de constitutionele en de wettelijke regels, maar ook een ad hoc controlemechanisme wat de permanente naleving van deze hiërarchie betreft (Oostenrijk, Italië, Duitsland en Spanje bij voorbeeld), geen eensgezindheid over de vraag of schade veroorzaakt door een inconstitutionele wet voor vergoeding in aanmerking komt. [41] Dit neemt niet weg, dat in dergelijke situaties niet zonder meer kan worden uitgesloten dat de staat is gehouden tot vergoeding van de schade veroorzaakt door wetten waarvan de ongrondwettigheid is vastgesteld.

37. Wanneer de wetgever zich namelijk bij de uitoefening van zijn essentiële bevoegdheden heeft te houden aan bepaalde grenzen die door hogere rechtsnormen zijn opgelegd, dan is er volgens de algemene rechtsleer geen enkele reden om te stellen dat de staat niet is gehouden tot vergoeding van de schade veroorzaakt door een wettelijke regeling die buiten deze grenzen is getreden. In die omstandigheden is er weinig verschil tussen de idee van de aansprakelijkheid wegens handelingen van de wetgever en die van de overheidsaansprakelijkheid wegens administratieve handelingen, die thans in meerdere of mindere mate overal zonder discussie wordt erkend.

41 — Zo is bij voorbeeld in Duitsland een dergelijke mogelijkheid niet zonder meer uitgesloten, doch alleen wanneer de schending van een ambtsplicht niet een welbepaalde derde treft, wat zoals reeds gezegd, in de meeste gevallen waarin een onrechtmatige handeling aan de wetgever is toe te rekenen, het geval is; om dezelfde redenen is er over deze mogelijkheid evenwel geen discussie, wanneer het om „Einzelfallgesetze" gaat. De overwegende zienswijze in de rechtsleer is evenwel, dat de particulier in ieder geval recht heeft op schadevergoeding in geval van schending van grondrechten (zie in dit verband onder meer Haverkate: „Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers", in *NJW*, 1973, blz. 441). In Italië, waar dit onderwerp nog steeds ter discussie staat, is een dergelijke mogelijkheid bij voorbeeld erkend in het specifieke geval van de vastgestelde ongrondwettigheid van presidentiële onteigeningsdecreten in het kader van de landhervorming, waarbij de schadevergoedingsplicht ten laste kwam van de betrokken administratie, ook wanneer haar geen enkele onrechtmatigheid kon worden verweten: vandaar de zienswijze, dat in dergelijke gevallen de schadevergoeding veeleer een teruggave wegens ongerechtvaardigde verrijking is, en uitsluitend betrekking heeft op de waarde van het verloren goed (voor meer algemene beschouwingen ter zake, zie Zagrebelsky: „Processo costituzionale", in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987, blz. 639).

Er is evenwel meer. Zoals bekend, wordt in de meeste rechtsstelsels in bepaalde gevallen de vermogensschade vergoed die de particulier lijdt ten gevolge van volkomen rechtmatige handelingen van de wetgever, die niet in strijd zijn met de rechtsregel die daartoe de bevoegdheid verleent: ik denk hierbij aan het geval van nationalisaties en onteigeningen ten algemenen nutte. Indien evenwel wordt erkend, dat de schade die op *rechtmatige* wijze in het algemeen belang wordt toegebracht aan de rechtspositie en het vermogen van de particulier, aanleiding dient te geven tot een billijke vergoeding, dan dient logischerwijs te worden erkend dat, wanneer deze schade het gevolg is van een normatieve handeling die in strijd is met een hogere rechtsregel (constitutioneel, gemeenschapsrechtelijk, of anderszins van hogere rang), en dus *onrechtmatig* is, de mogelijkheid van schadevergoeding niet mag worden uitgesloten.

38. Ik behoef er verder niet aan te herinneren, dat in de betrekkingen die worden beheerst door het volkenrecht, de aansprakelijkheid van de staat voor de handelingen van de wetgever algemeen en zonder voorbehoud is erkend. [42] Zo kan onder meer worden herinnerd aan het door het Permanent Hof van Internationale Justitie uiteengezette beginsel, dat de schadevergoedingsplicht het directe gevolg is van een met het internationale recht strijdige schadeveroorzakende handeling die aan een staat is toe te rekenen: *„het is een beginsel van internationaal recht, dat de schending van een verplichting meebrengt dat de schade naar behoren moet worden hersteld. De schadevergoeding is dus het noodzakelijk complement van de niet-toepassing van een verdrag, ook wanneer zulks niet uitdrukkelijk in de tekst van het verdrag is vermeld."* [43]

39. Ik ben mij er natuurlijk wel van bewust, dat in het kader van het internationale recht de schadevergoedingsplicht van de staat, ook wanneer de vergoeding er in concreto toe strekt de vermogenstoestand van particulieren te herstellen, ontstaat ten opzichte van één of meer staten en niet, zoals in casu wordt verlangd, rechtstreeks ten aanzien van particulieren.

Mijns inziens mogen evenwel de specificiteit en de bijzondere kenmerken van het gemeenschapsrecht niet buiten beschouwing worden gelaten. Voor zover van belang voor de onderhavige zaak, is dat rechtsstelsel gebaseerd op een contractuele grondslag. Zoals de andere overeenkomsten houdende instelling van internationale organisaties, bevat ook het Verdrag een reeks verplichtingen van de Lid-Staten verband houdend met de verwezenlijking van de daarin vermelde doelstellingen die zij vrijwillig hebben aanvaard, en met de werking van een institutionele structuur waarvan de bevoegdheden grotendeels, doch niet volledig vooraf zijn vastgesteld. Het bijzondere en uiteindelijke doel van de contractuele grondslag bestaat er in het geval van de Gemeenschap evenwel in,

42 — Het internationaal recht kent namelijk alleen de aansprakelijkheid van de staat als zodanig, dus in zijn geheel beschouwd: daarbij is zonder belang, of de schending die tot de schade heeft geleid, is toe te rekenen aan de wetgever, de rechter of de administratie. Deze zienswijze is eveneens terug te vinden in de rechtspraak van het Hof op basis van artikel 169: de schending van een gemeenschapsrechtelijke verplichting wordt dus toegerekend aan de staat, ongeacht het orgaan dat in concreto tot de naleving van de betrokken verplichting is gehouden (zie onder meer de arresten van 5 mei 1970, zaak 77/69, Commissie/België, Jurispr. 1970, blz. 237, r. o. 15; 18 november 1970, zaak 8/70, Commissie/Italië, Jurispr. 1970, blz. 961, r. o. 9, en 26 februari 1976, zaak 52/75, Commissie/Italië, Jurispr. 1976, blz. 277, r. o. 14).

43 — Arrest van 26 juli 1927, The Factory at Chorzów (CPJI, serie A, nr. 8, blz. 21); cursivering van mij. Dit beginsel is door het Internationaal Hof van Justitie bevestigd in het advies van 30 maart 1950, betreffende de uitlegging van de vredesverdragen met Bulgarije, Hongarije en Roemenië (CIJ, 1950, blz. 228).

de integratie te verzekeren en meer in het bijzonder „de grondslagen te leggen voor een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren" [44], onder meer via de totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt. Daaruit volgt dat de traditionele instrumenten, in feite dus die van internationaal recht, waarin is voorzien ter verzekering van de juiste en nauwgezette vervulling van de op de Lid-Staten rustende verplichtingen, voor het grootste deel hierop neerkomen, dat een maximaal en direct belang werd en nog steeds wordt toegekend aan de rechtspositie van de particulieren. Dit heeft hiermee te maken, dat de verplichtingen van de staten en van de gemeenschapsinstellingen, in een systeem waarvan het communautaire karakter de eerste ambitie is, hoofdzakelijk tot doel hebben rechten in het leven te roepen ten behoeve van de particulieren. Dit is het kader dat door de auteurs van het Verdrag is vastgesteld en door de gemeenschapswetgever verder uitgewerkt.

40. Het Hof heeft in een aantal zeer bekende arresten zich ertoe beperkt akte te nemen van deze precieze wilsuiting van de auteurs van het Verdrag en later van de wetgever, en heeft erop gewezen, dat het EG-Verdrag een nieuwe rechtsorde vormt „ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd". [45] In het kader van deze rechtsorde zijn de rechtssubjecten niet alleen de staten maar ook de particulieren, waaraan het gemeenschapsrecht rechten toekent die worden opgenomen in hun juridisch erfgoed: rechten dus, die niet alleen ontstaan in de gevallen waarin zij uitdrukkelijk in het Verdrag zijn vermeld, doch ook in verband met de verplichtingen die het Verdrag oplegt aan de particulieren, de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen.

41. Erkend moet dus worden, met betrekking tot — gemeenschapsrechtelijke — regels die de situatie van de particulieren regelen en waarvan de voorrang boven de interne regels is erkend, dat de zienswijze dat de nationale wetgever niet aansprakelijk kan worden gesteld, niet gerechtvaardigd is. Het is integendeel zo, dat de idee van de aansprakelijkheid van de staat als wetgever, gezien in de context van de door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen, die de staat bij overeenkomst op zich heeft genomen of die later ingevolge de daartoe vastgestelde procedures op hem zijn komen te rusten, volkomen coherent is met — en dus ook inherent aan — de fundamentele en typische kenmerken van het communautaire rechtssysteem.

42. Concluderend kan dus worden gesteld dat het, mede in het licht van het arrest Francovich, doch in ieder geval op grond van de bijzondere kenmerken van het communautaire rechtssysteem in zijn geheel beschouwd, volstrekt irrelevant is of de onwettigheid aan de wetgever dan wel aan de uitvoerende macht is toe te rekenen.

Daarbij komt nog dat het probleem van de aansprakelijkheid van de staat in zijn hoedanigheid van wetgever in elk geval niet rijst, wanneer de onrechtmatige handeling betrekking heeft op rechtstreeks toepasselijke bepalingen. De verklaring van het Hof, dat het „met het oordeel dat particulieren het recht hebben, op de bepalingen van een richtlijn

44 — Aldus in de preambule van het EG-Verdrag.

45 — Zie inzonderheid het arrest van 5 februari 1963 (Van Gend & Loos, reeds aangehaald in voetnoot 35), alsmede het arrest van 15 juli 1964 (zaak 6/64, Costa, Jurispr. 1964, blz. 1199).

die aan de vorengenoemde voorwaarden voldoen, voor de nationale rechter met een beroep tegen de administratie op te komen, in tegenspraak zou zijn, wanneer desalniettemin de mening werd gehuldigd dat zij niet verplicht is, de bepalingen van de richtlijn toe te passen en bepalingen van nationaal recht die daarmee niet verenigbaar zijn, buiten toepassing te laten" [46], impliceert namelijk dat ook op de administratie de plicht rust om de rechten te garanderen waarop particulieren aanspraak maken met een beroep op gemeenschapsregels met rechtstreekse werking. Zo gezien, volgt hieruit, dat het in casu zeer goed mogelijk is de administratie aansprakelijk te stellen wegens de vaststelling van schadeveroorzakende maatregelen ter uitvoering van een wettelijke regeling waarvan de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht wordt gesteld, of in ieder geval wegens de toepassing van een dergelijke wettelijke regeling.

Deze redenering ligt blijkbaar ten grondslag aan het standpunt dat bij voorbeeld is ingenomen door de Franse Conseil d'État, die de staat aansprakelijk heeft gesteld wegens rechtsschending (*faute* [47]) van de administratie, althans voor zover deze gebruik had gemaakt van de discretionaire bevoegdheid die haar was toegekend door een nationale wet die in strijd was met het gemeenschapsrecht. [48] Weliswaar is in dergelijke gevallen de oorsprong van de aansprakelijkheid steeds te vinden in een onrechtmatige handelwijze die is terug te voeren op de wetgever en dus op een met het gemeenschapsrecht onverenigbare wet, doch over de vraag of de toerekening aan de administratie een vanuit procedureel en/of materieel oogpunt „noodzakelijk" middel is om de aansprakelijkheid bij de wetgever te leggen, dan wel de juiste handelwijze, moet natuurlijk door het nationale recht worden beslist.

43. Voor zover in de onderhavige zaak van belang is, verlangt het gemeenschapsrecht, dat in ieder geval is voorzien in de nodige middelen opdat de particulier de vergoeding kan vorderen, en eventueel verkrijgen, van de schade die hij ten gevolge van schendingen van het gemeenschapsrecht heeft geleden. Hierbij zij bovendien aangetekend, dat het probleem van de vaststelling van voor de rechter in te roepen middelen die het nationale rechtsstelsel nog niet kent of erkent, niet onoverkomelijk, en bovendien niet nieuw is. Dit geldt met name gelet op de specifieke gegevens die thans aan de orde zijn, en bovendien ook omdat dit punt door het Hof reeds is opgelost in een aantal historische en onbetwiste passages in de jurisprudentie.

Zulks blijkt inzonderheid uit arresten zoals die in de zaken Simmenthal [49] en Factortame I [50], waarin het Hof zich diende uit te spreken over de vraag of een bepaalde beroepsmogelijkheid, die ingevolge het

46 — Arrest van 22 juni 1989 (Fratelli Costanzo, reeds aangehaald in voetnoot 36, r. o. 31).

47 — Wat de normatieve handelingen van de administratie betreft, wordt zoals bekend, de term *faute* door de Franse rechtsleer en de administratieve rechtspraak (die dit begrip heeft ontwikkeld) uitgelegd als een gebrekkig functioneren van de overheid, wat evenwel — hoe verbazend dit ook mag lijken — geen schuld impliceert. Daarbij wordt vaak verwezen naar de regel, dat „toute décision illégale est en principe fautive". Kort samengevat, komt naar Frans recht het verschil tussen *responsabilité pour faute* en *responsabilité sans faute* niet overeen met het verschil tussen schuldaansprakelijkheid en objectieve aansprakelijkheid, doch — zij het enigszins benaderend — met het verschil tussen aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en aansprakelijkheid wegens rechtmatige daad.

48 — Arrest van 28 februari 1992 (Arizona Tobacco Products GmbH, in *AJDA*, 1992, blz. 210). Daarentegen verwijst de Cour administrative d'appel de Paris in haar arrest van 1 juli 1992 (Société Dangeville, in *AJDA*, 1992, blz. 728, met bespreking van Prétot) in algemene termen naar de aansprakelijkheid van de staat, ten betoge dat de staat gehouden is tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een door de wetgever in het leven geroepen situatie die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

49 — Arrest van 9 maart 1978 (zaak 106/77, Jurispr. 1978, blz. 629).

50 — Arrest van 19 juni 1990 (zaak C-213/89, Jurispr. 1990, blz. I-2433).

nationale procesrecht voor de rechter niet openstond, ingevolge het gemeenschapsrecht kon of moest worden erkend en toegepast.

44. In de zaak Simmenthal was de vraag aan de orde, of de Italiaanse rechter een met het gemeenschapsrecht strijdige nationale regel zonder meer buiten toepassing kon laten, zonder vooraf de Corte costituzionale te verzoeken de ongrondwettigheid ervan vast te stellen. Volgens het Hof heeft de nationale rechter op grond van het gemeenschapsrecht de bevoegdheid en de plicht, de met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling buiten toepassing te laten, ook wanneer het nationale recht niet in deze mogelijkheid voorziet — de Corte costituzionale had zich in zijn rechtspraak namelijk uitdrukkelijk en bij herhaling in tegenovergestelde zin uitgesproken —; zodoende heeft het Hof een afwijking ingevoerd van de autonomie van de Lid-Staten inzake de maatregelen van rechterlijke bescherming van de door het gemeenschapsrecht aan particulieren toegekende rechten. Merkwaardig is, ook in de onderhavige context, dat in de zaak Simmenthal het Hof niet het ontbreken van bescherming maar alleen reeds de loutere vertraging die daarbij was ontstaan, onaanvaardbaar achtte, en aldus aan dit aspect de voorrang heeft gegeven boven de voordelen inzake zekerheid en onherroepelijkheid die het tot dan geldende en op een grondwettigheidstoesting gebaseerde stelsel ongetwijfeld had.

