CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 11 juli 2002 [1]

1. De onderhavige prejudiciële vraag van het Oberlandesgericht Innsbruck (Oostenrijk) betreft in wezen de omvang van de verplichting van een lidstaat om de vrije toegang tot belangrijke transitoroutes te garanderen teneinde het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap te waarborgen, en met name de vraag of een lidstaat met het oog op dit doel indien nodig een politieke demonstratie met milieudoeleinden, waarvan de organisatoren hun recht van vrije meningsuiting en vrijheid van vergadering doen gelden, moet verbieden, en onder welke omstandigheden civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht op dit punt kan ontstaan.

Feiten en procedure

2. De belangrijkste transitoroutes tussen Noord-Italië en Zuid-Duitsland — waarvan ook een groot deel van het verkeer tussen de rest van Italië en Noord-Europa gebruikmaakt — lopen door de Alpen. Het bergachtige karakter van deze streek beperkt het aantal beschikbare routes en verergert in hoge mate de verschillende verontreinigende effecten van transport. De belangrijkste, zo niet enige beschikbare intracommunautaire route voor vrachtwagens die een aanzienlijke omweg willen vermijden, is de autoweg over de Brennerpas, een belangrijk onderdeel van het trans-Europees vervoersnet, in de Oostenrijkse Alpen. De vervuiling langs deze route is in Oostenrijk steeds bron van grote zorg geweest en heeft alarmerende proporties aangenomen. [2]

3. De conflicterende belangen van transport en milieubescherming in het gebied worden erkend in de in 1996 door de Gemeenschap goedgekeurde Alpenovereenkomst. [3] De preambule bij deze overeenkomst erkent het belang van de Alpen als

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Zie onder meer Protocol nr. 9 bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Noorwegen, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 1994, C 241, blz. 361); beschikking nr. 1692/96/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 1996 betreffende communautaire richtsnoeren voor de ontwikkeling van een Trans-Europees vervoersnet, met name punten 2.3, 2.8 en 2.10 van bijlage I; arrest van 26 september 2000, Commissie/Oostenrijk (C-205/98, Jurispr. blz. I-7367, met name punten 5 e.v. van de conclusie van advocaat-generaal Saggio), en het verslag van de Commissie aan de Raad over het transitogoederenvervoer over de weg door Oostenrijk [COM (2000) 862 def.].

3 — Zie besluit van de Raad van 26 februari 1996 betreffende de sluiting van de overeenkomst inzake de bescherming van de Alpen (Alpenovereenkomst) (PB L 61, blz. 31). De overeenkomst is op 7 november 1991 in Salzburg ondertekend en op 6 maart 1995 in werking getreden. Zij is ondertekend door de Gemeenschap en een aantal lidstaten en niet-lidstaten uit het Alpengebied, waaronder Oostenrijk, Duitsland en Italië.

levens- en economische ruimte voor de lokale bewoners en als ondersteuning van belangrijke verbindingswegen voor andere gebieden, alsook de noodzaak om middels intensieve, kostbare en langetermijnmaatregelen ecologische schade te herstellen, en wijst erop dat de overeenkomst beoogt economische belangen met ecologische vereisten in overeenstemming te brengen. Artikel 2, lid 1, draagt de verdragsluitende partijen op een totaalbeleid ter instandhouding en bescherming te voeren en de beginselen van samenwerking, preventie en aansprakelijkheid van de vervuiler te eerbiedigen. Artikel 2, lid 2, sub j, draagt hen met name op om met het oog op dit doel gepaste maatregelen te nemen. Wat het transport betreft, wordt beoogd

„het intra-alpiene en transitoverkeer en de daaraan verbonden verkeersdruk en risico's in het Alpengebied te verminderen tot een voor mens, dier en plant en voor hun leefgebieden draaglijk niveau, onder meer door een groter deel van het verkeer, en van het goederenverkeer in het bijzonder, naar het spoor te verleggen, met name door middel van het creëren van de nodige infrastructuur en van met de vrije markt verenigbare stimulansen die geen discriminatie op basis van nationaliteit inhouden". [4]

4 — In mei 2000 werd een gedetailleerd protocol inzake de tenuitvoerlegging van de Alpenovereenkomst op het gebied van het vervoer aangenomen, en op 16 januari 2001 diende de Commissie een voorstel in voor een besluit van de Raad ter ondertekening van dit protocol namens de Gemeenschap [COM(2001) 18 def.].

4. De maatregelen die de Oostenrijkse autoriteiten hebben genomen om vervuiling door wegvervoer te bestrijden, omvatten een algemeen rijverbod voor vrachtwagens op zaterdagen van 15 uur tot 24 uur en op zon- en feestdagen [5] van 0 uur tot 22 uur, en een dagelijks rijverbod van 22 uur tot 5 uur voor voertuigen die bepaalde geluidslimieten overschrijden. Er bestaan echter verscheidene uitzonderingen, met name voor het vervoer van dieren, bederfelijke goederen en dringende leveranties.

5. Bovendien bestaat er een „ecopuntensysteem" [6], waarmee het weggebruik en de uitstoot van NOx (stikstofoxide) door vrachtwagens in transito door het land kan worden gecontroleerd en beperkt, en is de tol op de Brenner-autoweg 's nachts aanzienlijk hoger. Voertuigen van meer dan 7,5 ton mogen nooit gebruik maken van de parallel aan de Brenner-autoweg lopende nationale autoweg, maar er is een, eveneens

5 — Soortgelijke rijverboden bestaan in zes andere lidstaten, al lijken die in Oostenrijk het strengst te zijn [zie het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een transparant stelsel van geharmoniseerde voorschriften voor rijbeperkingen op voor internationaal vervoer op aangewezen wegen gebruikte zware vrachtauto's, COM(1998) 115 def., PB 1998, C 198, blz. 17, en de toelichting van de Commissie hierbij].

6 — Oorspronkelijk overeengekomen tussen de Gemeenschap en Oostenrijk in 1992 en thans vastgelegd in verordening (EG) nr. 3298/94 van de Commissie van 21 december 1994 tot vaststelling van gedetailleerde maatregelen betreffende de procedures inzake het ecopuntensysteem, de verdeling van de ecopunten en de toepassing van artikel 11 van Protocol nr. 9 bij de Akte van Toetreding van Noorwegen, Oostenrijk, Finland en Zweden (PB L 341, blz. 20), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1524/96 van de Commissie van 30 juli 1996 tot wijziging van verordening (EG) nr. 3298/94 ten aanzien van het ecopuntensysteem voor vrachtwagens in transitoverkeer door Oostenrijk (PB L 190, blz. 13); zie ook het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot invoering van een ecopuntensysteem voor vrachtwagens in transito door Oostenrijk voor het jaar 2004 [COM(2001) 807 def., PB 2002, C 103 E, blz. 230].

parallel lopende, spoorbaan beschikbaar voor kangoeroe- of roll-on-roll-offvervoer door de pas.

6. Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge (hierna: „Schmidberger") is een kleine transportonderneming, gevestigd in Rot an der Rot in Zuid-Duitsland, waarvan de vrachtwagens voornamelijk hout en staal vervoeren tussen dat gebied en Noord-Italië via de Brenner-autoweg. Deze vrachtwagens lijken te voldoen aan de geluidsemissienormen, waardoor zij zijn vrijgesteld van het nachtelijk rijverbod in Oostenrijk.

7. Op 15 mei 1998 stelde Transitforum Austria Tirol, een vereniging voor milieubescherming, de bevoegde Oostenrijkse autoriteiten overeenkomstig de toepasselijke Oostenrijkse wetgeving in kennis van haar voornemen om op een gedeelte van de Brenner-autoweg bij de Italiaanse grens een demonstratie te houden, die de route vanaf vrijdag 12 juni 1998, 11 uur, tot zaterdag 13 juni 1998, 15 uur, zou blokkeren. Er is op gewezen dat in Oostenrijk donderdag 11 juni dat jaar een feestdag was, en dat op zaterdag 13 en zondag 14 juni uiteraard de normale weekendbeperkingen golden.

8. Uit de stukken in het hoofdgeding blijkt dat de demonstratie voornamelijk tot doel had de nationale en communautaire autoriteiten te verzoeken om verscherping van de verschillende maatregelen ter beperking en vermindering van het vrachtverkeer over de Brenner-autoweg en de daardoor veroorzaakte vervuiling.

9. De lokale bevoegde autoriteiten zagen geen juridische redenen om de aangekondigde demonstratie te verbieden — al lijken zij de mogelijke gemeenschapsrechtelijke dimensie van dit vraagstuk niet grondig te hebben onderzocht — en gaven dus toestemming ervoor. Naar het schijnt hebben deze autoriteiten samengewerkt met politie, organisatoren van de demonstratie en automobielclubs om de veroorzaakte verstoring te beperken. De betoging was op grote schaal bekendgemaakt, er schijnen alternatieve (maar langere) routes [7] te zijn geadviseerd en er werden extra treinen beschikbaar gesteld om transportondernemingen in staat te stellen gebruik te maken van de faciliteiten voor rail-wegvervoer door de Brenner-pas, al is het Hof niet in detail van deze maatregelen in kennis gesteld.

10. In casu werd de autoweg vanaf 12 juni, 9 uur, tot 13 juni, 15.30 uur, afgesloten voor alle verkeer en op 14 juni om 22 uur weer opengesteld voor vrachtwagens (mits

7 — Een tijdens de procedure genoemde alternatieve route, over de Tauern-autoweg, zou ongeveer 240 kilometer (ongeveer 55 tot 60 %) langer zijn dan het normale traject München-Verona. Het verschil varieert uiteraard van geval tot geval naar gelang van de feitelijke vertrek- en aankomstplaatsen.

zij voldeden aan de nachtelijke geluidsemissienormen). In de praktijk trof de blokkade waarschijnlijk vooral vrachtwagens boven de 7,5 ton, aangezien andere voertuigen de parallelle hoofdweg door de Brenner-pas konden nemen (al was deze route door de blokkade wellicht overbelast en in ieder geval niet geschikt voor langeafstandsverkeer).

11. Schmidberger dagvaardde de Oostenrijkse Staat voor de Oostenrijkse rechterlijke instanties, stellende — kort gezegd — dat de autoriteiten hun verplichting om het vrije verkeer van goederen te waarborgen overeenkomstig het EG-Verdrag niet waren nagekomen en daarvoor tegenover haar aansprakelijk waren voorzover zij haar hadden verhinderd met haar voertuigen over de normale transitoroute te rijden. Schmidberger vorderde schadevergoeding voor de periodes van stilstand, gederfde inkomsten en bijkomende, daarmee samenhangende kosten.

12. De Oostenrijkse Staat antwoordde daarop in wezen dat de autoriteiten, na afweging van de verschillende betrokken belangen, een redelijke beslissing hadden genomen en terecht tot de conclusie waren gekomen dat het onvervreemdbare democratische recht van de betogers om te vergaderen in dit geval kon worden uitgeoefend zonder ernstige of blijvende hinder voor het langeafstandsverkeer.

13. Schmidbergers beroep werd in eerste aanleg afgewezen op grond dat volgens het toepasselijke Oostenrijkse recht het bewijs voor de schade niet was geleverd. Het Landesgericht Innsbruck achtte niet bewezen dat ook maar één geplande rit door de betoging was verhinderd en zag dan ook geen noodzaak om te onderzoeken of de staat krachtens het gemeenschapsrecht aansprakelijk kon zijn indien de schade wél was bewezen.

14. In hoger beroep stelt het Oberlandesgericht zich echter op het standpunt dat het niet mogelijk is de vordering af te wijzen zonder eerst een onderzoek in te stellen naar een aantal belangrijke gemeenschapsrechtelijke aspecten, waarover het het Hof de volgende prejudiciële vragen voorlegt:

„1) Moeten de beginselen van het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 28 (ex artikel 30) en volgende EG of andere bepalingen van het gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd, dat een lidstaat verplicht is belangrijke transitoroutes onvoorwaardelijk, of althans zoveel als mogelijk en redelijk is, te vrijwaren van alle beperkingen en belemmeringen, zulks onder meer ook door een op een transitoroute aangekondigde samenkomst met een politiek karakter niet toe te staan of

althans nadien te ontbinden, wanneer of zodra die samenkomst ook buiten de transitoroute met vergelijkbare publiciteit kan worden gehouden?

2) Vormt het feit dat een lidstaat in zijn nationale regels betreffende het recht en de vrijheid van vergadering niet heeft opgenomen, dat bij de afweging tussen de vrijheid van vergadering en het algemeen belang ook de beginselen van gemeenschapsrecht, vooral de fundamentele vrijheden en hier in het bijzonder de regels betreffende het vrije verkeer van goederen, in aanmerking moeten worden genomen, wanneer daardoor een 28 uur durende samenkomst met een politiek karakter wordt toegestaan en gehouden, waardoor samen met het reeds bestaande nationale algemene rijverbod op feestdagen een voor het intracommunautaire goederenvervoer wezenlijke route gedurende vier dagen — met een korte onderbreking van enkele uren — onder meer voor het grootste deel van het vrachtwagenverkeer wordt geblokkeerd, een inbreuk op het gemeenschapsrecht die, wanneer aan de overige voorwaarden is voldaan, voldoende ernstig is om als basis te dienen voor aansprakelijkheid van de lidstaat volgens de beginselen van gemeenschapsrecht?

3) Vormt het besluit van een nationale overheidsinstantie, een 28 uur durende samenkomst met een politiek karakter, waardoor samen met het reeds bestaande algemene rijverbod op feestdagen een voor het intracommunautaire goederenvervoer wezenlijke route gedurende vier dagen — met een korte onderbreking van enkele uren — onder meer voor het grootste deel van het vrachtwagenverkeer wordt geblokkeerd, niet te verbieden, zulks op grond van de overweging dat de bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder die betreffende het vrije verkeer van goederen en de algemene verplichting tot medewerking en trouw van artikel 10 (ex artikel 5) EG, zich daartegen niet verzetten, een inbreuk op het gemeenschapsrecht die, wanneer aan de overige voorwaarden is voldaan, voldoende ernstig is om als basis te dienen voor aansprakelijkheid van de lidstaat volgens de beginselen van het gemeenschapsrecht?