In de zaak Factortame I rees dezelfde vraag als in de zaak Simmenthal, namelijk of bij onbevoegdheid van de nationale rechter ingevolge het nationale rechtsstelsel — in de betrokken zaak, om bij wijze van voorlopige maatregel de toepassing op te schorten van een wet waarvan werd vermoed doch nog niet was vastgesteld, dat hij onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht — de grondslag voor deze bevoegdheid kon worden gevonden in het gemeenschapsrecht. Zoals in het arrest Simmenthal, heeft het Hof ook in deze zaak geantwoord, dat het aan de nationale rechter staat, om een beletsel dat in de weg staat aan een doeltreffende rechterlijke bescherming van een krachtens het gemeenschapsrecht aan particulieren toekomend recht weg te nemen, en dus de daaraan ten grondslag liggende wettelijke bepaling buiten toepassing te laten.

45. Uiteindelijk zijn dus wat de autonomie van de Lid-Staten betreft inzake de beroepsmogelijkheden wegens schending van door het gemeenschapsrecht toegekende rechten, ondanks de erkenning daarvan door het Hof [51], belangrijke afwijkingen voorzien: met name wanneer zulks noodzakelijk is ter verzekering van een juiste toepassing van het gemeenschapsrecht en van een volledige en doeltreffende bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen.

Zo heeft bij voorbeeld in het arrest Salgoil het Hof de nadruk gelegd op de verplichting van de nationale rechter de particulieren een

51 — Arrest van 7 juli 1981 (zaak 158/80, Rewe, Jurispr. 1981, blz. 1805, r. o. 44), naar luid waarvan het Verdrag niet naast de reeds door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen heeft willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden, en evenmin de keuzemogelijkheid van de nationale rechter inzake de meest geschikte beschermingsmaatregelen heeft willen beperken. In werkelijkheid is de strekking van deze uitspraak veel minder absoluut dan op het eerste gezicht lijkt.

rechtstreekse en onmiddellijke bescherming van hun belangen te verzekeren, doch daaraan toegevoegd, dat „de rechtsorde van elk der Lid-Staten de bevoegde rechterlijke instantie moet aanwijzen en daartoe genoemde rechten heeft te kwalificeren naar maatstaven van nationale recht" [52]; in het arrest Bozzetti is deze dubbelzinnigheid evenwel verdwenen. Daarin heeft het Hof namelijk bevestigd, dat de Lid-Staten gehouden zijn „in ieder geval" de effectieve bescherming van de rechten van de particulieren te verzekeren, en dat het Hof uitsluitend binnen deze grenzen („behoudens dit laatste") „zich niet dient in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties". [53] De toevoeging *„behoudens dit laatste"* is natuurlijk de belangrijkste aanwijzing, nu hiermee de grenzen van de autonomie van het nationale stelsel zijn vastgesteld; niet toevallig is dit voorbehoud ook opgenomen in rechtsoverweging 42 van het arrest Francovich.

46. Bovendien mag niet worden vergeten, dat de gemeenschapswetgever zelf heeft voorzien in afwijkingen van de autonomie van de Lid-Staten, bij voorbeeld inzake openbare aanbestedingen die worden beheerst door het gemeenschapsrecht, precies wat de vergoeding van de schade betreft. Ik denk hierbij natuurlijk aan richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [54], en naar de overeenkomstige richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992 betreffende de beroepsmogelijkheden inzake de zogeheten uitgesloten sectoren. [55]

Geconfronteerd met een groot aantal verschillende oplossingen in de diverse nationale rechtsstelsels, heeft de gemeenschapswetgever niet alleen maatregelen genomen op het vlak van de materiële, en dus feitelijke, bescherming, doch heeft hij voorzien in een in veel nationale rechtsstelsels onbekend systeem van vergoeding van de schade voortvloeiend uit de onrechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure, voor het geval dat de reële bescherming ontoereikend of onbestaand was. [56]

47. Concluderend kan dus worden gesteld, dat de autonomie van de Lid-Staten wat het beroep op de rechter betreft wegens schendingen van door het gemeenschapsrecht

52 — Arrest van 19 december 1968 (zaak 13/68, Jurispr. 1968, blz. 631, inzonderheid op blz. 645 e. v.).

53 — Arrest van 9 juli 1985 (zaak 179/84, Jurispr. 1985, blz. 2301, r. o. 17).

54 — PB 1989, L 395, blz. 33.

55 — PB 1992, L 76, blz. 14.

56 — Deze regeling bracht een belangrijke vernieuwing in de stelsels van verschillende Lid-Staten. Zo is bij voorbeeld in het Italiaanse stelsel, dat in vergelijking met de andere aanzienlijke waarborgen bood, en een van de zeldzame systemen was waaronder het mogelijk was om na de nietigverklaring van de onrechtmatige administratieve handeling, ook de daaruit voortvloeiende contracten buiten toepassing te doen verklaren, de invoering van de schadevergoeding bij inbreuken op situaties die traditioneel werden ingedeeld in de categorie der rechtmatige belangen en niet van de subjectieve rechten, ook al blijft zulks beperkt tot situaties die worden beheerst door het gemeenschapsrecht (arrest van de Corte di Cassazione van 5 maart 1993, nr. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, 3062), niets minder dan een *culturele revolutie*.

toegekende rechten, eng is verbonden met het door het gemeenschapsrecht gewenste resultaat. [57]

Wat de onderhavige context betreft, is in geval van schending van gemeenschapsregels door staten, voor een juiste werking van het communautaire rechtsstelsel in zijn geheel beschouwd vereist dat, voor zover aan zekere voorwaarden is voldaan, de rechtssituatie, althans wat de financiële inhoud ervan betreft, wordt hersteld in de toestand die zou hebben bestaan indien de staat niet de hem door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen zou hebben miskend.

II — Voorwaarden voor de schadevergoedingsplicht van de staat

48. De aansprakelijkheid geldt dus voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen die waarin de schade het gevolg is van schendingen van verdragsregels met rechtstreekse werking, ongeacht het orgaan van de staat waaraan de schade is toe rekenen (de wetgever inbegrepen). Rest dan nog de vraag, onder welke voorwaarden de aansprakelijkheid, en meteen ook het recht van de particulier op schadevergoeding, ontstaat.

Bij ontbreken van een specifieke gemeenschapsregeling ter zake bestaat het probleem evenwel in de vaststelling van de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat en in de concrete mogelijkheid om vast te stellen of die voorwaarden zijn vervuld. Bovendien moet nauwgezet worden onderzocht, of de mogelijke oplossingen in de praktijk wel uitvoerbaar zijn.

49. Natuurlijk zou het gemeenschapsrecht zich, zoals sommige staten in de loop van de procedure hebben gesuggereerd, kunnen beperken tot de vaststelling van het principe van de aansprakelijkheid en van de schadevergoedingsplicht, en de vaststelling van de vereisten en modaliteiten, zowel materieel als formeel, aan de nationale rechtsstelsels kunnen overlaten.

Zoals ik in het begin reeds zei, heeft een dergelijke oplossing evenwel aanzienlijke nadelen, eerst en vooral omdat hiermee niet het resultaat wordt verzekerd dat het gemeenschapsrecht met de vaststelling van het aansprakelijkheidsbeginsel op het oog had, namelijk een volledige en doeltreffende bescherming van de door de particulier met een beroep op het gemeenschapsrecht gevorderde rechten waarvan de schending wordt

57 — Voor een gedeeltelijk hiervan afwijkende zienswijze, zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 15 juni 1995 in gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jurispr. 1995, blz. I-4705, I-4707.

gesteld. Dat dit een reëel risico is blijkt uit de vragen van de verwijzende rechter, die precies zijn gesteld omdat naar nationaal recht in de betrokken zaken geen schadevergoeding mogelijk was. In ieder geval is overduidelijk, dat een loutere verwijzing naar het nationale recht discriminaties in het leven zou kunnen roepen, in die zin dat bij eenzelfde schending de gemeenschapsonderdanen een verschillend niveau van bescherming zouden genieten dan wel daarvan zonder meer verstoken zouden blijven.

50. Opdat de bescherming in de vorm van een schadevergoeding dus in alle Lid-Staten zo al niet op uniforme, dan toch op homogene wijze verzekerd zou zijn, is vereist dat het gemeenschapsrecht zelf in ieder geval de minimumvoorwaarden voor het recht op schadevergoeding vaststelt, inzonderheid de criteria voor de vaststelling van deze voorwaarden, en de „communautaire" grenzen die zijn gesteld aan de „nationale" voorwaarden voor schadevergoeding, ongeacht of deze al dan niet van procedurele aard zijn.

Dit is bovendien de oplossing waarvoor het Hof heeft gekozen in het arrest Francovich, zij het met enkele bijzonderheden die verband hielden met de feiten van de zaak. Niets wijst erop dat een dergelijke oplossing uitsluitend zou gelden voor het geval van niet-omzetting van de richtlijn en niet eveneens voor het geval van een schending van regels met directe werking.

51. Ik herinner eraan dat het Hof in het arrest Francovich, waar het heeft gepreciseerd dat de staat de gevolgen van de veroorzaakte schade moet vergoeden in het kader van de regels van nationaal recht, zelf de voorwaarden heeft vastgesteld en omschreven die „voldoende zijn om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, dat zijn grondslag rechtstreeks in het gemeenschapsrecht vindt" (r. o. 41). De Lid-Staat waaraan de niet-omzetting van de richtlijn is toe te rekenen, is dus, telkens wanneer aan de door het Hof gestelde voorwaarden is voldaan, gehouden de aan de particulier veroorzaakte schade te vergoeden.

Dit mag evenwel niet worden geacht te betekenen, dat het feit dat aan deze voorwaarden is voldaan volstaat om schadevergoeding te krijgen voor eender welke schending van het gemeenschapsrecht. Zoals het Hof zelf heeft verklaard, zijn „de voorwaarden waaronder de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aansprakelijkheid van de staat een recht op schadevergoeding doet ontstaan, afhankelijk van de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht" (r. o. 38).

52. De noodzakelijke vereisten voor de aansprakelijkheid van de staat kunnen dus van geval tot geval verschillen. Zoals in de zaak Francovich, dient het evenwel te gaan om vereisten die door het gemeenschapsrecht zelf zijn vastgesteld en omschreven.

De mogelijkheid bestaat dat de in het arrest Francovich opgesomde voorwaarden bij

schending van verdragsregels met rechtstreekse werking niet noodzakelijk en/of voldoende zijn om een recht op schadevergoeding te doen ontstaan. Toch moeten ook voor dat geval de voorwaarden worden vastgesteld die volstaan opdat de particulier recht zou hebben op schadevergoeding. Het is duidelijk, dat de *voldoende voorwaarden,* zoals blijkt uit het arrest Francovich, betrekking hebben op *essentiële* aansprakelijkheidsvereisten.

53. Bij een kort onderzoek van de regelingen inzake de aansprakelijkheid van de overheid in de nationale rechtsstelsels, blijkt dat in ieder geval als beginsel algemeen erkend is, dat voor de schade aansprakelijk is, degene aan wie ze is toe te rekenen, voor zover er een oorzakelijk verband bestaat tussen de feiten en de schade.

Nagenoeg overal zijn de essentiële aansprakelijkheidsvereisten dus vrijwel identiek: werkelijke schade, een oorzakelijk verband tussen de schade en de gedragingen van degene die ze heeft veroorzaakt, het onrechtmatig karakter van die gedragingen. Daarentegen betreffen de verschillen, die van groot belang kunnen zijn voor zover zij bij voorbeeld de aard van het beschermde subjectief recht betreffen [58], de wijze waarop dergelijke vereisten worden vastgesteld en de criteria om uit te maken of daaraan is voldaan.

54. Voor zover hier van belang, dienen dus niet zozeer de algemene aansprakelijkheidsvoorwaarden te worden vastgesteld, nu die in de verschillende rechtsstelsels nagenoeg dezelfde zijn, als wel de criteria om uit te maken of daaraan is voldaan, anders gezegd, de criteria aan de hand waarvan een gemeenschappelijke definitie van de betrokken voorwaarden kan worden opgesteld.

In dit verband wil ik vooraf nader ingaan op de voorwaarden die volgens het Hof voldoende zijn om bij niet-omzetting van richtlijnen, ten behoeve van de particulier een recht op schadevergoeding te doen ontstaan.

1. *De oplossing van het arrest Francovich*

55. De schadevergoedingsplicht van de staat wegens verzuim van de wetgever is door het Hof erkend in het geval van niet-omzetting van een richtlijn binnen de gestelde termijn, voor zover aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: „De richtlijn moet ertoe strekken, aan particulieren rechten toe te kennen. De inhoud van die rechten moet kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. En ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen

58 — In dit verband zij herinnerd aan het bijzondere karakter (zie evenwel voetnoot 5) van het Italiaanse stelsel wat de niet-aansprakelijkheid betreft voor schendingen van rechtmatige belangen. Zie in verband met het „netelige probleem van de aquiliaanse bescherming van de rechtmatige belangen" in de Italiaanse rechtspraktijk, Ponzanelli: „L'Europa e la responsabilità civile", in *Foro it.*, 1992, IV, col. 150. In de zaak Enichem Base (aangehaald in voetnoot 24) betrof het door de verwijzende rechter aan de orde gestelde probleem juist de schending van een rechtmatig belang.

de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade." [59]

Hierbij rijst een eerste vraag: zijn die voorwaarden noodzakelijk en voldoende, ook wanneer de schade voortvloeit uit de schending van een verdragsregel met rechtstreekse werking?

56. Het oorzakelijk verband, een essentieel vereiste van de aquiliaanse aansprakelijkheid, wil ik voorlopig buiten beschouwing laten. Ik wijs er in de eerste plaats op dat de eerste voorwaarde, dat het door de richtlijn voorgeschreven resultaat de toekenning van rechten aan particulieren moet inhouden, de vaststelling betreft van een subjectieve rechtssituatie, waarvan de schending aanleiding kan geven tot schadevergoeding. Gelet op de rechtspraak ter zake, is ervan uit te gaan, dat het Hof hiermee in het algemeen doelt op alle individuele rechtsposities die door het gemeenschapsrecht worden beschermd; het gaat dus, per definitie, om een voorwaarde waaraan steeds is voldaan in het geval van regels met rechtstreekse werking.

De tweede voorwaarde, die op het eerste gezicht niet meer is dan een precisering van de eerste, houdt in, dat het uit de richtlijn voortvloeiende recht een precieze inhoud dient te hebben, en dat het voorwerp ervan bepaalbaar dient te zijn, zodat ook in dit verband als principe geldt, dat verdragsregels met rechtstreekse werking aan deze voorwaarde voldoen. [60] Ik wijs er overigens op, dat in de zaak Francovich, zoals in de zaak Dillenkofer e. a. (gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94), waarin ik heden eveneens conclusie neem, de inhoud van het aan de particulieren toegekende recht volkomen en precies overeenkomt met de financiële inhoud van bedoeld recht, dat bedoelde particulieren met een beroep op de betrokken gemeenschapsregels geldend maken, en dus ook met de voor vergoeding in aanmerking komende schade. [61] Dit betekent natuurlijk niet, dat de betrokken voorwaarde aldus moet worden geïnterpreteerd, dat, opdat de door de particulier geleden schade voor vergoeding in aanmerking zou komen, vereist is dat op basis van de geschonden wettelijke bepaling de precieze omvang van het door de particulier geleden financieel verlies kan worden bepaald. Het volstaat, dat de schending van de betrokken regel die de particulier een recht toekent dat naar de inhoud nauwkeurig bepaalbaar is, gevolgen heeft gehad voor het vermogen van de benadeelde particulier. Zo niet, zou vergoeding van de schade alleen mogelijk zijn wanneer het doel van de geschonden regel er precies in bestaat, de particulier een „financieel" recht toe te kennen.

57. Een en ander noopt tot een eerste conclusie: de door het Hof in de zaak Francovich gestelde voorwaarden, betreffende de

59 — De betrokken drie voorwaarden, die door het Hof zijn geformuleerd in het arrest Francovich (r. o. 40), zijn hier letterlijk overgenomen uit het arrest Faccini Dori (reeds aangehaald in voetnoot 37), waarin zij in r. o. 27 zijn herhaald en samengevat.

60 — Zie hierna, punt 75.

61 — In de zaak Francovich ging het om het bedrag dat aan de werknemer verschuldigd was naar aanleiding van de insolventie van de werkgever, en in de zaak Dillenkofer gaat het om bedragen die kopers van pakketreizen hadden betaald voor reizen die zij nooit hebben gemaakt.

rechtspositie van de particulier die vereist is om op schadevergoeding aanspraak te kunnen maken, zijn kennelijk ook dan noodzakelijk en vervuld, wanneer het om verdragsbepalingen met rechtstreekse werking gaat. De vraag is, of zij steeds toereikend zijn.

Men kan zich in dit verband afvragen, welke gronden het Hof had om zich tot voormelde voorwaarden te beperken en niet tevens bij voorbeeld de criteria te preciseren op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de betrokken schending van het gemeenschapsrecht een onrechtmatige handeling vormt waarvoor de staat aansprakelijk is. Zoals gezegd, heeft het Hof in dat verband slechts uitdrukkelijk gewag gemaakt van één van de drie klassieke vereisten voor de aansprakelijkheid, namelijk het oorzakelijk verband. Integendeel, het Hof heeft geen enkele precisering toegevoegd betreffende de onrechtmatige aard van de handeling van degene die de schade heeft veroorzaakt en de realiteit van de schade en heeft van de nationale rechter op dit punt geen toetsing verlangd.

58. Mijns inziens heeft de keuze die het Hof in de zaak Francovich heeft gemaakt, gewoon hiermee te maken, dat in die zaak op het eerste gezicht reeds bleek, dat aan die twee voorwaarden was voldaan. Er kon namelijk geen enkele twijfel over bestaan, dat het *verzuim* van de staat een onrechtmatige handeling vormde: het door de richtlijn verlangde resultaat, in verband waarmee de staat over geen enkele beoordelingsmarge beschikte, zeker niet wat de termijn voor omzetting van de richtlijn betreft, was niet verwezenlijkt; er bestond evenmin twijfel over de realiteit van de schade, die in wezen samenviel met het bedrag waarop de verzoeker recht zou hebben gehad indien de richtlijn binnen de termijn was omgezet.

In die omstandigheden heeft het Hof, dat voordien had vastgesteld dat de particulier zich niet rechtstreeks voor de nationale rechter op de richtlijn kan beroepen, zich er dus toe bepaald in verband met de schadevergoedingsplicht ten laste van de in gebreke blijvende Lid-Staat te verklaren, dat het mogelijk moet zijn het bestaan van een precies en welbepaald recht in hoofde van de particulier vast te stellen.

59. Het kan dus niet worden ontkend, dat het geval Francovich vanuit het oogpunt van de aansprakelijkheid van de staat en de schadevergoedingsplicht, om zo te zeggen een klassiek geval is. Dat het Hof het in die zaak niet nodig vond de grenzen te preciseren van de aansprakelijkheid van de staat, en meer in het bijzonder heeft nagelaten uitdrukkelijk de *communautaire* criteria aan te geven betreffende de onrechtmatigheid van de handelwijze van de staat, heeft dus alleen te maken met de bijzondere kenmerken van de zaak waarover het zich had uit te spreken. In dit verband is veelzeggend, dat de reacties in de rechtsleer verschillend, zo niet tegenstrijdig zijn: volgens sommige auteurs zou het Hof alleen de bedoeling hebben gehad tegen

ernstige en foutieve schendingen op te treden [62]; volgens andere auteurs daarentegen volgt uit het betrokken arrest, dat elke schending van het gemeenschapsrecht tot aansprakelijkheid leidt en een schadevergoedingsplicht meebrengt. [63]

voor het vermogen van een persoon die houder is van een rechtspositie die met een beroep op de geschonden rechtsregel geldend wordt gemaakt, op zich en automatisch een recht op schadevergoeding meebrengt.

Dat in het arrest Francovich de door het gemeenschapsrecht gestelde criteria voor de aansprakelijkheid van de staat niet duidelijk zijn omschreven, is louter en alleen het gevolg van het feit dat de zaak bijzonder eenvoudig was. Waar het Hof heeft verklaard, dat de voorwaarden waaronder een recht op schadevergoeding ontstaat, afhankelijk zijn van „de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht", betekent dit dus niet enkel dat de algemene aansprakelijkheidsvoorwaarden verschillen naargelang van de aard van de schending, doch eveneens, dat de kenmerken van een bepaald type schending, zoals de niet-omzetting van een richtlijn binnen de gestelde termijn, van dien aard kunnen zijn, dat een grondig onderzoek van het al dan niet bestaan van een of meer van deze voorwaarden niet nodig is.

Mijns inziens is dit niet het door het Hof noch het door het gemeenschapsrecht gewenste resultaat. Dit resultaat zou overigens ook niet redelijk zijn, want zoals reeds gezegd, zijn in alle rechtsstelsels aan de aansprakelijkheid wegens de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid van de overheid diverse beperkingen gesteld. Bovendien gaat ook de rechtspraak van het Hof inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen wegens uitoefening van de wetgevende bevoegdheid, in een andere richting.

2. De rechtspraak betreffende artikel 215, tweede alinea

60. Een andere interpretatie van het arrest Francovich zou inhouden, dat elke schending van het gemeenschapsrecht met gevolgen

61. Hoewel dit niet de juiste plaats is voor een onderzoek van en een discussie over de betrokken rechtspraak, wil ik toch op de noodzaak wijzen van een serene en grondige overdenking van dit probleem. In de loop van de onderhavige procedure hebben de Lid-Staten namelijk voortdurend onder verwijzing naar die rechtspraak de toepassing gevraagd van de daarin ontwikkelde criteria

62 — Zo betoogt Temple Lang in „New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfil Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment", in *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, blz. 1 e. v., dat de niet-omzetting van een richtlijn een bewuste, en dus opzettelijke en foutieve schending is.

63 — In die zin dat het om een objectieve aansprakelijkheid gaat, waarbij de schuld geen rol speelt. Zie bij voorbeeld Caranta: „Governmental Liability after Francovich", in *The Cambridge Law Journal*, 1993, blz. 272 e. v.; zie eveneens Tatham: „Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", in *Cahiers de droit européen*, 1993, blz. 597 e. v.

op de vaststelling van de aansprakelijkheid van de staat wegens aan hem toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht.

Deze zienswijze lijkt niet geheel ongerechtvaardigd, wanneer men bedenkt dat artikel 215, tweede alinea, met betrekking tot de vergoeding van de door de gemeenschapsinstellingen in de uitoefening van hun bevoegdheden veroorzaakte schade verwijst naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, zodat die rechtspraak bij ontbreken van uniforme regels ter zake een nuttig referentiekader kan en moet vormen wat de gemeenschappelijke regels inzake de aansprakelijkheid van de staten betreft.

62. Op het eerste gezicht, en anders dan advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in de zaak Francovich in overweging had gegeven, heeft het Hof blijkbaar niet de bedoeling gehad de aansprakelijkheid van de staat afhankelijk te stellen van dezelfde beperkende voorwaarden waaraan de rechtspraak de aansprakelijkheid van de Gemeenschap heeft onderworpen.

Toch wil ik aan het onderzoek van elk van de algemene aansprakelijkheidsvoorwaarden enkele opmerkingen laten voorafgaan teneinde te kunnen uitmaken of, en in hoever, de aan de staat toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht kan worden vergeleken met de schending door gemeenschapsinstellingen, en dus of de door de rechtspraak ter zake vastgestelde criteria, althans in soortgelijke situaties, een nuttig referentiekader kunnen vormen.

63. In dit verband wil ik vooraf herinneren aan de vaste rechtspraak, dat voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van haar wetgevende functie „moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden betreffende de onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, de werkelijk geleden schade en een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade". [64] De essentiële vereisten zijn dus noodzakelijkerwijs dezelfde, ook in het geval van de aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen.

In diezelfde rechtspraak zijn evenwel, inzonderheid wat de onrechtmatigheid van de aan de instellingen toe te rekenen gedraging betreft, dermate strenge voorwaarden gesteld, dat het uiterst moeilijk wordt een gemeenschapsinstelling werkelijk tot vergoeding van de schade te doen veroordelen. [65]

64. De in de rechtspraak met betrekking tot de vordering ex artikel 215 van het Verdrag gestelde grenzen, zijn in werkelijkheid terug te voeren op de algemeen aanvaarde

64 — In die zin bij voorbeeld arrest van 8 december 1987 (zaak 50/86, Grands Moulins de Paris, Jurispr. 1987, blz. 4833, r. o. 7).

65 — Tot op heden zijn de gemeenschapsinstellingen slechts acht maal tot schadevergoeding veroordeeld.

zienswijze, dat de door de wetgever veroorzaakte schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Ter verklaring van zijn restrictieve opvatting heeft het Hof overigens verklaard, dat „de wetgevende macht, zelfs ingeval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten". [66]

De gevolgen waartoe deze redenering in een aantal gevallen heeft geleid, zijn evenwel verbazend.

65. Op de grenzen aan de aansprakelijkheid van de Gemeenschap is namelijk niet alleen een beroep gedaan in verband met normatieve handelingen die een ruime discretionaire bevoegdheid van de betrokken instelling veronderstellen, doch ook in verband met handelingen die binnen de sfeer van de uitvoeringsbepalingen vallen (een typisch geval zijn de uitvoeringsverordeningen van de Commissie). [67] In feite heeft het Hof de restrictieve criteria die zijn uitgewerkt in de context van de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve handelingen met algemene strekking, dus ook toegepast in de gevallen waarin de schade voortvloeit uit een individuele bepaling die geen economische beleidskeuzen impliceert van een zodanige strekking dat een zo ruim mogelijke bescherming van de discretionaire bevoegdheid van de instellingen zich opdringt.

Het ware ongetwijfeld beter verschillende aansprakelijkheidsregelingen toe te passen naargelang het gaat om een werkelijke wetgevende dan wel veeleer een uitvoerende bevoegdheid, nu in beginsel de discretionaire bevoegdheid waarover de gemeenschapsinstellingen beschikken, in de twee gevallen sterk verschilt. [68] Meer in het algemeen is de omstandigheid dat voor het ontstaan van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap een bijna arbitraire handelwijze vereist is, gerechtvaardigd wanneer de gemeenschapsinstelling, zoals inzake landbouwbeleid, over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt; dit vereiste is evenwel niet gerechtvaardigd, wanneer de voorwaarden voor uitoefening van de aan de instelling toegekende bevoegdheid duidelijk en nauwkeurig zijn omschreven. [69] In laatstbedoeld geval moet de schending van de betrokken

66 — Arrest van 25 mei 1978 (gevoegde zaken 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, HNL, Jurispr. 1978, blz. 1209, r. o. 5).

67 — Zie bij voorbeeld arrest van 19 september 1985 (gevoegde zaken 194/83-206/83, Asteris, Jurispr. 1985, blz. 2815, r. o. 21 en 22), waarin het Hof het bestaan heeft ontkend van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap naar aanleiding van de onregelmatige vaststelling door de Commissie, krachtens een verordening van de Raad, van een communautaire steunmaatregel voor tomatenconcentraat. Zie eveneens arrest van 26 juni 1990 (zaak C-152/88, Sofrimport, Jurispr. 1990, blz. I-2477), waarin weliswaar de aansprakelijkheid van de Gemeenschap is erkend in verband met een in wezen individuele verordening van de Commissie, ter uitvoering van een andere verordening van de Commissie die zelf was vastgesteld ter uitvoering van een verordening van de Raad, doch waarin is verwezen naar dezelfde strenge criteria die gelden voor normatieve handelingen die economische beleidskeuzen impliceren.

68 — Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Biancarelli in zaak T-120/89 (arrest van 27 juni 1991, Stahlwerke Peine-Salzgitter, Jurispr. 1991, blz. II-279, op blz. II-340), waarin het heet dat inzake aansprakelijkheid „vooral de beoordelingsruimte [van belang is] die de Commissie geniet wanneer zij haar beschikking geeft, alsook de meer of minder ingewikkelde economische context waarin die beschikking wordt gegeven".

69 — Dit probleem is onlangs nog ter sprake gekomen voor het Gerecht in een anti-dumpingzaak, waarin de verzoekende partij heeft gesteld, dat de aansprakelijkheid van de Gemeenschap verschillend moet worden beoordeeld, naargelang de aan de instelling verweten schending regels betreft die aan de beoordeling van complexe economische feiten inherent zijn, dan wel, zoals in de betrokken zaak, procedureregels die de instellingen in acht hebben te nemen. Het Gerecht was evenwel van oordeel, dat het zich bij die zienswijze niet kon aansluiten, en heeft zich beperkt tot de bondige verklaring, dat verordeningen betreffende antidumpingmaatregelen normatieve handelingen zijn die economische beleidskeuzen impliceren (arrest van 18 september 1995, zaak T-167/94, Nölle, Jurispr. 1995, blz. II-2589, r. o. 44-52).

regel namelijk worden geacht in ieder geval de aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen. [70]

66. Wanneer dus ingevolge het arrest Francovich de schade voortvloeiend uit een met een gemeenschapsregel onverenigbare nationale wettelijke bepaling moet worden vergoed, valt niet in te zien waarom schade voortvloeiend uit een *met dezelfde gemeenschapsregel onverenigbare* handeling van de Gemeenschap alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer aan de (tot op heden) door het Hof vastgestelde restrictieve voorwaarden is voldaan. [71] Bovendien zou in een Gemeenschap die op het wettigheidsbeginsel is gebaseerd, en steeds meer belang hecht aan de bescherming van de particulier, ook op het vlak van de schadevergoeding, zoals verschillende partijen hebben opgemerkt, minstens evenveel belang moeten worden gehecht aan de gevallen waarin de door de particulieren geleden schade voortvloeit uit onrechtmatige handelingen die aan de gemeenschapsinstellingen zijn toe te rekenen. [72]

Vanuit deze optiek kan mijns inziens ook niet worden gesteld, dat de transpositie naar de nationale aquiliaanse vordering van de voorwaarden die gelden voor de vordering ex artikel 215, een stap terug zou kunnen zijn ten opzichte van de situatie die bestaat in sommige rechtsstelsels. Vanuit het oogpunt van de eisen van de bescherming van de door de communautaire rechtsorde aan particulieren toegekende rechten, kan namelijk niet worden aanvaard dat de bescherming waarop voor de gemeenschapsrechter aanspraak kan worden gemaakt, zou zijn ingegeven door meer restrictieve en dus minder ruime criteria dan die welke althans in enkele Lid-Staten gelden. [73]

67. Uit een en ander volgt mijns inziens, dat er geen gronden aanwezig zijn voor de toepassing van verschillende criteria, natuurlijk in vergelijkbare situaties, naargelang de betrokken schending van het gemeenschapsrecht toe te rekenen is aan een staat dan wel aan een gemeenschapsinstelling. Omgekeerd, nopen verschillende situaties tot verschillende conclusies wat de criteria betreft om uit te maken of is voldaan aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid, hetzij van de Lid-Staten hetzij van de gemeenschapsinstellingen.

Meer in het bijzonder kan volgens mij als vertrekpunt worden genomen, dat volstrekt redelijk is dat de aansprakelijkheid van de staten aan dezelfde strenge voorwaarden wordt onderworpen die ook gelden voor de gemeenschapsinstellingen, telkens wanneer

70 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Darmon bij arrest van 8 april 1992, Cato (zaak C-55/90, Jurispr. 1992, blz. I-2533, I-2561).

71 — Dit probleem is eveneens ter sprake gebracht in de zaak Bourgoin, in de fase voor de Court of Appeal, Civil Division, 29 juli 1985 (*Common Market Law Reports*, 1986, blz. 267); zie Simon-Barav, „La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire", in *RMC*, 1987, blz. 165, inzonderheid op blz. 170 e. v.; Oliver, „Enforcing Community Rights in the English Courts", in *The Modern Law Review*, 1987, blz. 881, inzonderheid op blz. 899 e. v.

72 — In die zin bij voorbeeld Cartabia: „Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, blz. 505 e. v.

73 — Zie het verslag van het FIDE-congres 1992: FIDE, „La sanction des infractions au droit communautaire", deel II, Lissabon, 1992.

zij over een discretionaire bevoegdheid beschikken of wanneer niet duidelijk blijkt welke grenzen de gemeenschapsregels aan hun activiteiten stellen, zelfs in sectoren die (ook) binnen hun bevoegdheidssfeer vallen; en zulks ongeacht of de „geschonden" regel al dan niet rechtstreekse werking heeft.

Omgekeerd moet de aansprakelijkheid van de Lid-Staten, zoals die van de gemeenschapsinstellingen, gemakkelijker worden erkend wanneer de schending geen verband houdt met de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid.