4) Moet de doelstelling van een door de bevoegde autoriteiten toegestane samenkomst met een politiek karakter, namelijk het streven naar een gezond milieu en het wijzen op de gevaren die de steeds sterkere toename van het transitoverkeer met vrachtwagens voor de volksgezondheid meebrengt, voorrang hebben op de regels van gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 28 EG?

5) Is reeds dan sprake van schade waarvoor de staat aansprakelijk kan worden gesteld, wanneer de gelaedeerde wel kan bewijzen dat is voldaan aan alle voorwaarden voor de verwerving van inkomsten, in casu de mogelijkheid van grensoverschrijdend goederenvervoer

met door hem geëxploiteerde, doch door de 28 uur durende samenkomst vier dagen stilstaande vrachtwagens, maar niet dat een concrete vervoerrit is uitgevallen?

6) Bij een ontkennend antwoord op de vierde vraag:

Gebieden de verplichting tot medewerking en trouw van de nationale autoriteiten, in het bijzonder van de rechterlijke instanties, als bedoeld in artikel 10 (ex artikel 5) EG en het doeltreffendheidsbeginsel, dat nationale materieelrechtelijke of procesrechtelijke regels waardoor de toewijzing van op het gemeenschapsrecht steunende vorderingen, zoals in casu de vordering wegens aansprakelijkheid van de staat, wordt beperkt, niet worden toegepast totdat over de inhoud van de op het gemeenschapsrecht steunende vordering, voorzover nodig na het verzoek aan het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing, volledige duidelijkheid is verkregen?"

15. Schriftelijke en mondelinge opmerkingen zijn bij het Hof ingediend door Schmidberger, de Oostenrijkse regering — als verweerster in het hoofdgeding en namens Oostenrijk als lidstaat overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG —, de Griekse, de Italiaanse en de Nederlandse regering en de Commissie. Ter terechtzitting zijn ook namens de Finse regering mondelinge opmerkingen gemaakt.

Ontvankelijkheid — Nationale regels inzake het bewijs van de schade — Vragen 5 en 6

16. In het hoofdgeding eist Schmidberger veroordeling van de Oostenrijkse Staat tot vergoeding van de schade die deze zou hebben veroorzaakt door niet-nakoming van zijn verplichting om overeenkomstig artikel 28 EG het vrije verkeer van goederen te waarborgen. Hoewel de voor het Hof aangevoerde argumenten grotendeels betrekking hebben op de omvang van deze verplichting en de vraag hoe deze moet worden verzoend met de uitoefening van bepaalde fundamentele mensenrechten, heeft de Oostenrijkse regering in casu een mogelijk nog fundamentelere kwestie opgeworpen, betreffende het bewijs van schade als voorwaarde voor schadevergoeding, die volgens haar twijfel doet rijzen omtrent de ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek. Deze vraag moet eerst worden behandeld.

17. De Oostenrijkse regering stelt in wezen dat Schmidberger geen bijzondere schade heeft weten aan te tonen, zodat niet behoeft te worden onderzocht of anderszins aan de voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid is voldaan.

18. De hier opgeworpen (reeks) kwestie(s) omvat twee aspecten. Aan de ene kant is er de vraag naar de ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek, aan de andere kant die naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale bepaling of regeling die kan leiden tot afwijzing van een schadevordering zonder dat deze volledig ten gronde is onderzocht. Deze kwestie is door de Oostenrijkse regering opgeworpen in verband met de vijfde vraag van de verwijzende rechter en lijkt eveneens van belang voor de zesde vraag. Ik zal daarom de vragen 5 en 6 meteen na het onderzoek van de ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek behandelen, aangezien deze kwesties nauw met elkaar samenhangen.

19. Alvorens hier verder op in te gaan, lijkt het evenwel nuttig eerst kort de toepasselijke rechtspraak van het Hof in herinnering te brengen.

Aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van het gemeenschapsrecht: recht op schadevergoeding

20. Sinds het arrest Francovich [8] staat vast dat lidstaten aansprakelijk kunnen zijn jegens een benadeelde persoon wegens schending van het gemeenschapsrecht. De regels inzake deze aansprakelijkheid zijn in een aantal zaken — wellicht het meest uitgebreid in het arrest Brasserie du Pêcheur [9] — nader uitgewerkt. Uit deze rechtspraak blijkt dat zij vergelijkbaar zijn met de regels inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap op grond van artikel 288 EG, zoals deze zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof. [10]

21. Het gemeenschapsrecht kent een recht op schadevergoeding toe wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en ten slotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en het door de benadeelde persoon geleden verlies. [11]

22. Deze drie voorwaarden zijn noodzakelijk en voldoende om voor particulieren een rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voortvloeiend recht op schadevergoeding in het leven te roepen, hoewel naar nationaal recht de staat ook onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn. Het staat aan de lidstaat om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken, met dien ver-

8 — Arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357).

9 — Arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029).

10 — Ibidem, punten 41 tot en met 43.

11 — Ibidem, punten 47 en 51.

stande dat de door de nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding vastgestelde voorwaarden 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. [12]

23. Het nationale recht van elke lidstaat dient de criteria te bepalen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding, die adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, teneinde een daadwerkelijke bescherming van de rechten van de benadeelde persoon te garanderen. Die criteria mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor gelijksoortige vorderingen overeenkomstig het nationale recht gelden, en in geen geval de vergoeding van de schade in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken. De nationale rechter kan onderzoeken of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, maar de totale uitsluiting van het verlies van een mogelijkheid om winst te maken als voor vergoeding in aanmerking komende schade kan niet worden aanvaard, aangezien dit, inzonderheid in verband met geschillen van economische of commerciële aard, de vergoeding van de schade feitelijk onmogelijk kan maken. [13]

24. Het gemeenschapsrecht kent dus een recht op schadevergoeding toe wanneer is voldaan aan drie voorwaarden. Voor de uitoefening van dit recht dient men zich echter in de eerste plaats te wenden tot de nationale rechter, overeenkomstig de nationale procedureregels. Bijzondere voorwaarde daarbij is dat de nationale regeling de beginselen van gelijkwaardigheid (de toegepaste criteria mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden) en doeltreffendheid (het verkrijgen van schadevergoeding mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt) eerbiedigt.