68. Men zou dus dienen te komen tot een aansprakelijkheidsregeling die verschilt naargelang de gemeenschapsinstelling (en de nationale autoriteiten) al dan niet over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken. Dit is mijns inziens de meest correcte en logische wijze om tot de noodzakelijke harmonisatie te komen van de aansprakelijkheidsvereisten, want het zou moeilijk te verdedigen zijn in soortgelijke situaties minder strenge criteria te hanteren wat de aansprakelijkheid van de staten wegens schending van het gemeenschapsrecht betreft, dan die welke het Hof toepast inzake de aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen.

In een Gemeenschap die op het wettigheidsbeginsel is gebaseerd, en op de idee dat de handelingen en gedragingen van alle deelnemers aan het systeem aan rechterlijke controle zijn onderworpen, zonder dat de een of de ander daarbij wordt bevoorrecht, kan het vereiste van een doeltreffende bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen, in gelijke situaties niet verschillend worden toegepast naargelang de Lid-Staat dan wel de Gemeenschap aan de oorsprong ligt van de schade.

69. In wat volgt zal dus als referentiepunt voor de vaststelling van de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staten mede worden uitgegaan van de voorwaarden die het Hof in zijn rechtspraak betreffende artikel 215 heeft vastgesteld. Dit houdt natuurlijk niet in, dat die (restrictieve) voorwaarden „blindelings" worden getransponeerd op de sector die thans aan de orde is. Ik ben mij er namelijk van bewust, dat de Lid-Staten bij de toepassing van het gemeenschapsrecht hoogstens een zeer beperkte discretionaire bevoegdheid hebben, zodat in dergelijke gevallen de betrokken voorwaarden veel gemakkelijker de aansprakelijkheid teweeg kunnen brengen. Tegelijkertijd meen ik evenwel, dat niet uit te sluiten is dat het eventuele ontbreken van nauwkeurigheid van de verplichting die op de Lid-Staat rust, kan meebrengen dat, hoewel de Lid-Staat in de betrokken sector niet over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikt, de toepassing vereist is van die restrictieve criteria.

3. *De „communautaire" criteria inzake de algemene aansprakelijkheidsvoorwaarden*

70. In wat volgt zal ik één voor één de essentiële aansprakelijkheidsvoorwaarden

bespreken, te beginnen met het schadeveroorzakende feit, en voor zover hier van belang, de schending van gemeenschapsbepalingen met rechtstreekse werking.

a) *Het schadeveroorzakende feit: de schending van gemeenschapsregels*

71. De vaststelling van de grenzen van de aansprakelijkheid houdt in de eerste plaats, en essentieel, verband met de omschrijving van de onrechtmatige gedraging. Onbetwist is, dat de schadeveroorzakende gedraging, in casu de normatieve handeling, in strijd dient te zijn met de voorschriften van de rechtsorde. Om te bepalen of een dergelijke onverenigbaarheid met het recht aanleiding geeft tot aansprakelijkheid, en dus tot schadevergoeding, hanteren de verschillende staten evenwel uiteenlopende begrippen [74], waarvan de betekenis niet steeds exact overeenkomt, zodat de concrete toepassing bij schending van een zelfde regel tot verschillende resultaten kan leiden. Dit bevestigt, voor zover zulks nog nodig ware, dat inzonderheid wat het schadeveroorzakende feit betreft, criteria nodig zijn aan de hand waarvan een gemeenschappelijke definitie van dit begrip kan worden opgesteld.

Wat de normatieve handelingen van de overheid betreft, is een eerste poging in die zin gedaan door de Raad van Europa, die in een aanbeveling heeft gesteld: „Doit être assurée la réparation de dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie." [75] De onregelmatigheid van de handeling is dus ingevolge deze aanbeveling op zich niet voldoende om de aansprakelijkheid van de staat teweeg te brengen: behoudens de gevallen waarin de geschonden rechtsregel duidelijk is, is bovendien vereist, dat de aan de overheid toe te rekenen handeling niet aan het redelijkheidsvereiste voldoet.

72. Wat de rechtspraak van het Hof inzake niet-contractuele aansprakelijkheid betreft, daarin is steeds verklaard dat, indien de schade voortvloeit uit een normatieve handeling die economische beleidskeuzen impliceert, de ongeldigheid van de betrokken handeling niet volstaat om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen. Bij handelingen van dit type [76], kan de Gemeenschap namelijk slechts aansprakelijk worden gesteld in geval van een *voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel.* [77]

74 — Enkele voorbeelden: *illecito* in het Italiaanse recht, *faute* in het Franse recht, *Verschulden* in het Duitse recht, *breach of duty of care* of ook nog *misfeasance in public office*, in het Engelse recht.

75 — Aanbeveling R (84) 15 van 18 september 1984.

76 — Zoals reeds gezegd is het ingevolge de betrokken rechtspraak, alsof alle communautaire normatieve handelingen economische beleidskeuzen impliceren.

77 — Zie inzonderheid arresten van 25 mei 1978 (HNL, reeds aangehaald in voetnoot 66, r. o. 4) en 19 mei 1992 (gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e. a., Jurispr. 1992, blz. I-3061, r. o. 12).

De onrechtmatigheid van de schadeveroorzakende handeling is dus weliswaar een voorwaarde voor de niet-contractuele aansprakelijkheid, doch hieraan moet worden toegevoegd, dat aan deze aansprakelijkheid, wegens schade voortvloeiend uit handelingen die een economische beleidskeuze impliceren, twee bijkomende voorwaarden zijn gesteld: de geschonden bepaling dient „een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel" te zijn, en de schending dient „gekwalificeerd" („suffissamment caractérisée", „hinreichend qualifiziert", „sufficiently serious breach") te zijn.

73. Ik wijs er in dit verband op, dat alle staten die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend, het volkomen samenvallen van de gronden voor de onrechtmatigheid van de handeling en de voorwaarden voor aansprakelijkheid uitsluiten, en zich op het standpunt plaatsen, dat niet elke schending van het gemeenschapsrecht de aansprakelijkheid van de staat en dus de schadevergoedingsplicht ten behoeve van particulieren teweeg kan brengen.

In verband met de erkenning van de schadevergoedingsplicht van de in gebreke gebleven staat, is dus enerzijds het accent gelegd op de in de rechtspraak betreffende artikel 215 ontwikkelde criteria, en vooral op het begrip ernstige en kennelijke schending; en anderzijds op het schuldbegrip als noodzakelijk element om de schending van de rechtsregel als ernstig te kwalificeren, of in ieder geval als een noodzakelijk en essentieel element van de aansprakelijkheid.

— Ernstige en kennelijke schending

74. Met de nodige omzichtigheid en gelet op de nuances die gelden inzake de aansprakelijkheid van de Gemeenschap, moet dus worden onderzocht of ook in verband met de aansprakelijkheid van de Lid-Staten, de betrokken schending kennelijk en ernstig moet zijn, en natuurlijk ook wat onder een kennelijke en ernstige schending is te verstaan.

Zoals gezegd, is in de betrokken rechtspraak dit criterium aldus omschreven, dat „in een gemeenschapsrechtelijk kader, dat gekenmerkt wordt door de uitoefening van een — voor de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid onontbeerlijke — ruime discretionaire bevoegdheid, de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan worden gesteld in het uitzonderlijke geval dat de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend" [78], met dien verstande natuurlijk, dat de betrokken schending een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel moet betreffen.

75. Dit laatste aspect geeft blijkbaar, in dit verband, het minst aanleiding tot discussie. Voor de hand ligt namelijk, dat de geschonden bepaling, opdat de particulier daaraan

78 — Arrest van 8 december 1987 (Grands Moulins de Paris, reeds aangehaald in voetnoot 64, r. o. 8). Zie voorts onder meer arrest van 18 april 1991 (zaak C-63/89, Assurances du crédit, Jurispr. 1991, blz. I-1799, r. o. 12), en laatstelijk, arrest van 14 september 1995 (zaak T-571/93, Lefebvre e a., Jurispr. 1995, blz. II-2379, r. o. 32).

een recht op schadevergoeding zou kunnen ontlenen, te zijnen gunste een rechtspositie in het leven dient te roepen. In die zin moeten bovendien de eerste twee voorwaarden van het arrest Francovich worden verstaan, die zoals reeds gezegd, noodzakelijk zijn en waaraan is voldaan in het geval van voorschriften met rechtstreekse werking.

Wat rechtstreeks toepasselijke verdragsbepalingen betreft, dus het geval dat thans aan de orde is, moeten mijns inziens enkele verduidelijkingen worden aangebracht. Inzonderheid moet er hier op worden gewezen, dat de omstandigheid dat die regels soms of vaak ook zijn vastgesteld ter bescherming van andere, in beginsel algemene, belangen, op zich niet uitsluit dat het gaat om regels vastgesteld ter bescherming van particulieren.

76. Wat vervolgens het vereiste betreft, dat de geschonden regel een *hogere* rechtsregel dient te zijn, behoeft nauwelijks te worden opgemerkt, dat de onrechtmatigheid van een normatieve handeling — per definitie — inhoudt dat zij in strijd is met een hogere rechtsregel. Weliswaar wordt deze uitdrukking in de rechtspraak betreffende artikel 215 niet gebruikt om op te treden tegen elke schending van door hogere regels gestelde grenzen, ook wanneer zij de bescherming van particulieren beogen, doch uitsluitend tegen schendingen van algemene beginselen van de rechtsorde, en dus uiteindelijk om de betrokken schending als ernstig te kwalificeren.

Het lijkt mij evenwel niet opportuun dezelfde oplossing te suggereren met betrekking tot de aansprakelijkheid van de staten wegens schending van het gemeenschapsrecht. De schadevergoedingsplicht ten laste van de Lid-Staten is opgelegd om de particulieren de effectieve bescherming te verzekeren van de hun ingevolge het gemeenschapsrecht toekomende rechten, en het zou niet gemakkelijk zijn redenen te vinden ter rechtvaardiging van een beperking van dat recht tot de schending van een bepaalde categorie rechtsnormen, al vormen zij een fundamenteel bestanddeel van het gemeenschapsstelsel.

77. Vanuit het oogpunt van de benadeelde persoon, is het natuurlijk evident dat elke schending van een gemeenschapsregel die hem een subjectieve rechtspositie toekent, tot schadevergoeding aanleiding moet kunnen geven. De schending van een bepaling van een verordening mag voor de particulier dus geen andere gevolgen teweegbrengen dan de schending van een bepaling van het Verdrag; a fortiori kan mijns inziens geen onderscheid worden gemaakt tussen de ene en de andere bepaling van het Verdrag, bij voorbeeld door te bepalen dat alleen de schending van bepaalde, fundamentele bepalingen, en niet die van andere, de aansprakelijkheid van de betrokken Lid-Staat kan teweegbrengen. [79]

79 — In dat geval zou namelijk moeten worden uitgemaakt welke bepalingen, gelet op hun strekking en ter verzekering van de volle werking ervan, in aanmerking zouden komen voor een bescherming in de vorm van een schadevergoeding: is het verbod van discriminatie op grond van woonplaats, dat ongetwijfeld van fundamenteel belang is ter verzekering van een werkelijke vrijheid van dienstverrichting, meer of minder fundamenteel dan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit?

Uiteindelijk volstaat volgens mij, wat het onderhavige punt betreft, dat de geschonden rechtsregel de particulier een recht toekent, waarvan de inhoud bepaalbaar en duidelijk is. Het behoeft geen betoog, dat hetzelfde eveneens dient te gelden in verband met de aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen.

78. Vervolgens moet de inhoud worden gepreciseerd van het begrip ernstige en kennelijke schending, dat in de onderhavige context van belang is.

Het komt mij voor dat, om te bepalen binnen welke grenzen onrechtmatigheid tot aansprakelijkheid leidt, de mate van beoordelingsvrijheid het beslissende element dient te zijn, ongeacht de rang van de geschonden bepaling (Verdrag of afgeleid recht, in ieder geval een bepaling die voorrang heeft op het nationale recht) en van de handeling die de schending uitmaakt (wettelijke dan wel uitvoerende bepaling). De belangrijkheid van de beoordelingsmarge waarover de staat beschikt valt overigens in de meeste gevallen samen met de mate van duidelijkheid en precisie van de verplichting die op hem rust. In feite is het zeer goed mogelijk dat verplichtingen absoluut niet duidelijk zijn, of beter gezegd onnauwkeurig zijn afgebakend, ook wanneer de Lid-Staten slechts een geringe of nagenoeg geen beoordelingsmarge is gelaten. Het gevolg daarvan is dat in dergelijke gevallen de grenzen die zijn gesteld aan de activiteit van de staat ipso facto niet duidelijk omschreven zijn, zodat in feite de situatie weinig verschilt van die waarin de staten over een ruime beoordelingsmarge beschikken.

79. Dit betekent dat de staat ook in het geval van regels met directe werking, schendingen kan begaan, die niet zonder meer als *kennelijk en ernstig* zijn te kwalificeren. Ik wil dit illustreren aan de hand van een voorbeeld betreffende twee bepalingen met directe werking. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 6) geeft een nauwkeurige en precieze omschrijving van het recht van de particulier, dat er eenvoudig en zonder dat het anders kan, in bestaat, niet te worden gediscrimineerd. Hetzelfde kan niet worden gezegd van het voorschrift houdende verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (artikel 30), gezien het groot aantal concrete situaties die zich in dit verband kunnen voordoen. In dat geval kan het recht van de particulier, dat op zich volkomen duidelijk is, en hierin bestaat dat zijn activiteit niet wordt belemmerd door ingevolge bedoeld voorschrift verboden maatregelen, namelijk stuiten op een van de beperkingen voortvloeiend uit artikel 36 van het Verdrag, of ook nog, wanneer het om zonder onderscheid toepasselijke maatregelen gaat, op dwingende vereisten waarop de Lid-Staat zich beroept ter verwezenlijking van een doelstelling die ingevolge gemeenschapsrecht zelf voor bescherming in aanmerking komt. Dit brengt mee, dat de betrokken overheidsmaatregel, die in beginsel onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, toch aan de toepassing van artikel 30 kan worden onttrokken dan wel binnen het gebied valt van de ingevolge artikel 36 toegelaten afwijkingen. Natuurlijk kan in dit verband een voorafgaande toetsing door de nationale rechter en/of de gemeenschapsrechter noodzakelijk zijn.

Hierbij wil ik nog aantekenen, dat in de onderhavige context niet zozeer beslissend is dat de staten in een bepaalde sector al dan niet over een ruime beoordelingsmarge beschikken, doch dat het veeleer aankomt op de ruimte waarover zij beschikken ten

opzichte van een welbepaalde norm die rechten toekent aan de particulier. [80] En precies in dit opzicht komt de beoordelingsmarge uiteindelijk toch overeen met de mate van nauwkeurigheid van de verplichting die de regel aan de staten oplegt.

80. Gelet op een en ander, moet worden erkend dat de staat in principe telkens aansprakelijk is, wanneer ingevolge het gemeenschapsrecht op hem een *precieze* resultaatsverplichting rust. Dit nu is het geval, waarover het Hof zich in het arrest Francovich reeds heeft uitgesproken, dat zich voordoet bij niet-omzetting van een richtlijn binnen de voorgeschreven termijn, voor zover natuurlijk de andere door het Hof gestelde voorwaarden zijn vervuld. Dit geldt evenwel ook voor alle bepalingen, verdragsbepalingen inbegrepen, die zich ertoe beperken de Lid-Staten precieze en welbepaalde verplichtingen om na te laten opleggen (ik denk bij voorbeeld aan het verbod van artikel 12 van het Verdrag op de invoering van nieuwe douanerechten, en meer in het algemeen, alle standstill-bepalingen) die tegelijkertijd ook rechten inhouden voor de particulier.

Kortom, in al deze materies en met betrekking tot alle rechtsregels die de Lid-Staten geen aanzienlijke beoordelingsmarge laten in de hierboven uiteengezette zin, dient de aansprakelijkheid en de schadevergoedingsplicht te worden erkend wegens het enkele feit van de schending van een gemeenschapsregel die de particulier een precies recht toekent dat bepaalbaar is naar het voorwerp ervan, zonder dat andere elementen daarbij een rol kunnen spelen.

81. Wanneer de Lid-Staten integendeel over een min of meer ruime discretionaire bevoegdheid beschikken, of de op hen rustende communautaire verplichtingen niet duidelijk en nauwkeurig omschreven zijn, kan deze oplossing slechts gelden in geval van een kennelijke en ernstige miskenning van de aan hun activiteiten gestelde grenzen. Dit is kennelijk het geval, wanneer de regel waarvan de schending wordt gesteld, een duidelijke regel is, bij voorbeeld in de zin van het arrest in de zaak Cilfit [81], dan wel omdat hij door het Hof reeds is uitgelegd in een identieke of in ieder geval analoge feitelijke context [82], ongeacht of zulks is gebeurd in het kader van een prejudiciële beslissing dan wel in dat van een beslissing op grond van artikel 169.

Wat dit laatste punt betreft, behoeft er nauwelijks op te worden gewezen dat, anders dan sommige Lid-Staten in de loop van deze

80 — Aansluitend bij wat ik hierboven reeds zei, wijs ik erop dat artikel 30 van het Verdrag weliswaar geen verband houdt met de uitoefening van een ruime discretionaire bevoegdheid door de Lid-Staten, maar dat niettemin moet worden erkend dat de daarin aan de activiteiten van de Lid-Staten gestelde grenzen niet steeds duidelijk en nauwkeurig blijken te zijn, wat overigens eveneens kan worden afgeleid uit de rechtspraak ter zake. Daarentegen kan de discretionaire bevoegdheid die aan de Lid-Staten is gelaten, bij voorbeeld ingevolge artikel 129 A van het Verdrag (consumentenbescherming), in geen geval worden geacht tot de toepassing van meer beperkende aansprakelijkheidsvoorwaarden te leiden wanneer bij voorbeeld een nationale regel de burgers van andere Lid-Staten van de toepassing van de nationale rechtsregels ter zake zou uitsluiten.

81 — Arrest van 6 oktober 1982 (zaak 283/81, Jurispr. 1982, blz. 3415, r. o. 16 en 17).

82 — Voor een soortgelijke opmerking, maar betreffende de verwijzingsplicht van artikel 177, derde alinea, van het Verdrag, zie arrest van 27 maart 1963 (gevoegde zaken 28/62-30/62, Da Costa, Jurispr. 1963, blz. 61).

procedure hebben gesteld, er geen enkele reden is om de schadevordering afhankelijk te stellen van een voorafgaande vaststelling dat de Lid-Staat een verplichting niet is nagekomen. Gelet namelijk op de discretionaire bevoegdheid waarover de Commissie beschikt wanneer zij beslist al dan niet de niet-nakomingsprocedure in te leiden, zouden hierdoor de mogelijkheden voor de particulieren om schadevergoeding te verkrijgen, zonder enige vorm van controle worden beperkt. Bovendien heeft het Hof verklaard, „dat de rechten van particulieren niet uit het arrest [houdende vaststelling van de niet-nakoming] voortvloeien, maar uit de bepalingen van gemeenschapsrecht, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde". [83]

82. Wanneer de Lid-Staten evenwel over een ruime beoordelingsmarge beschikken en/of wanneer het juridisch kader onduidelijk is en in de rechtspraak nog niet is onderzocht, ook niet in een soortgelijke situatie, kan niet op dezelfde wijze worden geredeneerd. Alleen reeds op het theoretische vlak moet worden erkend dat in die hypothese het bestaan van een kennelijke en ernstige miskenning van de aan de bevoegdheid van de staat gestelde grenzen moeilijk is vast te stellen, althans voor zover zulks, zoals bij voorbeeld in de rechtspraak betreffende artikel 215, op één lijn wordt geplaatst met een gedraging *die aan willekeur grenst.* [84]

In zulke gevallen rest de particulier dus de mogelijkheid de materiële bescherming te vragen van de eventueel door de betrokken rechtsregel toegekende rechtspositie. Indien de Lid-Staat niet binnen een redelijke termijn nadat zij is vastgesteld, de schending opheft, kan de benadeelde persoon natuurlijk een schadevordering inleiden.

83. Natuurlijk kan niet worden uitgesloten, dat de interpretatie van de betrokken gemeenschapsregels door de nationale overheid die de normatieve handeling heeft gesteld (of heeft verzuimd zulks te doen), *kennelijk onjuist* is, in die zin dat zij aan willekeur grenst, zodat ook in dat geval de staat wegens niet-nakoming van zijn verplichtingen tot schadevergoeding is gehouden.

Wat nu het geval betreft van een bepaling van een richtlijn die tijdig maar onjuist is omgezet, zij er in dezelfde zin op gewezen, dat de staat alleen dan aansprakelijk zal zijn wanneer de omzetting van deze bepaling door de betrokken Lid-Staat kennelijk onjuist is. [85]

83 — Arrest van 14 december 1982 (gevoegde zaken 314/81-316/81 en 83/82, Waterkeyn, Jurispr. 1982, blz. 4337, r. o. 16).

84 — Zie wat het gebruik van deze term betreft, het arrest van 5 december 1979 (gevoegde zaken 116/77 en 124/77, Amylum, Jurispr. 1979, blz. 3497, r. o. 19), waarin het Hof heeft verklaard dat het in die zaak „niet ging om dermate ernstige fouten dat men zou kunnen zeggen dat het gedrag van de verwerende instellingen als zodanig op dit punt aan willekeur grenst en derhalve de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap met zich mee zou moeten brengen". In dezelfde zin, recentelijk, het arrest van 18 september 1995 (zaak T-167/94, Nölle, reeds aangehaald in voetnoot 69).

85 — Voor een meer gedetailleerde bespreking van dit aspect, zie de conclusie van heden in zaak C-392/93 (British Telecommunications, Jurispr. 1996, blz. I-1631, I-1634), inzonderheid de punten 33-35.

84. Concluderend kan dus worden gesteld, dat in de onderhavige context sprake is van *kennelijke en ernstige schending* wanneer:

a) verplichtingen zijn miskend die in al hun elementen qua inhoud duidelijk en nauwkeurig zijn;

b) de rechtspraak van het Hof via prejudiciële uitlegging of via een uitspraak op basis van artikel 169, onduidelijk rechtssituaties die identiek zijn met of in ieder geval veel gelijkenis vertonen met die welke aan de orde is, voldoende heeft verduidelijkt;

c) de betrokken interpretatie van het gemeenschapsrecht door de nationale autoriteiten, bij de uitoefening (of het achterwege blijven daarvan) van hun normatieve bevoegdheid, kennelijk onjuist blijkt te zijn.

— Is schuld een essentieel element?

85. De vraag is, of schuld een essentiële voorwaarde is voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staten. In dit verband moet in de eerste plaats worden uitgemaakt, of onder schuld is te verstaan een subjectief, of indien men wil psychisch of psychologisch, element — in de zin van een foutieve handelwijze of een onzorgvuldigheid, of in ieder geval in de zin die traditioneel aan het begrip schuld wordt gegeven — dat kenmerkend is voor de handelwijze van de persoon aan wie de schending wordt toegerekend, en dus meteen ook voor de aansprakelijkheid. In die zin is de schuld dus een *bijkomend* element *naast* de schending van de rechtsregel, als subjectieve component van de situatie, die wel de handelwijze kwalificeert die tot de schending leidt, doch niet direct de schending als zodanig of de normatieve handeling waaruit de schade voortvloeit.

Wat de regelgevende bevoegdheid betreft, is de vraag van de schuld in subjectieve zin — en a fortiori die van de kwade trouw — reeds op het theoretische vlak een probleem, want het schuldelement als voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de staat is een thema waarover veel is geschreven en zeer tegenstrijdige standpunten zijn verdedigd. Zo is het met name een probleem om de schuldige gedraging van de overheid als zodanig te erkennen aan de hand van dezelfde criteria die ook in het privaatrecht worden gehanteerd, inzonderheid omdat de mechanismen die zijn uitgedacht om de gedragingen van rechtspersonen te verklaren, en waarbij de gedragspatronen van natuurlijke personen op hen worden getransponeerd, in de onderhavige context volkomen nutteloos of in ieder geval ontoereikend zouden zijn. Alleen reeds louter theoretisch lijkt het moeilijk om een schuldelement terug te vinden in een normatieve handeling van de wetgever, of zelfs om de mogelijkheid in overweging te nemen dat hij zich bewust is geweest van het feit dat die handeling een schending vormde. Als vermoeden dient integendeel te gelden, dat de wetgever steeds en in ieder geval een algemeen belang nastreeft.

86. Toch moet worden vastgesteld dat in de meeste nationale rechtsstelsels het schuldelement nog steeds een aansprakelijkheidsgrondslag is [86], ook wanneer deze in wezen samenvalt met (...) de onrechtmatigheid van de handeling. Ik denk hierbij inzonderheid aan het Franse stelsel, waarin als regel geldt dat „toute illegalité constitue par elle-même une faute" [87], en naar de zienswijze van de Italiaanse Corte di cassazione, dat „wat de onrechtmatige handelingen betreft, de schuld als zodanig bestaat in de schending van rechtsnormen die voortvloeit uit de vaststelling van de handeling, en de uitvoering daarvan". [88]

Anders gezegd, de schuld, die weliswaar wordt vermoed te bestaan telkens wanneer een onrechtmatige normatieve handeling is gesteld, hetzij wegens het onbetwistbaar vrijwillige karakter van de door de overheid gestelde handelingen, hetzij wegens de schending van het wettigheidsbeginsel dat de overheid heeft te eerbiedigen, heeft uiteindelijk elke subjectieve connotatie verloren. [89]

87. De schuld wordt met andere woorden niet langer gezocht bij de mens maar wel bij de „organisatie", zodat zij, zelfs wanneer men ze niet doet samenvallen met de onwettigheid van de handeling zonder meer, in ieder geval wordt verbonden aan de inhoud van de geschonden bepaling, in die zin dat belang wordt toegekend aan de gedragsregels die de administratie bij de uitoefening van haar bevoegdheden heeft te eerbiedigen. Inzonderheid dient daarbij te worden gelet op de omstandigheid dat de overheidshandelingen binnen de voor haar geldende wettigheidsgrenzen dienen te blijven.

Hoewel dus inderdaad in de meeste nationale rechtsstelsels de aansprakelijkheid nog steeds verbonden is met het schuldbegrip, is het ook zo dat, enkele uitzonderingen buiten beschouwing gelaten [90], het bestaan van de

86 — Een uitzondering op deze regel is zeker de Spaanse rechtsorde, waarin de aansprakelijkheid wegens normatieve handelingen een objectief karakter heeft (artikel 9, lid 3, en 106, lid 2, van de Grondwet, en artikel 139, lid 1, van de wet van 26 november 1992 inzake het juridisch statuut van de overheid en de administratieve rechtspleging).

87 — Zie onder meer Paillet: „La faute du service public en droit administratif français", 1980, blz. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni unite, arrest van 22 oktober 1984, nr. 5361 (in Giustizia civile, 1985, blz. 1419), waarin het voorts nog heet: „Men ziet niet in hoe de vrijwillige uitvoering van een administratieve handeling, die onrechtmatig is wegens schending van de wet, en waarmee inbreuk is gemaakt op een subjectief recht, op zich geen schuldelement zou bevatten, ook in minder zwaarwichtige gevallen, zeker wanneer zulks is toe te rekenen aan een overheidsinstantie, die is opgericht en met de middelen uitgerust om, binnen de grenzen van haar gebonden bevoegdheid, overeenkomstig het recht te handelen." Voorts moet worden herinnerd aan arrest van 24 mei 1991, nr. 5883 (in Resp. civ. prev., 1992, blz. 247 e. v.), waarin de Corte di cassazione heeft verklaard, dat het bewijs van de schuld van de overheid kan bestaan „hetzij in de schending van de algemeen aanvaarde regels van voorzichtigheid, in die zin dat bij het vaststellen van regels onachtzaam of onvoorzichtig te werk wordt gegaan, hetzij in de schending van wetten en besluiten die de overheid dient na te leven, aangezien zij zich heeft te houden aan de beginselen van wettigheid, onpartijdigheid en behoorlijk bestuur, die zijn neergelegd in artikel 97 van de Grondwet".

89 — Dit is eveneens het geval wat België, Luxemburg, Griekenland, Portugal en Denemarken betreft.

90 — In het Engelse recht is de aansprakelijkheid van de overheid wegens normatieve handelingen blijkbaar nog steeds (nauw) verbonden met de schuld als subjectief element van de gedraging. Zo is een beoordelingsfout van de minister betreffende de strekking van de hem toegekende bevoegdheden niet per se als een fout aan te merken (zie bij voorbeeld, Rowling v. Takaro Properties [1988] 2 WLR, blz. 433 e. v.); zo ook is de schuld, en dus de aansprakelijkheid uitgesloten wanneer de betrokken overheid om een juridisch advies heeft verzocht over de materie waarin zij had tussen te komen (in die zin, Dunlop v. Woollahra Municipal Council [1988] 2 WLR, blz. 418). Aangezien louter economische verliezen (pure economic loss) in het kader van *tort of negligence* niet voor vergoeding in aanmerking komen, brengt een onrechtmatige handeling nagenoeg alleen dan de aansprakelijkheid teweeg, wanneer met de vaststelling van onrechtmatige handelingen kwade trouw was gemoeid, dus in geval van *misfeasance in public office*.

schuld wordt getoetst aan objectieve criteria. [91] Eigenlijk wordt in de Lid-Staten de schuldaansprakelijkheid nog slechts gehanteerd via een aantal kunstgrepen; in ieder geval wordt die aansprakelijkheid steeds meer geobjectiveerd, en staat zij dus steeds meer, zo niet volledig, los van elke subjectieve component.

88. Een dergelijke oplossing, die in een aantal nationale rechtsstelsels ingang heeft gevonden, en eveneens is toegepast door het Hof in verband met de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen [92], leidt ertoe, dat de aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens schending van het gemeenschapsrecht als een objectieve, schuldeloze, aansprakelijkheid wordt gezien.

Anderzijds, zelfs indien men deze aansprakelijkheid op het schuldbegrip zou willen baseren, komt het mij, althans op het eerste gezicht, voor, dat daarbij noodzakelijkerwijs moet worden uitgegaan van de regel waarvan de schending wordt gesteld of dat de schuld zonder meer moet worden geïdentificeerd met de inhoud van de handeling.

89. Het lijkt mij namelijk duidelijk dat, indien de rechtsregel een resultaatsverplichting impliceert, er geen enkele ruimte is om het ontstaan van de aansprakelijkheid afhankelijk te stellen van een subjectief element in de gedraging van de staat, die als schuld in de hierboven uiteengezette zin kan worden gekwalificeerd. De schending, anders gezegd de onrechtmatige daad, bestaat wanneer de staat er niet in slaagt het door de rechtsregel voorgeschreven resultaat te bereiken. De aansprakelijkheid van de staat is dan een feit; ze is objectief en het schuldbegrip of verwante begrippen zijn daarbij irrelevant.

Wanneer daarentegen de rechtsregel een gedragswijze, in de zin van een zorgvuldigheidsplicht *(duty of care)* voorschrijft, is de schuld een essentieel element van de zaak. In dat geval is de schuld evenwel niet langer een subjectief element van de handelwijze van de staat die de schending en meteen ook de onrechtmatige schade heeft veroorzaakt, maar integendeel juist de essentie van de schending. De schending van de zorgvuldigheidsplicht bestaat namelijk juist in een onzorgvuldige handelwijze, dus in een foutieve gedraging, zodat de schuld het voorwerp is van de onrechtmatigheid en niet langer een subjectief element van de gedraging.

90. Concluderend kan dus worden gesteld dat, om te kunnen vaststellen of de staat wegens schending van de op hem rustende gemeenschapsrechtelijke verplichtingen aansprakelijk is, geen rechtstreeks onderzoek nodig is naar het bestaan van schuld als subjectief bestanddeel van de onrechtmatige daad.

91 — Een dergelijke evolutie kan eveneens was vastgesteld in Nederland en in Duitsland, waar de schuld op een lijn wordt geplaatst met een gedraging die niet in overeenstemming is met de zorgvuldigheidsplicht. In dit verband is in de Duitse rechtsleer tegenwoordig sprake van „Objektivierung des Verschuldens" (zie in die zin, Ossenbühl: „Staatshaftungsrecht", 4e druk, München, 1991, blz. 61).

92 — Aanvankelijk enigszins aarzelend, wordt ook in de rechtspraak van het Hof het begrip schuld uitsluitend gehanteerd als synoniem met onrechtmatige daad.

Ik herhaal dus wat ik eerder reeds zei, namelijk dat de gedraging van de staat die in strijd is met het gemeenschapsrecht, in verband met de schadevergoedingsplicht moet worden getoetst aan objectieve elementen.

b) *Het bestaan van schade*

91. De schade moet reëel zijn, dus zeker en actueel. Dit zijn overigens de vereisten die in de rechtsstelsels van de Lid-Staten worden gesteld, en waarvan de nationale rechter dient vast te stellen of eraan is voldaan.