Verwijzingsbeschikking en argumenten van partijen

25. Met de vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of in dit kader een marktdeelnemer in de situatie van Schmidberger in staat moet zijn om schadevergoeding te vorderen wanneer hij wel kan bewijzen dat hij zonder de gestelde schending van het gemeenschapsrecht in de mogelijkheid was geweest inkomsten te verwerven (in de veronderstelling uiteraard dat de schending zelf kan worden aangetoond), maar niet dat de schending hem daadwerkelijk heeft verhinderd om concrete inkomsten te verwerven. De verwijzende rechter uit bovendien zijn twijfels over de gemeenschapsrechtelijke regels inzake de bepaling van de omvang van de schade: mag het nationale recht een schadevergoeding beperken tot specifieke identificeerbare en kwantificeerbare schade, of kan de schadevergoeding ook bijvoorbeeld op forfaitaire basis worden toegekend voor periodes van stilstand waarin geen winst kon worden gemaakt, zelfs wanneer het verlies van een concrete mogelijkheid om winst te maken niet kan worden aangetoond?

12 — Ibidem, punten 66 en 67.

13 — Ibidem, punten 82-87; zie ook arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 91).

26. Met de zesde vraag wordt in wezen gevraagd of de nationale rechter een vordering tot vergoeding van de schade die door een schending van het gemeenschapsrecht door de staat zou zijn veroorzaakt, mag afwijzen zonder eerst de gemeenschapsrechtelijke aspecten te onderzoeken, wanneer niet is voldaan aan de nationale wettelijke voorwaarden waaronder een recht op schadevergoeding ontstaat. Deze vraag is ingegeven door de verplichting van de nationale autoriteiten, inclusief de rechterlijke instanties, om overeenkomstig artikel 10 EG de naleving van de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, alsmede door de noodzaak om bij dergelijke vorderingen het doeltreffendheidsbeginsel te eerbiedigen. De verwijzende rechter lijkt zich met name af te vragen of de Oostenrijkse regels inzake de substantiëring van schadevorderingen, die de enige grond vormen op basis waarvan de rechter in eerste aanleg Schmidbergers vordering heeft afgewezen, niet te streng zijn om aan het doeltreffendheidsbeginsel te kunnen voldoen en gemeenschapsrechtelijk gerechtvaardigde vorderingen niet ten onrechte kunnen uitsluiten.

27. Oostenrijk beklemtoont dat de criteria voor het bepalen van de omvang van de schadevergoeding door het nationale recht moeten worden vastgelegd, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd. Naar Oostenrijks recht moet voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding het bestaan van werkelijke, niet hypothetische schade worden aangetoond. Schmidbergers vordering werd in eerste aanleg afgewezen, omdat een dergelijke werkelijke schade niet was aangetoond. Dit criterium geldt evenzeer voor vorderingen krachtens nationaal recht als voor vorderingen op grond van het gemeenschapsrecht, zodat het gelijkwaardigheidsbeginsel niet is geschonden. Evenmin wordt het verkrijgen van schadevergoeding hierdoor onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt, aangezien dit criterium in Oostenrijk steeds zonder problemen is toegepast, en nooit is gestuit op kritiek. Het ontbreken van het nodige bewijs van schade vormt bij een schadevordering een niet-ontvankelijkheidsgrond van openbare orde, zodat de vragen van de verwijzende rechter niet relevant zijn voor de oplossing van de zaak of, wanneer de zaak naar het Landesgericht wordt terugverwezen voor een nadere vaststelling van de feiten, hooguit prematuur zijn.

28. Schmidberger stelt te kunnen bewijzen dat door de blokkade zeven concrete ritten zijn uitgevallen, maar dat het in ieder geval mogelijk moet zijn om in een beroep tegen de staat wegens schending van het gemeenschapsrecht een vergoeding te verkrijgen voor de gederfde inkomsten. Om een daadwerkelijke bescherming van de rechten van de benadeelde persoon te garanderen, kan deze vergoeding forfaitair worden vastgesteld naar gelang van de lengte van de periodes van stilstand waarin geen inkomsten konden worden verworven. Door in de onderhavige zaak de vordering enkel op grond van nationale regels af te wijzen, zonder de gemeenschapsrechtelijke gegrondheid ervan te onderzoeken, heeft de rechter in eerste aanleg het gemeenschapsrecht volledig buiten beschouwing gelaten. Een dergelijke handelwijze levert een schending op van de op de nationale rechter rustende samenwerkingsplicht van artikel 10 EG, op grond waarvan hij een dergelijke vordering niet kan afwijzen zonder eerst de gemeenschapsrechtelijke aspecten het volledig te onderzoeken en desnoods vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Analyse

a) Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

29. Ik deel de twijfels van de Oostenrijkse regering op dit punt niet.

30. Volgens vaste rechtspraak van het Hof staat het uitsluitend aan de nationale rechter om zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij voorlegt; wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof in beginsel verplicht daarop te antwoorden. In uitzonderlijke gevallen kan het Hof ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid een onderzoek instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht. Het kan evenwel slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [14] In casu stelt de Oostenrijkse regering in wezen dat het vraagstuk van hypothetische aard is.

31. Zij heeft evenwel zelf gewezen op de mogelijkheid dat de zaak uiteindelijk pas na nadere vaststelling van de feiten zal worden afgedaan. Aangezien een verder feitelijk onderzoek overbodig is, mocht blijken dat het gemeenschapsrecht geen enkel aanknopingspunt biedt voor een vordering, is het niet onredelijk dat de verwijzende rechter, alvorens te besluiten over de noodzaak van een dergelijk onderzoek, nader wenst te worden ingelicht over alle eventueel relevante gemeenschapsrechtelijke aspecten. De antwoorden van het Hof kunnen relevant zijn voor dit besluit of beslissend zijn in een later stadium van de procedure. In de onderhavige zaak zijn de vragen niet hypothetisch, ook al zullen zij uiteindelijk misschien niet allemaal tot een oplossing kunnen bijdragen. Bovendien staat het aan de nationale rechter om te beslissen, in welke stand van het geding hij het Hof een prejudiciële vraag dient voor te leggen. [15]

b) Vragen 5 en 6

32. Deze vragen hebben betrekking op de toepassing van nationale regels inzake het bewijs van de schade, met name voorzover zij ertoe kunnen leiden dat van een nader onderzoek van een gemeenschapsrechtelijke schadevordering wordt afgezien.

14 — Zie recentelijk arrest van 19 februari 2002, Arduino (C-35/99, Jurispr. blz. I-1529, punten 24 en 25, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 — Zie bijvoorbeeld arrest van 30 maart 2000, JämO (C-236/98, Jurispr. blz. I-2189, punten 28-34, met name punten 30 en 32, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

33. Zoals gezegd, worden dergelijke vorderingen beheerst door het nationale recht, mits daarbij de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd. Aangezien er geen sprake is van discriminatie met betrekking tot de rechtsmiddelen of de te volgen procedure, is het gelijkwaardigheidsbeginsel niet in het geding en behoeft enkel te worden nagegaan of het doeltreffendheidsbeginsel in acht is genomen. De volgende opmerkingen kunnen de nationale rechter hierbij behulpzaam zijn.