92. Ik wil evenwel in het kort ingaan op sommige voorwaarden verband houdend met de aard van de schade, die in de loop van de onderhavige procedure zijn aangevoerd of althans ter sprake zijn gebracht, inzonderheid door de Franse regering, als criteria ter beperking van het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid van de Lid-Staten bij schendingen van het gemeenschapsrecht. Ik denk daarbij inzonderheid aan de zwaarwichtigheid van de schade, die aanzienlijk dient te zijn, en aan de specificiteit ervan, in die zin dat zij een beperkt aantal personen dient te raken.

Mijns inziens zijn die voorwaarden in de onderhavige context zonder meer irrelevant, ook al zijn zij in de rechtspraak van het Hof inzake niet-contractuele aansprakelijkheid vaak toegepast. [93]

93. Weliswaar doen zich in een aantal nationale rechtsstelsels gevallen voor waarin het recht op schadevergoeding ook afhangt van de zwaarwichtigheid van de schade, van de abnormale omvang ervan, en van de specificiteit ervan ten opzichte van de benadeelde personen, doch hierbij moet worden aangetekend, dat een dergelijke zienswijze de vergoeding betreft van schade veroorzaakt door rechtmatige handelingen. [94] De termen van het probleem zijn dus niet dezelfde, en kunnen ook niet dezelfde zijn, als in de onderhavige context.

Men kan werkelijk niet verlangen van particulieren die schade hebben geleden ten gevolge van onrechtmatige handelingen, dat de door hen geleden schade een abnormaal en bijzonder karakter heeft, zodat niet alleen de minder belangrijke gevolgen voor hun rekening blijven, maar ook die welke gemeen zijn aan een categorie van personen die niet

93 — Zie inzonderheid de arresten van 25 mei 1978 (HNL, reeds aangehaald in voetnoot 66, r. o. 7); 4 oktober 1979 (gevoegde zaken 64/76 en 113/76, 167/78 en 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Dumortier Frères, Jurispr. 1979, blz. 3091, r. o. 11), en 6 december 1984 (zaak 59/83, Biovilac, Jurispr. 1984, blz. 4057, r. o. 27-30).

94 — Zie bij voorbeeld het arrest van de Conseil d'État van 14 januari 1938 (La Fleurette, *Recueil Lebon*, 1938, blz. 25 e. v.). Uitgaande van dezelfde logica is in het Duitse recht de theorie van het „*Sonderopfer*" ontwikkeld, die is ontstaan in het kader van het onteigeningsrecht, en dus betrekking heeft op vermogensschade voortvloeiend uit rechtmatige handelingen van algemeen nut.

echt beperkt is. Samenvattend zou ik stellen, dat de vrijstelling voor geringe schade in het onderhavige geval geen goed idee is.

94. In dit verband wijs ik er eerst en vooral op, dat aan de aanvaarding van het criterium van de zwaarwichtigheid van de vermogensschade in de weg staat dat een onrechtmatige bepaling die een kennelijke en ernstige schending vormt, en in strijd is met een bepaling van het stelsel en met de daardoor toegekende subjectieve rechten, aanleiding dient te geven tot schadevergoeding teneinde het evenwicht te herstellen dat door de onrechtmatige daad is verstoord; en zulks ongeacht de omvang van de schade. Bovendien is er in de rechtsstelsels van de Lid-Staten een gemeenschappelijke tendens inzake de aansprakelijkheid voor onrechtmatige handelingen van de overheid, die hierop neerkomt dat de schadevergoeding niet afhankelijk wordt gesteld van de omvang van de schade.

Daarbij komt nog, dat de aansprakelijkheid van de staat blijkbaar niet kan worden beperkt tot de gevallen waarin de rechtssubjecten of groepen rechtssubjecten specifiek zijn bepaald, en niet kan worden uitgesloten wanneer de normatieve handeling betrekking heeft op een ruime categorie rechtssubjecten. Weliswaar zou op goede gronden kunnen worden gesteld, dat eisen van algemeen belang zich zouden kunnen verzetten tegen de vergoeding van schade veroorzaakt aan ruime categorieën van personen, alleen reeds ter voorkoming van aanzienlijke financiële lasten, waartegenover evenwel staat, dat een dergelijke constructie uitsluitend gebaseerd is op opportuniteitsoverwegingen. Men dient zich integendeel af te vragen, nu de aansprakelijkheid afhankelijk is van de ernstige en kennelijke schending van een hogere rechtsregel die subjectieve rechten in het leven roept, welke gronden er zijn om degene die recht heeft op schadevergoeding voldoening te geven op basis van het aantal personen die, zoals hij, aanspraak hebben op hetzelfde geschonden recht. [95]

95. Mijns inziens mag dus niet uit het oog worden verloren, dat de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige handelingen en die wegens rechtmatige handelingen twee totaal verschillende rechtsfiguren zijn. En het is zeker niet zonder belang, dat de voorwaarde van het zwaarwichtig en bijzonder karakter van de schade in de Franse rechtspraak alleen is gesteld voor de vergoeding van schade voortvloeiend uit rechtmatige normatieve handelingen.

De Conseil d'État heeft bovendien in het arrest Alivar de aansprakelijkheid van de staat wegens schending van het gemeenschapsrecht als *responsabilité sans faute* opgevat, aangezien de nationale maatregelen gerechtvaardigd waren op grond van het algemeen belang, doch is er wel van uitgegaan, dat het buitengewoon en bijzonder

95 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in de gevoegde zaken 83/76 en 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, HNL (Jurispr. 1978, blz. 1226 e. v., inzonderheid op blz. 1234 e. v.).

karakter van de schade vaststonden [96]; naar aanleiding hiervan is gesproken van *responsabilité sans faute,* aldus gecorrigeerd, dat niet vereist is dat de schade een buitengewoon en bijzonder karakter heeft. [97]

96. Mijn conclusie luidt dus, dat voorwaarden die te maken hebben met de aard van de schade, die bovendien tot de negatie van het recht op schadevergoeding kunnen leiden, geen enkele grond of bestaansreden hebben wanneer de gestelde schade geen verband houdt met een rechtmatige activiteit maar voortvloeit uit onrechtmatige handelingen. [98] Die conclusie dient natuurlijk eveneens te gelden inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. [99]

c) *Het oorzakelijk verband*

97. De derde aansprakelijkheidsvoorwaarde die in het arrest Francovich uitdrukkelijk is geformuleerd, betreft het oorzakelijk verband, een dwingend vereiste voor de aquiliaanse aansprakelijkheid, inhoudende dat de gestelde schade het directe gevolg dient te zijn van het schadeveroorzakende feit dat aan de auteur ervan is toe te rekenen, in casu dus van de onrechtmatige normatieve handeling.

Het staat natuurlijk aan de nationale rechter om uit te maken of aan die voorwaarde is voldaan. Wat de onderhavige zaken betreft, wil ik evenwel twee opmerkingen maken betreffende het wegvallen van het oorzakelijk verband. Enerzijds moet worden gepreciseerd, of op basis van het gemeenschapsrecht kan worden gesteld, dat de causale band kan worden verbroken door eventuele nevenoorzaken of door onzorgvuldigheid van de benadeelde persoon; anderzijds doet dit probleem, zij het onder verschillende vormen, de vraag rijzen van de subsidiariteit van de schadevordering ten opzichte van andere nationale beroepsmogelijkheden.

96 — Arrest van 23 maart 1984 (Alivar, in *AJDA,* 1984, blz. 396, met aantekeningen van Genevois). Aan de orde was een verzoek om schadevergoeding wegens het niet afgeven van een uitvoervergunning voor aardappelen die was ingesteld bij een algemene administratieve maatregel, die het Hof van Justitie later in strijd heeft verklaard met het verbod van artikel 34 op kwantitatieve uitvoerbeperkingen. De Conseil d'État stelde, dat er in die zaak alleen sprake kon zijn van *responsabilité sans faute,* en bevestigde het vonnis van de lagere rechter die het verzoek om schadevergoeding had toegewezen, eveneens zonder in te gaan op het buitengewone en bijzondere karakter van de schade, maar omdat volgens hem sprake was van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad *(responsabilité pour faute).* Zie bovendien de conclusie van Commissaire du gouvernement Laroque bij het arrest van de Conseil d'État van 28 februari 1992, Arizona Tobacco Products, aangehaald in voetnoot 48, waarin ter zake is gesuggereerd, dat het geval van schending van gemeenschapsregels, zoals dat van regels van internationaal recht, tot een derde aansprakelijkheidsregeling leidt, die, anders dan die van de *responsabilité sans faute,* voor het ontstaan van het recht op schadevergoeding niet het buitengewone karakter van de schade verlangt.

97 — Zie Simon, „Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?", in *Revue trimestrielle de droit européen,* 1992, blz. 265 e. v.

98 — Die conclusie wordt overigens bevestigd door de reeds vermelde aanbeveling van de Raad van Europa van 18 september 1984, waarvan beginsel II, nr. 1, uitdrukkelijk het geval voorziet van vergoeding van schade voortvloeiend uit rechtmatige handelingen, en waarin wordt gepreciseerd dat „une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circonstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intérêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommages et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte". In tegenovergestelde zin evenwel de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Léger van 20 juni 1995, in de zaak Lomas (zaak C-5/94, Jurispr. 1996, blz. I-2553).

99 — Uit het arrest van 19 mei 1992 (Mulder, reeds aangehaald in voetnoot 77) zou kunnen worden afgeleid, dat het Hof zijn rechtspraak op dit punt reeds heeft herzien, zij het impliciet.

— De handelwijze van de benadeelde persoon

98. In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat het Hof het bestaan heeft erkend van „een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, volgens hetwelk de benadeelde zich redelijke inspanningen moet getroosten om de omvang van de schade te beperken, omdat hij anders de schade zelf moet dragen". [100]

Op de benadeelde persoon rust dus een zorgvuldigheidsplicht, die inhoudt dat hij alle maatregelen dient te nemen die ertoe kunnen bijdragen dat de schade wordt voorkomen of in ieder geval dat de omvang ervan wordt beperkt. [101]

99. In die zin is ook de reeds vermelde aanbeveling van de Raad van Europa van 18 september 1984 geformuleerd, waarvan beginsel III bepaalt: *„Si par sa faute ou par la non-utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée."*

Uit de formulering van dit beginsel blijkt, dat het wegvallen van het oorzakelijk verband eventueel het gevolg kan zijn van een onrechtmatige gedraging van de benadeelde persoon; die gedraging kan hierin bestaan, dat de betrokkene niet de te zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden heeft aangewend.

— Schadevordering en administratief beroep: autonoom of subsidiair?

100. Wanneer de schade door de benadeelde kan worden voorkomen door een beroep op de nationale rechter (bij voorbeeld door op te komen tegen de schadeveroorzakende handeling die in strijd is met het gemeenschapsrecht, of door zich tegenover de overheid te beroepen op een recht toegekend door een in een richtlijn neergelegde regel met directe werking), kan men zich afvragen of het niet-aanwenden van dergelijke middelen het noodzakelijk oorzakelijk verband tussen de schending en de veroorzaakte schade niet doet wegvallen.

De vraag rijst dus, of het niet tijdig aanwenden van de beroepsmogelijkheden al dan niet de mogelijkheid uitsluit om de aansprakelijkheid van de in gebreke gebleven staat in het geding te brengen. In die zin zou de voorafgaande aanwending van middelen die de grond van de zaak betreffen, niet alleen kunnen worden beschouwd als een voorwaarde voor de aansprakelijkheid, doch eveneens als een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de schadevordering.

100 — Arrest van 19 mei 1992 (Mulder, reeds aangehaald in voetnoot 77, r. o. 33).

101 — Voor een toepassing van dit beginsel in de rechtspraak betreffende artikel 215, zie onder meer arresten van 14 juli 1967 (gevoegde zaken 5/66, 7/66 en 13/66-24/66, Kampffmeyer, Jurispr. 1967, blz. 305, inzonderheid op blz. 327 e. v.) en 4 oktober 1979 (zaak 238/78, Ireks-Arkady, Jurispr. 1979, blz. 2955, r. o. 14).

101. Die vraag is in de verschillende Lid-Staten verschillend beantwoord. Er zijn ter zake drie zienswijzen. De eerste houdt in, dat de diverse vorderingen onderling volkomen autonoom zijn, zodat het aan de betrokkene staat om te kiezen welke vordering zijn rechten het best beschermt. [102] De tweede stelt de aansprakelijkheidsvordering afhankelijk van een vordering tot nietigverklaring. [103] De derde oplossing ten slotte sluit nauwer aan bij het oorzakelijk verband, in die zin dat de overheid niet aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die de benadeelde had kunnen voorkomen door beroepsmogelijkheden ten gronde aan te wenden, in het bijzonder door beroep tot nietigverklaring in te stellen. [104]

Zoals bekend, heeft het Hof in zijn rechtspraak inzake niet-contractuele aansprakelijkheid na enkele aanvankelijke uitspraken in de zin van subsidiariteit van de schadevergoedingsactie [105], duidelijk geopteerd voor de autonomie van die actie, die ook dan kan worden ingeleid wanneer nog andere beroepsmogelijkheden ter beschikking van de verzoeker staan. Meer in het bijzonder heeft het Hof verklaard, dat „de schadevergoedingsactie van de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag is voorzien als een zelfstandige beroepsweg waaraan binnen het systeem der rechtsmiddelen een bijzondere functie toekomt en toepassingsvoorwaarden zijn gesteld die op zijn specifieke doelstelling zijn afgestemd". [106]

102. Hieruit blijkt inzonderheid, dat de autonome aard van de schadevergoedingsactie beantwoordt aan garantievereisten die verband houden met de omstandigheid dat voor het beroep tot nietigverklaring andere ontvankelijkheidsvoorwaarden gelden dan voor de schadevergoedingsactie. In het kader van het in de Verdragen neergelegde stelsel van rechtsbescherming kunnen particulieren namelijk niet opkomen tegen handelingen van algemene strekking, en is het voor hen bijzonder moeilijk om het stilzitten van de gemeenschapsinstellingen te doen vaststellen. Nu erkend is dat de schadevergoedingsactie een autonoom karakter heeft, kan met een schadevordering worden bereikt wat niet kan of in ieder geval niet kon worden bereikt met een beroep tot nietigverklaring.

Dat dit het doel is dat met de erkenning van de autonomie van de schadevergoedingsactie werd beoogd, wordt hierdoor bevestigd, dat deze actie niet mogelijk is in het beperkt

102 — Dit is de oplossing van het Franse recht.

103 — Voor deze oplossing is onder meer in het Italiaanse en het Engelse recht gekozen.

104 — Voor deze tussenoplossing is gekozen in het Duitse recht, meer bepaald in § 839, lid 3, van het Bürgerliches Gesetzbuch.

105 — Ik denk hierbij aan het arrest van 15 juli 1963 (zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 205).

106 — Arrest van 17 december 1981 (gevoegde zaken 197/80-200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Ludwigshafener Walzmühle, Jurispr. 1981, blz. 3211, r. o. 4). In dit arrest heeft het Hof voorts verklaard, dat dit rechtsmiddel (de schadevergoedingsactie) „verschilt van het beroep tot nietigverklaring doordat het niet strekt tot het ongedaan maken van een bepaalde maatregel, doch tot vergoeding van de door de instellingen bij de vervulling van hun taak veroorzaakte schade; de voorwaarden voor de aansprakelijkheidsactie zijn op deze doelstelling afgestemd en verschillen derhalve van die voor het beroep tot nietigverklaring".

aantal gevallen waarin particulieren daadwerkelijk een beroep kunnen doen op administratieve rechtsmiddelen [107], inzonderheid inzake beroepen van personeelsleden van de Gemeenschap. [108]

103. In wezen is het criterium waardoor de rechtspraak zich heeft laten leiden in verband met de regeling betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheidsvordering, steeds hetzelfde gebleven, ongeacht de formules die van geval tot geval zijn gebruikt, hetzij in verband met de interne beroepsmogelijkheden (prejudicieel verzoek om een uitspraak over de geldigheid in het kader van een beroep tegen de nationale uitvoeringsmaatregel), hetzij met betrekking tot de mogelijkheden van rechtstreeks beroep (beroep tot nietigverklaring of wegens nalaten). De bedoeling is, ervoor te zorgen dat de aansprakelijkheidsvordering niet wordt gebruikt ter bereiking van het resultaat waartoe een ander beroep, indien het was toegewezen, zou hebben geleid. De schadevergoedingsactie kan dus geen middel zijn om de gevolgen op te heffen van een nadelige handeling, wanneer dit doel ook via een gewoon beroep tot nietigverklaring kan worden bereikt, ongeacht of het om een rechtstreeks beroep gaat dan wel om een nationaal beroep met een prejudicieel verzoek aan het Hof om uitspraak te doen over de geldigheid. Het enige voorbehoud dat hierbij kan worden gemaakt is, dat het beroep in rechte, zeker wanneer het om een nationaal beroep gaat, in ieder geval geschikt dient te zijn om een doeltreffende bescherming te verzekeren.

De autonomie van de niet-contractuele aansprakelijkheidsvordering is dus in het voordeel van de particulieren die normalerwijs uitgesloten zijn van de beroepsmogelijkheden ten gronde, maar niet ook van wie die mogelijkheden wel met succes kan aanwenden.

104. Voor zover hier van belang houdt dit in, dat redelijkerwijs de Lid-Staten niet mag worden verboden, indien en voor zover de betrokken voorwaarde ook geldt voor soortgelijke interne beroepen, de aansprakelijkheidsvordering afhankelijk te stellen van een voorafgaand beroep tot nietigverklaring.

Bovendien is de stelling van de subsidiariteit van de schadevordering in geval van schade voortvloeiend uit schendingen van het gemeenschapsrecht, althans op het eerste gezicht, door het Hof bevestigd. In het arrest Wagner Miret is de schadevordering namelijk opgevat als het ultieme middel dat ter beschikking van de particulier staat, en dus moet worden aangewend wanneer niet anderszins een nuttig resultaat kan worden bereikt, ook niet via de interpretatie door de nationale rechter van de betrokken nationale regels conform de toepasselijke gemeenschapsregeling. [109]

107 — Zie arrest van 26 februari 1986 (zaak 175/84, Krohn, Jurispr. 1986, blz. 753), waarin het Hof niet-ontvankelijk heeft verklaard „een beroep tot schadevergoeding dat strekt tot betaling van een bedrag dat precies overeenkomt met het bedrag van heffingen die de verzoeker ter uitvoering van een individueel besluit heeft betaald, zodat het beroep tot schadevergoeding in werkelijkheid strekt tot opheffing van dit individuele besluit" (r. o. 33).

108 — Zie onder meer arresten van 14 februari 1989 (zaak 346/87, Bossi, Jurispr. 1989, blz. 303), en 24 januari 1991 (zaak T-27/90, Latham, Jurispr. 1991, blz. II-35).

109 — Arrest van 16 december 1993 (reeds aangehaald in voetnoot 37, r. o. 23).

4. *De andere voorwaarden*

105. Wat de *andere voorwaarden* voor de vergoeding van de schade betreft, moet in de eerste plaats worden herinnerd aan het arrest *Francovich,* waarin het Hof, na de voorwaarden te hebben vastgesteld en omschreven die „voldoende zijn om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen", heeft gepreciseerd dat het, onder dit voorbehoud, „aan de Lid-Staat staat om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken" (r. o. 42).

Bedoeld voorbehoud betekent kennelijk, dat met betrekking tot de regeling inzake de schadevergoeding, die verschuldigd is ingevolge het gemeenschapsrecht en waarop een recht ontstaat onder de door het gemeenschapsrecht gestelde voorwaarden, de ter zake geldende nationale regels *slechts toepasselijk* zijn voor zover zulks noodzakelijk is voor de regeling van de *andere voorwaarden* voor de schadevergoeding. Alleen de voorwaarden waaronder de particulier zijn recht op schadevergoeding geldend kan maken, inzonderheid de procedurele voorwaarden, worden dus door het nationaal recht geregeld. [110]

106. Wat de procedurele voorwaarden betreft, heeft het Hof bovendien in het arrest Francovich verklaard, dat „bij gebreke van een gemeenschapsregeling ter zake, het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke Lid-Staat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen ten volle te beschermen" (r. o. 42).

Dit is een formule die eigenlijk niet nieuw is in de rechtspraak van het Hof, en gewoonlijk wordt gebruikt in verband met de autonomie van de Lid-Staten in procedurele aangelegenheden; ook in deze materie is deze autonomie evenwel niet onbeperkt.

107. In dit verband heeft het Hof namelijk in het arrest Francovich een beginsel bevestigd dat reeds bij herhaling in algemene termen was geformuleerd [111], naar luid waarvan „de formele en materiële voorwaarden die door de onderscheiden nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding zijn vastgesteld, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden en niet van dien aard mogen zijn, dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken" (r. o. 43).

110 — Zo is bij voorbeeld in Italië bij decreet nr. 80 van 27 januari 1992 (*GURI* van 13.2.1992, blz. 246), een regeling *ad hoc* vastgesteld ter uitvoering van het arrest Francovich, welke regeling er precies toe strekt de modaliteiten en grenzen te bepalen van de schadevergoeding wegens niet-omzetting van de richtlijn betreffende de insolvabiliteit van de werkgever. Deze regeling bepaalt meer in het bijzonder, dat de vordering tot schadevergoeding moet worden ingeleid tegen het INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), dat de Pretore in zijn hoedanigheid van arbeidsrechter bevoegd is, en dat de vordering moet worden ingeleid binnen een termijn van één jaar.

111 — Zie inzonderheid arrest van 16 december 1976 (zaak 33/76, Rewe, Jurispr. 1976, blz. 1989), en laatstelijk arrest van 6 december 1994 (zaak C-410/92, Johnson, Jurispr. 1994, blz. I-5483, r. o. 21).

Ook met betrekking tot de vergoeding van de schade beperkt het gemeenschapsrecht dus de vrijheid die de Lid-Staten is gelaten om op procedureel en materieel vlak de *andere voorwaarden* ter zake te regelen; zoals gezegd, is de bedoeling hiervan de particulieren een werkelijke en doeltreffende bescherming te verzekeren. [112]

108. Meer in het bijzonder kan het voorkomen, dat het criterium van de *nationale behandeling,* inhoudende dat de jurisdictionele bescherming minstens evenwaardig moet zijn aan die van door het nationale recht in het leven geroepen rechtssituaties, volstrekt ondoeltreffend is. De gevallen die thans aan de orde zijn, zijn hiervan een goed voorbeeld, nu het nationale recht ter zake in *geen enkele* regeling voorziet, en de betrokken nationale rechtsstelsels het middel waarover wij het thans hebben, niet kennen. Ongetwijfeld veel pertinenter en overtuigender, wegens de mogelijkheden die het inhoudt, is daarentegen het criterium dat erin bestaat, dat het nationale stelsel niet van dien aard mag zijn, dat het de uitoefening van de rechten die de nationale rechters ingevolge het gemeenschapsrecht moeten beschermen, niet *praktisch onmogelijk* mag maken.

Dit principe heeft minstens twee gevolgen: het eerste is, dat de bescherming door de rechter, wanneer het gaat om rechten die de particulier ontleent aan het gemeenschapsrecht, in ieder geval adequaat dient te zijn, en het tweede, dat het aan het Hof staat om te onderzoeken of dit in voldoende mate het geval is. [113] Hoewel het dus aan de Lid-Staten staat, om de juiste omzetting van de gemeenschapsrichtlijn te verzekeren, ook wat de bescherming van het recht op schadevergoeding betreft, behoudt het Hof zich aldus het recht voor om na te gaan in hoeverre de door de nationale rechtsstelsels verzekerde bescherming adequaat is.

109. Ten slotte, en nog steeds met betrekking tot de andere voorwaarden inzake de schadevergoedingsregeling, zij er hier aan herinnerd, dat in de loop van de onderhavige zaak inzonderheid de verschillende categorieën voor vergoeding in aanmerking komende schade en de hoogte van de schadevergoeding aan de orde zijn geweest. Aangezien die vragen in beginsel door het recht

112 — Zie onder meer Barav, „Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur", in *La Semaine Juridique,* 1992, nr. 1-2, blz. 12; en Kovar, „Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire", in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen,* Brussel, 1978, blz. 245 e. v.

113 — Dit volgt bij voorbeeld uit het arrest San Giorgio, waarin het Hof heeft gepreciseerd, dat „bewijsregels die tot gevolg hebben dat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt om terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen te verkrijgen, met het gemeenschapsrecht onverenigbaar zouden zijn" (arrest van 9 november 1983, zaak 199/82, Jurispr. 1983, blz. 3595, r. o. 14). Voorts is een verband gelegd tussen het criterium van de adequate rechterlijke controle en de motivering van de administratieve handelingen, in die zin dat aan de particulier de mogelijkheid moet worden gegeven om te beslissen of hij zich al dan niet tot de rechter zal wenden; vandaar de noodzaak om ervoor te zorgen dat hij bij het maken van zijn keuze kennis heeft van alle in aanmerking te nemen elementen (arrest van 15 oktober 1987, zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097, r. o. 15). Ik denk daarnaast ook aan het arrest Dekker, waarin het Hof heeft gepreciseerd dat, wanneer de door de Lid-Staat gekozen sanctie op de niet-inachtneming van een in een richtlijn neergelegd discriminatieverbod, deel uitmaakt van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid, de schending van dit verbod de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd meebrengt, zodat „geen in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden worden erkend" (arrest van 8 november 1990, zaak C-177/88, Jurispr. 1990, blz. I-3941, r. o. 25). Voorts zij nog verwezen naar het arrest Emmott, waarin is gepreciseerd dat de in het nationale recht vastgelegde beroepstermijnen slechts ingaan op het tijdstip waarop de richtlijn waaraan de te beschermen rechten worden ontleend, naar behoren is omgezet (arrest van 25 juli 1991, zaak C-208/90, Jurispr. 1991, blz. I-4269, r. o. 24). Voor zover hier van belang, is de uitspraak in de zaak Emmott evenwel gerelativeerd door het arrest van 6 december 1994 (Johnson, reeds aangehaald in voetnoot 111).

van de Lid-Staten moeten worden beslist, zal ik mij tot enkele korte opmerkingen beperken.

In de eerste plaats ligt voor de hand, dat de schadevergoeding niet louter symbolisch mag zijn, doch overeen dient te komen met de geleden schade. Dit vereiste houdt verband met de bestaansreden zelf van de schadevordering, die er juist in bestaat de vermogenstoestand van de benadeelde te herstellen. Dit is overigens de strekking van zowel de nationale rechtspraak ter zake, als van de gemeenschapsrechtspraak ingevolge artikel 215 [114] en de rechtspraak betreffende internationale betrekkingen. [115]

110. Nuttige aanwijzingen in dit verband zijn bovendien te vinden in bepaalde arresten waarin het Hof heeft onderzocht in hoeverre de door de nationale rechtsstelsels geboden bescherming van de ingevolge het gemeenschapsrecht aan particulieren toekomende rechten al dan niet adequaat was. Zo heeft het Hof bij voorbeeld in verband met de vrijheid die de Lid-Staten is gelaten om sancties te stellen op schendingen van het verbod van discriminatie op grond van geslacht, erop gewezen dat de betrokken sancties „een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming moeten verzekeren (...). Wanneer een Lid-Staat besluit, als sanctie op een inbreuk op het discriminatieverbod een schadevergoeding toe te kennen, dan moet deze dus in elk geval in een passende verhouding tot de geleden schade staan." [116]

Voorts heeft het Hof in het arrest Marshall II gepreciseerd dat, wanneer een Lid-Staat op discriminaties de sanctie van schadevergoeding stelt, de schadevergoeding volledig dient te zijn, zodat er dus niet a priori beperkingen mogen worden gesteld inzake de vaststelling van de hoogte ervan. [117]

111. Hieraan behoeft nauwelijks te worden toegevoegd, dat de vaststelling van de categorieën voor vergoeding in aanmerking komende schade niet bijzonder moeilijk is, ook niet vanuit het oogpunt van de uniformiteit van de in de verschillende Lid-Staten voor een zelfde schadegeval verschuldigde vergoeding. Afgezien van terminologische verschillen, erkennen alle nationale rechtsstelsels dat de aan het vermogen van de benadeelde particulier veroorzaakte schade moet worden vergoed, en zowel de schade (damnum emergens) als de winstderving (lucrum cessans) omvat, vermeerderd met rente over die bedragen. Wat meer in het bijzonder de concrete berekening van de schade betreft, is, aangezien die niet afhankelijk kan zijn van de specifieke economische en sociale situatie die van Lid-Staat tot Lid-Staat kan verschillen,

114 — In die zin arrest van 19 mei 1992 (Mulder, reeds aangehaald in voetnoot 77), waarin het Hof uitdrukkelijk heeft verklaard dat „de hoogte van de door de Gemeenschap verschuldigde vergoedingen in overeenstemming moet zijn met de door haar veroorzaakte schade" (r. o. 34).

115 — Ik herinner aan de uitspraak van het Permanent Hof van Internationale Justitie van 13 september 1928, in de zaak Factory at Chorzów, naar luid waarvan „de schadevergoeding zoveel mogelijk de gevolgen van de onrechtmatige daad moet opheffen en de feitelijke situatie herstellen die waarschijnlijk zou hebben bestaan indien die handeling niet was gesteld" (CPGI, reeks A, nr. 17, blz. 47).

116 — Arrest van 10 april 1984 (von Colson en Kamann, reeds aangehaald in voetnoot 36, r. o. 23).

117 — Arrest van 2 augustus 1993 (zaak C-271/91, Jurispr. 1993, blz. I-4367, r. o. 34).

evident dat het aan elke Lid-Staat staat om de schade te berekenen volgens de in het eigen nationale recht vastgestelde criteria.

Wat het gemeenschapsrecht betreft, komt het er dus op aan, dat de schadevergoeding reëel en effectief is, en dat dus, althans wat het vermogen van de benadeelde betreft, de situatie wordt hersteld zoals zij zou zijn geweest indien er geen schending was geweest.

5. *Het tijdstip waarop de schadevergoedingsplicht ontstaat*

112. Zoals gezegd, kan de schadevergoedingsplicht van de Lid-Staat niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van een arrest van het Hof houdende vaststelling van de betrokken niet-nakoming. Zelfs wanneer er een dergelijk arrest is, is het niet beslissend voor de vaststelling van het tijdstip vanaf hetwelk de staat gehouden is tot vergoeding van de door een hem toe te rekenen schending veroorzaakte schade.

De voorwaarden die zijn gesuggereerd in verband met de kenmerken van een „kennelijke en ernstige" schending, wijzen er bovendien op dat, wanneer de geschonden regel aan de particulieren duidelijk omschreven en nauwkeurige verplichtingen toekent, de schadevergoedingsplicht van de in gebreke gebleven Lid-Staat slechts kan ingaan op het tijdstip waarop het schadeveroorzakende feit zich voordoet. Deze oplossing dient eveneens te gelden wanneer de geschonden regel ten tijde van het schadeveroorzakende feit reeds door de rechtspraak is gepreciseerd. In de andere gevallen, waarin de rechtssituatie dus onduidelijk is, kan de in gebreke gebleven staat dus eerst na de precisering door de nationale en/of de communautaire rechter tot vergoeding van de schade zijn gehouden, natuurlijk voor zover die staat niet binnen een redelijke termijn een einde heeft gemaakt aan de schending en alleen wat de schade betreft die na de rechterlijke uitspraak is ontstaan.

113. De gesuggereerde oplossingen nopen bovendien tot de conclusie dat er geen enkele reden is om het recht op schadevergoeding te beperken tot de partijen die reeds een beroep in rechte hebben ingesteld of voor de nationale rechter gelijkwaardige aanspraken geldend hebben gemaakt.

Ik ben namelijk van mening, dat de dwingende redenen van rechtszekerheid, waarop de Duitse regering zich beroept, voldoende zijn beschermd doordat het recht op schadevergoeding afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde, voor zover deze ook voor soortgelijke interne vorderingen geldt, dat de benadeelde alle te zijner beschikking staande middelen heeft aangewend om de schade te voorkomen of althans de omvang ervan te beperken. Afgezien hiervan, kunnen alleen de verjarings- en vervaltermijnen van de nationale rechtsorde, die gelden voor de aansprakelijkheidsvordering naar nationaal recht, bepalend zijn voor de termijn binnen

welke de particulieren hun recht op vergoeding van de geleden schade geldend kunnen maken.