34. Krachtens gemeenschapsrecht dient schade te worden vergoed wanneer is voldaan aan drie voorwaarden: (i) er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending door de staat van (ii) een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen en (iii) er bestaat een direct causaal verband tussen die schending en het geleden verlies. Inherent aan de laatste voorwaarde is het bestaan van schade. [16] Als er geen schade bestaat of als deze niet kan worden bewezen, dient elke schadevordering te worden afgewezen. Om het doeltreffendheidsbeginsel te eerbiedigen, mogen nationale regels het dus niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken om vergoeding te krijgen voor een bepaald soort schade of het bewijs te leveren van deze schade. Doen zij dit wel, dan mogen zij niet worden toegepast, noch voordat noch nadat de andere gemeenschapsrechtelijke aspecten zijn onderzocht.

35. In deze context is het niet nodig om de drie voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid in een bepaalde volgorde te onderzoeken. Aangezien zij cumulatief zijn, zal het ontbreken van één ervan volstaan om de vordering af te wijzen. Wanneer geen schade (en/of causaal verband) kan worden aangetoond, is het niet nodig om te onderzoeken of een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen is geschonden, en of de schending voldoende gekwalificeerd is. Integendeel, het vereiste van proceseconomie lijkt zich tegen een dergelijke aanpak te verzetten.

36. De verwijzende rechter wenst te vernemen of Schmidberger, ook al kan zij niet bewijzen dat een concrete rit is uitgevallen, kan slagen in haar vordering wegens inkomstenderving, enkel door aan te tonen dat zij zonder de gestelde schending van het gemeenschapsrecht in de mogelijkheid zou zijn geweest om inkomsten te verwerven. Zonder een nauwkeurige kennis van de inhoud en werking van de nationale regel(s) die aan het instellen van deze schadevordering in de weg kan (kunnen) staan, is het

16 — In beginsel kan ervan worden uitgegaan dat het gaat om materiële schade, die een economische waarde heeft die op zijn minst bij benadering bepaalbaar of berekenbaar is. Of ook immateriële schade, zoals morele ontreddering of reputatieschade, kan leiden tot schadevergoeding, lijkt nog niet te zijn onderzocht. In de praktijk lijkt het onwaarschijnlijk dat een dergelijke schade kan ontstaan als gevolg van een schending door de staat van een regel van gemeenschapsrecht die ertoe strekt rechten aan particulieren te verlenen.

evenwel moeilijk om hierover zeer duidelijke aanwijzingen te geven. [17]

37. Niettemin is het duidelijk dat elke marktdeelnemer die wordt gehinderd bij de uitoefening van zijn activiteiten economisch verlies lijdt en daarvoor in beginsel schadevergoeding moet kunnen krijgen. Als Schmidberger als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht door de Oostenrijkse autoriteiten zijn activiteiten niet heeft kunnen uitoefenen en aan de gemeenschappelijke voorwaarden voor schadevergoeding is voldaan, mag het Oostenrijkse recht deze niet uitsluiten.

38. Schmidbergers argument dat zij was verhinderd om een aantal concrete ritten uit te voeren, werd door het Landesgericht verworpen, kennelijk hoofdzakelijk op grond dat haar feitelijke verklaringen in de loop van de procedure waren gewijzigd en de data van een aantal overgelegde bewijsstukken achteraf leken te zijn veranderd, hetgeen afbreuk deed aan de geloofwaardigheid van de vordering.

39. De vrees van het Oberlandesgericht dat het toezicht op de nakoming van de door het Oostenrijkse recht opgelegde verplichting om volledig en correct alle feiten te vermelden die nodig zijn om een vordering te staven en al zijn argumenten correct naar voren te brengen, een belemmering kan vormen voor een onderzoek naar de gemeenschapsrechtelijke aspecten, lijkt mij in het licht van deze specifieke vaststellingen niet relevant. Wanneer een eiser zijn vordering baseert op de opzegging van concrete contracten, valt moeilijk in te zien hoe het vereiste dat hij zijn stel- en bewijsplicht volledig en correct nakomt, het voor hem uiterst moeilijk zou maken om zijn aanspraken te doen gelden.

40. Bovendien dient de beoordeling van de geloofwaardigheid voorbehouden te blijven aan de bevoegde nationale rechter. In casu is niet gebleken dat criteria zijn toegepast die het een partij uiterst moeilijk maken om haar rechten geldend te maken, of dat zelfs maar enig ander criterium is toegepast dan dat van de onafhankelijke en objectieve beoordeling door de rechter.

41. Het feit dat geen concrete opzeggingen kunnen worden bewezen, wil echter nog niet zeggen dat Schmidberger geen enkel verlies heeft geleden. De verwijzende rechter wijst erop dat dit verlies ook kan worden bewezen door een auditverslag of door een verklaring van verzoeksters accountant. Dergelijk bewijs kan ook relevant zijn om de omvang van een eventueel verlies te bepalen.

42. Het Landesgericht heeft Schmidbergers aanbod om een schriftelijke verklaring van

17 — § 1293 van het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (algemeen burgerlijk wetboek) maakt kennelijk een onderscheid tussen werkelijke schade en winstderving (damnum emergens et lucrum cessans), wat van belang kan zijn voor de bewijslevering. Zie U. Magnus (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001), Kluwer/European Centre of Tort and Insurance Law, blz. 10 en 11.

zijn belastingadviseur over te leggen afgewezen, op grond dat een dergelijke verklaring geen deskundigenrapport is, maar een weergave van wat de adviseur meent te weten, en niet kan worden bevestigd zonder ondersteunend bewijs. In ieder geval dient deze verklaring overeenkomstig de beginselen van het Oostenrijkse burgerlijk procesrecht rechtstreeks en mondeling aan de rechter te worden afgelegd.

43. Het vereiste dat bewijs rechtstreeks en mondeling aan de rechter wordt overgelegd, lijkt het geldend maken van een aanspraak niet uiterst moeilijk te maken; voor veel rechterlijke instanties lijkt dit zelfs de meest gangbare wijze van procederen. Het niet toelaten van een bepaald soort bewijsmiddelen kan echter in bepaalde omstandigheden als een hindernis worden aangemerkt. Wanneer een zakelijk verlies alleen kan worden aangetoond met een accountantsverklaring, lijkt een regel die het indienen van dergelijk bewijs verbiedt elke vordering in de weg te staan. Dit is echter enkel het geval wanneer er geen andere toelaatbare weg bestaat waarlangs dezelfde feiten zonder al te veel moeite kunnen worden aangetoond.

44. In dit verband zij er tevens aan herinnerd dat de bewijslast in de regel bij de eiser berust. Evenwel kan niet worden aanvaard dat procedureregels deze bewijslast zo zwaar maken dat een gemeenschapsrechtelijk gegrond beroep niet kan slagen, zoals het geval was in de zaak San Giorgio [18], waarin het Hof oordeelde dat wanneer in strijd met het gemeenschapsrecht heffingen zijn toegepast, een vermoeden dat of een bewijsregel die van de contribuabele het bewijs eist dat de onverschuldigd betaalde heffingen niet op anderen zijn afgewenteld, of bepaalde soorten bewijs uitsluit, ontoelaatbaar is.

45. Een ander punt dat de verwijzende rechter specifiek opwerpt, is de vraag of, indien het verlies van een mogelijkheid om winst te maken wel kan worden aangetoond, maar het exacte schadebedrag niet op betrouwbare wijze kan worden bepaald, er bijvoorbeeld een forfaitair bedrag kan worden toegekend voor elk uur dat de vrachtwagens stilstonden.

46. Het staat niet aan het Hof om voor te schrijven hoe de schadevergoeding in de diverse nationale rechtsstelsels dient te worden berekend. Opgemerkt zij slechts dat de vergoeding evenredig moet zijn met het verlies of de geleden schade. Voor de berekening van financiële schade dient in beginsel een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie waarin de benadeelde persoon zich ten gevolge van het betrokken schadegeval bevindt, en de (hypothetische) situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schade zich niet had voorgedaan. [19] Wanneer in de praktijk de schade aan de hand van deze methode niet nauwkeurig kan worden bepaald, lijkt het redelijk deze te vervangen door een abstracte, forfaitaire vergoeding, mits deze „evenredig is met het verlies of de geleden schade".

18 — Arrest Hof van 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Jurispr. blz. 3595, met name punt 14).

19 — Zie Magnus, op. cit., blz. 195 e.v., en de aldaar aangehaalde interne verwijzingen.

47. Wat het bewijsvraagstuk betreft, zij er tevens op gewezen dat een eiser in de situatie van Schmidberger een causaal verband moet aantonen tussen de betrokken schending en de geleden schade, en dat voor de beoordeling of de toepasselijke nationale regels aanvaardbaar zijn vergelijkbare overwegingen gelden als die welke ik hierboven heb uiteengezet.

48. Wanneer ten slotte alle voorwaarden voor schadevergoeding zijn vervuld, zou het zeker niet in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel wanneer de nationale rechter rekening hield met Schmidbergers eigen gedrag, door te onderzoeken of zij zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken [20], mede gelet op eventuele alternatieve routes of vervoerswijzen.

49. Samenvattend kan met betrekking tot de vijfde en de zesde vraag worden gesteld:

— volgens het gemeenschapsrecht moet een schadevordering tegen de staat kunnen worden ingesteld, wanneer de eiser kan aantonen dat hij verlies of schade lijdt die in direct causaal verband staat met een voldoende gekwalificeerde schending van een gemeenschapsrechtelijke regel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen;

— dit verlies of deze schade omvat het verlies van een mogelijkheid om winst te maken, indien aan alle andere voorwaarden voor schadevergoeding is voldaan;

— nationale regels die een vordering tot schadevergoeding voor dit verlies of deze schade uitsluiten, of die het voor de eiser onmogelijk of uiterst moeilijk maken het bestaan of de omvang van deze schade aan te tonen, mogen niet worden toegepast, noch voordat noch nadat de andere gemeenschapsrechtelijke aspecten zijn onderzocht;

— wanneer echter dergelijke regels ontbreken en de eiser het bestaan van dit verlies of deze schade niet kan aantonen, hoeft de nationale rechter bij wie de vordering aanhangig is niet de andere gemeenschapsrechtelijke aspecten te onderzoeken;

— de vergoeding moet evenredig zijn met het verlies of de geleden schade, maar kan, wanneer de financiële omvang daarvan niet nauwkeurig kan worden bepaald, ook op een passende forfaitaire grondslag worden berekend.

20 — Deze mogelijkheid is zelfs uitdrukkelijk erkend in het arrest Brasserie du pêcheur (punt 84).

Vrij verkeer van goederen en politieke demonstraties — „voldoende gekwalificeerde schending" van gemeenschapsrecht — vragen 1 tot en met 4

50. Met zijn eerste vier vragen verzoekt de verwijzende rechter om opheldering over een aantal samenhangende punten die van belang zijn indien schade en een rechtstreeks causaal verband kunnen worden aangetoond en hij moet bepalen of de Oostenrijkse autoriteiten een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht hebben begaan op grond waarvan zij jegens Schmidberger aansprakelijk zijn.

51. In de eerste plaats (vraag 1) wenst hij te vernemen of een lidstaat ingevolge artikel 28 EG verplicht is om de belangrijke transitoroutes open te houden om het vrije goederenverkeer te verzekeren en in hoeverre hij politieke demonstraties die deze routes blokkeren, moet verbieden; verder vraagt hij zich af of binnen de feitelijke context van het hoofdgeding (vraag 2) het ontbreken van een nationale wettelijke regeling die verplicht om bij de afweging tussen de vrijheid van vergadering en het algemeen belang rekening te houden met het beginsel van vrij goederenverkeer, dan wel (vraag 3) het feit dat een autoriteit besluit dat het gemeenschapsrecht geen aanknopingspunten biedt om het houden van een dergelijke demonstratie te verbieden, een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht vormt op grond waarvan een lidstaat aansprakelijk kan zijn; ten slotte (vraag 4) vraagt hij of de milieudoelstelling van een demonstratie voorrang kan hebben op de gemeenschapsregels betreffende het vrije verkeer van goederen.

52. Om te beginnen zal ik kort twee punten bespreken die grotendeels het antwoord bevatten op de vragen 2 en 4.

53. In de eerste plaats zijn, zoals met name de Griekse regering, de Commissie en de verwijzende rechter zelf hebben opgemerkt, nationale autoriteiten in ieder geval verplicht om te handelen in overeenstemming met de regels van het EG-Verdrag. Rechtstreeks werkende verdragsbepalingen behoeven geen specifieke omzetting in nationaal recht. Bovendien prevaleren zij wegens de voorrang of suprematie van het gemeenschapsrecht boven het daarmee strijdige nationale recht.[21] Daarom kan in casu een eventuele schending door de autoriteiten van deze bepalingen enkel voortvloeien uit het feit dat toestemming werd gegeven voor de demonstratie en niet uit het verzuim van de wetgever om te wijzen op de noodzaak om met het Verdrag rekening te houden.

54. In de tweede plaats is de bescherming van gezondheid en milieu in het Alpenge-

21 — Zie bijvoorbeeld arrest van 28 juni 2001, Larsy (C-118/00, Jurispr. blz. I-5063, punten 50-53).

bied weliswaar duidelijk een belangrijke zorg, maar de hier aan de orde zijnde vraag betreft niet een direct conflict tussen deze zorg en het vrije goederenverkeer. Naar mijn mening is het doel van de demonstratie niet relevant voor de beoordeling van de eventuele aansprakelijkheid van een lidstaat. Zoals verder zal blijken, kan een lidstaat weliswaar een schending van het gemeenschapsrecht worden verweten wanneer belemmeringen van het vrije goederenverkeer het gevolg zijn van acties van particulieren [22], doch enkel wanneer dit aan zijn eigen gedrag is te wijten, doordat hij niet het nodige heeft gedaan om deze acties te voorkomen. Voorzover het doel relevant kan zijn, gaat het enkel om het doel dat de autoriteiten voor ogen hadden toen zij toestemming gaven voor de demonstratie, en het lijkt erop dat de beweegredenen van de Oostenrijkse autoriteiten verband hielden met de constitutionele rechten van de betogers op vrijheid van meningsuiting en vergadering. Het concrete doel dat met het uitoefenen van deze vrijheden wordt nagestreefd, kan niet van belang zijn.

55. Derhalve behoeft de vierde vraag van de nationale rechter, in de vorm waarin zij is gesteld, niet te worden beantwoord. Wel moet worden onderzocht of de nationale autoriteiten zich kunnen baseren op overwegingen in verband met de constitutionele rechten van de betogers, een kwestie die ook door de verwijzende rechter naar voren is gebracht en waarover voor het Hof vrij uitvoerig is gedebatteerd.

56. De te bespreken vragen zijn dus:

i) of een tijdelijke sluiting van een belangrijke transitoroute als gevolg van een betoging door particulieren waarvoor de autoriteiten van een lidstaat toestemming hebben gegeven als een belemmering van het vrije verkeer van goederen kan worden aangemerkt die aan deze lidstaat is toe te rekenen en derhalve valt onder artikel 28 EG en volgende;

ii) of een dergelijke belemmering van het vrije verkeer van goederen niettemin kan worden gerechtvaardigd op grond van de constitutionele rechten van de betogers;

en

iii) of, indien een schending van artikel 28 EG en volgende wordt aangetoond, deze schending een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht vormt, op grond waarvan de betrokken lidstaat voor alle daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is.

22 — Arrest van 9 juli 1997, Commissie/Frankrijk (C-265/95, Jurispr. blz. I-6959, punten 31 en 32); zie ook, in een andere context, arrest van 21 september 1989, Commissie/Griekenland (68/88, Jurispr. blz. I-2965, punten 22-28); zie voor een nadere uiteenzetting hieronder, punten 68 e.v.

Belemmering van het vrije verkeer van goederen

57. Krachtens artikel 3, lid 1, sub c, EG omvat de Gemeenschap „een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen [...]".

58. Artikel 14, lid 2, EG definieert deze interne markt als „een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen [...] is gewaarborgd [...]".

59. Onder de titel „Het vrije verkeer van goederen" verbiedt artikel 28 EG kwantitatieve invoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten, terwijl artikel 29 een verbod instelt op kwantitatieve uitvoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking.

60. Artikel 10 EG bepaalt:

„De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak.

Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen."

61. Twee punten zijn vrij duidelijk.

62. In de eerste plaats is het in de artikelen 3, lid 1, sub c, 14, lid 2 en 28 EG en volgende neergelegde beginsel van het vrije verkeer van goederen zowel op in- en uitvoer als op doorvoer van goederen van toepassing. Wat de doorvoer betreft, vloeit dit impliciet voort uit artikel 30 EG en wordt dit bevestigd door de rechtspraak van het Hof. [23] Voor de onderhavige zaak is het dus niet van belang of de door de sluiting van de Brenner-autoweg getroffen goederen Oostenrijk worden in- of uitgevoerd of slechts worden doorgevoerd door dit land.

63. In de tweede plaats kan een tijdelijke afsluiting door een lidstaat van een belangrijke transitoroute een beperking vormen van het vrije goederenverkeer. Het Hof

23 — Zie bijvoorbeeld arrest van 26 september 2000, Commissie/Frankrijk (C-23/99, Jurispr. blz. I-7653).

heeft vastgesteld dat artikel 28 de afschaffing beoogt van alle al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmeringen van de invoerstromen in het intracommunautaire handelsverkeer.[24] Het heeft tevens geoordeeld dat maatregelen die het goederenverkeer tussen de lidstaten vertragen een beperking van het vrije verkeer van goederen vormen.[25] Ik ben geneigd het eens te zijn met de Oostenrijkse regering dat er zelfs op belangrijke transitoroutes geen absolute verplichting kan bestaan om de ongehinderde doorvoer van goederen te allen tijde en tot elke prijs te garanderen, waarvan de niet-nakoming steeds een schending van gemeenschapsrecht oplevert. Vertragingen als gevolg van bijvoorbeeld noodzakelijke wegwerkzaamheden zijn inherent aan het wegvervoer en aan de oorzaken daarvan kan wellicht niets worden gedaan. De oorzaken van de tijdelijke blokkade op de Brenner-autoweg waren evenwel niet inherent aan het wegvervoer en deze blokkade was niet onvermijdelijk. Hieruit volgt dat de omstreden blokkade in beginsel een beperking van het vrije goederenverkeer kan vormen.

64. Twee andere punten verdienen wellicht nadere beschouwing, namelijk de vraag of de gevolgen van de omstreden blokkade ernstig genoeg waren om te kunnen leiden tot toepassing van de verbodsbepalingen van het Verdrag en de vraag of deze blokkade aan de Oostenrijkse autoriteiten valt toe te rekenen.

— *De minimis*

65. Naar algemene opvatting geldt de de minimis-regel niet voor artikel 28 EG. Zoals ik reeds bij een eerdere gelegenheid heb opgemerkt[26], heeft het Hof evenwel aanvaard dat sommige beperkingen te onzekere en indirecte gevolgen hebben om als een belemmering van de handel te kunnen worden beschouwd. Naar mijn mening kunnen ook beperkingen die onbeduidend en van erg korte duur zijn onder deze categorie vallen. Zo lijkt het uitgesloten dat een korte vertraging van het verkeer op een weg die af en toe voor intracommunautair vervoer wordt gebruikt op een of andere wijze onder artikel 28 EG zou vallen. Een langere onderbreking op een belangrijke transitoroute is evenwel een andere zaak.

66. In casu is niet exact bekend in welke mate de transalpiene handelsstromen feitelijk zijn belemmerd door vertragingen of extra kosten; voorzover bekend is Schmidberger de enige die heeft geklaagd over de blokkades, al heeft zij tot nu toe geen feitelijke schade kunnen aantonen. Niettemin schijnt de — voornamelijk intracommunautaire — stroom van handelsgoederen die jaarlijks de Brenner-pas passeert

24 — Arrest Commissie/Frankrijk, C-265/95, aangehaald in voetnoot 22, punt 29.

25 — Arrest Commissie/Frankrijk, C-23/99, aangehaald in voetnoot 23, punt 22.

26 — In mijn conclusie in zaak PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. 2001, blz. I-2099, punt 204); zie arresten van 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 31); 21 september 1999, BASF (C-44/98, Jurispr. blz. I-6269, punt 16), en 13 januari 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Jurispr. blz. I-151, punt 30).

ongeveer 33 miljoen ton[27] te bedragen. Met name gelet op de 's nachts en in het weekend geldende beperkingen, vertegenwoordigt dit een niet te verwaarlozen handelsstroom, zelfs voor een periode van 28 uur waarin de route normaal gesproken open zou zijn geweest. Daar komt bij dat vrijwel alle vervoer over land tussen Italië en de rest van de Gemeenschap via een van de zeer weinige Alpenroutes moet verlopen.

67. Zo er al een de minimis-regel zou gelden, vormt een blokkade als in het onderhavige geval dus een te grote hinderpaal voor het vrije verkeer van goederen om daaronder te vallen.

— Toerekenbaarheid van de blokkade aan de Oostenrijkse autoriteiten

68. De betrokken beperking is in de eerste plaats het resultaat van autonome, vrijwillige gedragingen van particulieren, en pas in de tweede plaats van het feit dat de Oostenrijkse autoriteiten toestemming hebben gegeven voor de demonstratie. Valt de blokkade van de Brenner-autoweg (mede) aan deze autoriteiten toe te rekenen?

69. In het arrest Commissie/Frankrijk[28] onderzocht het Hof de passieve houding van de Franse autoriteiten tegenover de door particulieren en protestbewegingen van Franse landbouwers tegen landbouwproducten uit andere lidstaten gerichte gewelddaden, waarbij onder meer vrachtauto's die dergelijke producten in Frankrijk vervoerden werden onderschept en hun lading werd vernietigd, geweld werd gebruikt tegen de chauffeurs, Franse supermarkten die landbouwproducten uit andere lidstaten verkochten werden bedreigd, en deze producten in Franse winkels werden vernield.[29]

70. Het Hof merkte op dat artikel 28 EG niet alleen overheidsmaatregelen verbiedt, maar ook, met name in samenhang met artikel 10 EG, van toepassing kan zijn wanneer een lidstaat geen toereikende maatregelen vaststelt ter voorkoming van belemmeringen van het vrije goederenverkeer die het gevolg zijn van acties van particulieren op zijn grondgebied. Gelet op hun uitsluitende bevoegdheid ter zake van de handhaving van de openbare orde en de vrijwaring van de binnenlandse veiligheid, beschikken de lidstaten stellig over een beoordelingsmarge om uit te maken, welke maatregelen in een gegeven situatie het meest geschikt zijn, doch het staat aan het Hof om, rekening houdend met de boven-

27 — Cijfer van 1999, ontleend aan *Lack of coherence in forecasting traffic growth — The case of Alpine Traffic* [CEMT/CM(2001)21], overgelegd aan de Raad van ministers van de Europese conferentie van ministers van verkeer van 29 en 30 mei 2001 in Lissabon, blz. 59 en 72.

28 — Aangehaald in voetnoot 22.

29 — Punt 2 van het arrest.

vermelde beoordelingsvrijheid, na te gaan of de getroffen maatregelen geschikt zijn. [30]

71. Het Hof stelde vast dat de betrokken incidenten ernstige strafbare handelingen betroffen, die gedurende meer dan tien jaar regelmatig hadden plaatsgevonden, dat de Franse autoriteiten reeds herhaaldelijk was gewezen op hun plicht om het vrije goederenverkeer te verzekeren en dat deze autoriteiten nauwelijks preventief of strafrechtelijk waren opgetreden, ondanks het feit dat zij de incidenten vaak konden voorzien en de daders dikwijls konden worden geïdentificeerd. [31]

72. Het verweer dat gevreesd werd dat een vastberadener optreden van de autoriteiten nog heftiger reacties zou uitlokken, wees het Hof van de hand met de overweging: „[T]enzij zou vaststaan dat zijn optreden gevolgen voor de openbare orde zou hebben waaraan hij met de hem ter beschikking staande middelen niet het hoofd kan bieden, dient de betrokken lidstaat alle dienstige maatregelen te treffen om de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen, teneinde de correcte tenuitvoerlegging van dit recht in het belang van alle marktdeelnemers te verzekeren". [32]

73. Het Hof concludeerde derhalve dat de Franse regering, „door niet alle noodzakelijke adequate maatregelen te nemen om te verhinderen dat acties van particulieren het vrije verkeer van groenten en fruit belemmerden", de verplichtingen niet was nagekomen die op haar rustten krachtens artikel 28 EG in samenhang met artikel 10 EG (en krachtens de gemeenschappelijke marktordeningen voor landbouwproducten).

74. Voorts heeft de Raad na het arrest Commissie/Frankrijk — en tevens enkele maanden na de feiten in de onderhavige zaak — verordening nr. 2679/98 [33] vastgesteld, die de verplichtingen van de lidstaten verduidelijkt voor het geval dat het vrije verkeer van goederen wordt belemmerd door particulieren.

75. Deze verordening heeft betrekking op belemmeringen van het vrije goederenverkeer die toe te schrijven zijn aan een lidstaat, ongeacht of het gaat om het handelen of het niet-handelen van die lidstaat, die een inbreuk op de artikelen 28 EG en volgende kunnen vormen, en die (a) ernstige verstoringen van het vrije verkeer van goederen veroorzaken doordat de invoer van de goederen in, hun uitvoer uit of hun vervoer over het grondgebied van een lidstaat fysiek of op enige andere wijze wordt voorkomen, vertraagd of verlegd, (b) de benadeelde particulieren ernstige schade toebrengen en (c) onmiddellijk optreden

30 — Punten 30-35. (Het laatste punt is duidelijk van belang voor niet-nakomingszaken; in de context van een nationale schadevergoedingsprocedure is de rol van het Hof echter een heel andere: zie hieronder punt 113.)

31 — Punten 40-53.

32 — Punt 56.

33 — Verordening (EG) nr. 2679/98 van de Raad van 7 december 1998 inzake de werking van de interne markt wat het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten betreft (PB L 337, blz. 8).

vereisen om eventuele voortduring, uitbreiding of verergering van de verstoring of schade in kwestie te voorkomen. „Niethandelen" ziet op gevallen waarin de bevoegde autoriteiten van een lidstaat bij een door acties van particulieren veroorzaakte belemmering nalaten alle noodzakelijke en evenredige maatregelen te nemen waartoe zij bevoegd zijn om de belemmering op te heffen en het vrije verkeer van goederen op hun grondgebied te waarborgen. [34]

76. Wanneer zich een dergelijke belemmering voordoet, moet de betrokken lidstaat alle noodzakelijke en evenredige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat het vrije verkeer van goederen op zijn grondgebied overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag is gewaarborgd, en de Commissie op de hoogte houden. [35] Evenwel mag „deze verordening [...] niet zo worden geïnterpreteerd dat zij op enigerlei wijze afbreuk doet aan de uitoefening van de grondrechten zoals die in de lidstaten erkend zijn, met inbegrip van het stakingsrecht of de stakingsvrijheid". [36]

77. Schmidbergers opmerkingen steunen grotendeels op het arrest Commissie/Frankrijk, een volgens haar zeer vergelijkbaar precedent. In de thans aan de orde zijnde zaak werd een belangrijke transitoroute vier dagen lang afgesloten (de tijdens de feestdag en in het weekend geldende beperkingen meegerekend), wat een kennelijke belemmering van de intracommunautaire handel vormde. Schmidberger beklemtoont dat vrachtwagens gedurende die periode geen gebruik konden maken van de Brenner-autoweg en acht het irrelevant