III — Antwoorden op de vragen van de nationale rechterlijke instanties

114. Vooraleer nader in te gaan op enkele specifieke aspecten van de zaken die thans aan de orde zijn, wil ik de tot nog toe geformuleerde conclusies in herinnering brengen:

— ter verzekering van een daadwerkelijke en doeltreffende bescherming van de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen, verlangt het gemeenschapsrecht dat de vergoeding wordt verzekerd van de schade die de particulieren lijden ten gevolge van aan de staat toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht;

— zonder belang is, dat de betrokken schending is toe te rekenen aan de wetgever, zodat in dat geval de beperkende voorwaarden die in de nationale rechtsorde zijn vastgesteld ter zake van het onrechtmatig handelen of stilzitten van de wetgever op normatief gebied, buiten toepassing dienen te blijven;

— voor het ontstaan van het recht op schadevergoeding volstaat, dat de regel waarvan de schending wordt gesteld, nauwkeurig is in al zijn onderdelen en ondubbelzinnig, wat bij voorbeeld het geval is wanneer een staat een precieze resultaatsverbintenis niet nakomt of geen rekening houdt met een vaste rechtspraak ter zake;

— de criteria betreffende de vaststelling van de hoogte van de schade blijven verder geregeld door het nationale recht, mits zij niet minder gunstig zijn dan die betreffende soortgelijke interne vorderingen en zij niet van dien aard zijn, dat zij het verkrijgen van volledige vergoeding van de schade voortvloeiend uit de betrokken schending buitengewoon moeilijk of praktisch onmogelijk maken;

— de schadevergoedingsplicht ontstaat op het ogenblik van het schadeveroorzakende feit ingeval van kennelijke en ernstige schending in de hierboven bedoelde zin; zo niet, eerst vanaf de vaststelling van de schending door de nationale en/of gemeenschapsrechter, in laatstbedoeld geval bij wege van een prejudiciële beslissing dan wel van een uitspraak overeenkomstig artikel 169.

a) *Zaak C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

115. In dit geval was een schending aan de orde van een verdragsregel met rechtstreekse

werking, namelijk artikel 30, welke schending was toe te rekenen aan de wetgever, die had nagelaten het BStG in overeenstemming te brengen met bedoelde bepaling. De verzoekende partij vordert vergoeding van de tussen 1981 en 1987 door haar geleden schade, vanaf het tijdstip waarop zij in de onmogelijkheid kwam te verkeren het door haar gebrouwen bier naar Duitsland uit te voeren, volgens haar zeggen omdat het niet in overeenstemming was met de vereisten van het BStG, tot de datum van het arrest, waarbij het Hof overeenkomstig artikel 169 de onverenigbaarheid van die wet met artikel 30 heeft vastgesteld.

Gelet op wat hierboven is gezegd, is duidelijk dat met het oog op de beslechting van het aan hem voorgelegde geschil de nationale rechter dient uit te maken of de verplichting die aan de staat is opgelegd bij artikel 30, waarvan de inhoud — zoals gezegd — zeker niet kan worden beschouwd als precies en in al zijn aspecten nauwkeurig bepaalbaar, door de rechtspraak ter zake verduidelijkt was op het ogenblik dat de schade zich heeft voorgedaan en met betrekking tot de feitelijke situatie waarover hij zich had uit te spreken. Anders gezegd, onderzocht moet worden of eind 1981 reeds duidelijk was dat een wet zoals de BStG een ongerechtvaardigde belemmering vormde van de activiteit van de handelaren in de betrokken sector, en dus onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht.

116. In dit verband moet er in de eerste plaats aan worden herinnerd dat, vanaf het bekende arrest „Cassis de Dijon" [118], namelijk vanaf februari 1979, duidelijk was dat artikel 30 niet alleen discriminatie verbood maar ook zonder onderscheid toepasselijke maatregelen die niet gerechtvaardigd zijn door dwingende vereisten. Bovendien heeft het Hof bij arrest van 9 december 1981 [119], dus rond de tijd dat verzoekster gedwongen was haar bierexport naar Duitsland te onderbreken, de onverenigbaarheid vastgesteld van een nationale wettelijke regeling die de benaming „azijn" uitsluitend voorbehoudt voor wijnazijn. Er is zeker geen enkele reden om een andere oplossing te overwegen voor het BStG, waar dit bepaalt dat onder de benaming „Bier" alleen bier mag worden verkocht dat geen andere dan de in een limitatieve lijst opgesomde ingrediënten bevat.

Uit de verwijzingsbeschikking volgt evenwel ook, dat het door verzoekster in het hoofdgeding gebrouwen bier additieven bevatte, in weerwil van het in de Duitse wettelijke regeling neergelegde absolute verbod om op het Duitse grondgebied bier in de handel te brengen dat additieven bevat. Nu is het wel zo, dat het Hof in zijn arrest van 12 maart 1987 de betrokken wetgeving ook op dit punt heeft afgekeurd, stellende dat zij niet was gerechtvaardigd op gronden verband houdend met de bescherming van de gezondheid van personen, doch men kan niet stellen dat deze conclusie toen vaststond,

118 — Arrest van 20 februari 1979 (zaak 120/78, Rewe, Jurispr. 1979, blz. 649).

119 — Zaak 193/80, Commissie/Italië (Jurispr. 1981, blz. 3019, r. o. 24-28).

gelet op de rechtspraak ter zake. [120] Wanneer de door de verzoekende partij aangevoerde schade veeleer verband houdt met dit tweede aspect van de betrokken nationale regeling, kan een andere oplossing dus niet worden uitgesloten.

117. Een laatste opmerking. Ik zei reeds dat een Lid-Staat met het oog op het recht op schadevergoeding, en voor zover diezelfde voorwaarde ook geldt voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht, kan verlangen dat de benadeelde de nodige voorzorgen neemt en dus de middelen aanwendt om de schade te voorkomen of te verminderen.

Zoals evenwel volgt uit de processtukken, wijst niets erop dat verzoekster inspanningen in die zin gedaan heeft. Wel heeft zij in de loop van de procedure uiteengezet, dat de onderbreking van de uitvoer het gevolg zou zijn van de uitgebleven verlenging van het distributiecontract met haar Duitse alleenimporteur, zodat het voor haar materieel onmogelijk was om tegen enige handeling op te komen. In die omstandigheden staat het natuurlijk aan de nationale rechter om na te gaan of verzoekster werkelijk in de onmogelijkheid verkeerde zich voor de nationale rechter rechtstreeks op artikel 30 te beroepen.

b) *Zaak C-48/93 (Factortame III)*

118. In de zaak Factortame daarentegen, dient de verwijzende rechter te onderzoeken of de vastgestelde schending van de artikelen 7, 52 en 221 van het Verdrag, die is toe te rekenen aan de wetgever wegens de vaststelling van een met de betrokken artikelen onverenigbare nationale wet, kan worden beschouwd als een kennelijke en ernstige schending in de hierboven uiteengezette zin.

Anders gezegd, uitgemaakt moet worden of de schending van regels die aan particulieren duidelijke en precieze rechten toekennen, zoals het recht op non-discriminatie wegens nationaliteit, van dien aard is dat zij, in weerwil van de discretionaire bevoegdheid van de Lid-Staten bij de vaststelling van maatregelen in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid, de aansprakelijkheid van de staat teweegbrengt. In dit verband kan ik kort zijn.

120 — Zo heeft het Hof bij voorbeeld in zijn arrest van 6 mei 1986 (zaak 304/84, Muller, Jurispr. 1986, blz. 1511) verklaard, dat het aan de Lid-Staten staat om „na te gaan of de verhandeling van levensmiddelen waaraan dergelijke stoffen zijn toegevoegd, een gevaar voor de volksgezondheid kan opleveren en of het werkelijk nodig is dat de betrokken stoffen aan bepaalde levensmiddelen worden toegevoegd. Bij de toepassing van deze criteria dienen zij de resultaten van het internationaal wetenschappelijk onderzoek en met de name de studies van het communautaire Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding in aanmerking te nemen, waarbij zij evenwel *rekening kunnen houden met de specifieke voedingsgewoonten in de Lid-Staat van invoer*" (r. o. 24, cursivering van mij). In dit arrest, uitgesproken bijna vijf jaar na het door de verzoekende partij in het hoofdgeding gestelde schadeveroorzakende feit, verklaarde het Hof evenwel, dat de artikelen 30 en 36 zich niet verzetten tegen een nationale regeling die de handel verbiedt in levensmiddelen ingevoerd uit andere Lid-Staten waar zij rechtmatig in de handel zijn, waaraan bepaalde additieven zijn toegevoegd.

119. Voor zover, zoals de Britse regering stelt, de Lid-Staten over een zekere beoordelingsmarge beschikken bij de vaststelling van maatregelen inzake het gemeenschappelijk visserijbeleid, geschiedt zulks normalerwijs onder voortdurend toezicht van de Commissie, waaraan de Lid-Staten de door hen genomen maatregelen dienen mee te delen. In casu blijkt uit de processtukken, dat de Commissie de regering van het Verenigd Koninkrijk tijdig had laten weten dat de vereisten inzake nationaliteit, verblijfplaats en woonplaats die door de Merchant Shipping Act 1988 als voorwaarden voor registratie van vissersvaartuigen in het nieuwe scheepsregister waren gesteld, onverenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.

Daarbij komt nog, dat het Hof in zijn rechtspraak inzake het recht van vestiging steeds heeft verklaard, dat nationale maatregelen die een discriminatie op grond van nationaliteit vormen, in strijd zijn met het gemeenschapsrecht; zo ook heeft het Hof het criterium van de verplichte woonplaats van de bemanning van vissersschepen onverenigbaar met het gemeenschapsrecht verklaard. [121] Ten slotte is de betrokken regeling, die de registratie van de vissersvaartuigen betreft, niet ingesteld met de bedoeling de wijze te regelen waarop de nationale visserijquota worden gebruikt, zodat zij ook hieraan haar rechtvaardiging niet kan ontlenen.

120. Mijns inziens kan dus niet worden betwijfeld dat het hier om een kennelijke en ernstige schending gaat, en dat de personen die dientengevolge schade hebben geleden, recht hebben op vergoeding.

Ten slotte wijs ik erop dat, zoals het Hof bekend is, de verzoekende partijen in het hoofdgeding al het mogelijke hebben gedaan om de schade te voorkomen die later is ontstaan. Reeds vóór de inwerkingtreding van de nationale bepalingen die later onverenigbaar zijn verklaard, hebben zij inspanningen in die zin gedaan, door bij wege van voorlopige maatregel de opschorting te vragen en te verkrijgen van de bestreden bepalingen, welke maatregel door de Court of Appeal is vernietigd en naderhand, naar aanleiding van het arrest van het Hof van 19 juni 1990 (Factortame I), door het House of Lords is bevestigd.

121. Wat de tweede vraag van de nationale rechter betreft, is gelet op wat voorafgaat, duidelijk, dat de vaststelling van de categorieën voor vergoeding in aanmerking komende schade en de berekening van de hoogte van de schade door het nationale recht worden beheerst, met dien verstande dat een volledige vergoeding van de door de benadeelden geleden schade verzekerd dient te zijn.

121 — Arrest van 14 december 1989 (zaak C-3/87, Agegate, Jurispr. 1989, blz. 4459, r. o. 22-26). Hoewel dit arrest van na de inwerkingtreding van de Merchant Shipping Act dateert, is het gewezen vóór het arrest Factortame II, naar aanleiding waarvan het House of Lords de door de verzoekende partijen in het hoofdgeding gevraagde voorlopige maatregelen heeft bevestigd. In de betrokken zaak ging het trouwens om een voorwaarde die was opgelegd opdat de vissersvaartuigen hun vangst zouden kunnen toerekenen op de nationale visserijquota, terwijl het in de zaak die thans aan de orde is, om een maatregel gaat die een direct beletsel vormt voor de registratie van de vissersvaartuigen en dus voor de uitoefening zelf van de vrijheid van vestiging.

Een woord nog over de vraag van één van de verzoekende partijen, die verlangt dat hem conform het nationale recht een exemplaire schadevergoeding wordt toegekend voor de inconstitutionele handelwijze van de overheid *(exemplary damages)*. Volstaan kan worden met erop te wijzen dat, overeenkomstig het beginsel dat de door een nationale wettelijke regeling vastgestelde voorwaarden ter bescherming van door het gemeenschapsrecht in het leven geroepen rechtssituaties niet minder gunstig mogen zijn dan die welke gelden voor soortgelijke interne vorderingen, de Lid-Staat gehouden is, voor zover is voldaan aan de door de nationale wettelijke regeling ter zake gestelde voorwaarden, een dergelijke schadevergoeding ook aan de betrokken particulieren toe te kennen, zelfs wanneer het om een vorm van schadevergoeding gaat die de rechtsstelsels van de andere Lid-Staten niet kennen.

Conclusie

122. Gelet op wat voorafgaat, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Bundesgerichtshof en die van de High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, te beantwoorden als volgt:

a) in zaak C-46/93 (Brasserie du pêcheur):

„1) Een Lid-Staat is gehouden tot vergoeding van de door aan hem toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade, ook wanneer de schending hierin bestaat, dat de wetgever heeft nagelaten een nationale wet in overeenstemming te brengen met het gemeenschapsrecht, mits de aan de Lid-Staat opgelegde verplichting, waaruit het recht voor de particulier voortvloeit, duidelijk is in al haar elementen of in de rechtspraak ter zake duidelijk is gepreciseerd.

2) Een Lid-Staat kan het recht op schadevergoeding wegens schendingen van het gemeenschapsrecht niet onderwerpen aan de beperkingen die gelden in geval van schending door toedoen van de wetgever van nationale grondwettelijke regels, wanneer dergelijke beperkingen tot gevolg zouden hebben dat het in de praktijk onmogelijk wordt het recht op schadevergoeding uit te oefenen.

3) De schadevergoedingsplicht van de staat kan niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van een subjectief element (schuld of bedrog) waarmee de schending van de betrokken bepaling gepaard zou moeten gaan, voor zover deze schending kennelijk en ernstig is in de hierboven uiteengezette betekenis.

4) a) Het staat aan het nationale rechtsstelsel om te bepalen welke categorieën schade voor vergoeding in aanmerking komen en welke de criteria zijn voor de vaststelling van de hoogte ervan, mits de desbetreffende criteria niet minder gunstig zijn dan die welke gelden voor soortgelijke interne vorderingen en het voor de particulier niet buitensporig moeilijk of praktisch onmogelijk maken volledige vergoeding van de geleden schade te verkrijgen; zulks zou het geval zijn indien het nationale recht de strekking ervan zou beperken tot door de wet beschermde goederen, zoals eigendom, en de mogelijkheid van schadevergoeding voor winstderving volledig zou uitsluiten.

b) De verplichting van de Lid-Staat om aan particulieren veroorzaakte schade te vergoeden, ontstaat op het ogenblik dat het schadeveroorzakende feit zich voordoet, indien de geschonden bepaling duidelijk is in de hierboven uiteengezette betekenis, of, indien de juridische situatie onduidelijk is, op het tijdstip waarop zij door de communautaire rechtspraak wordt gepreciseerd, hetzij bij wege van een prejudiciële beslissing, hetzij bij wege van een uitspraak krachtens artikel 169."

b) in zaak C-48/93 (Factortame III):

„1) Een Lid-Staat is gehouden tot vergoeding van de door aan hem toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade, ook wanneer de schending hierin bestaat, dat de wetgever een met het gemeenschapsrecht strijdige nationale wet heeft vastgesteld, voor zover de aan de Lid-Staat opgelegde verplichting, waaruit het recht voor de particulier voortvloeit, zoals in casu het geval is, duidelijk is in al haar elementen of door de rechtspraak ter zake duidelijk is gepreciseerd.

2) Het staat aan het nationale rechtsstelsel om te bepalen welke categorieën schade voor vergoeding in aanmerking komen en welke de criteria zijn voor de vaststelling van de hoogte ervan, mits de desbetreffende criteria niet minder gunstig zijn dan die welke gelden voor soortgelijke interne vorderingen en het voor de particulier niet buitensporig moeilijk of praktisch onmogelijk maken volledige vergoeding van de geleden schade te verkrijgen. Voor zover het nationale recht ook in een exemplaire schadevergoeding voorziet, moeten de betrokken regels dus worden toegepast, zonder enige onderscheid, ook in het geval van schending van rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen."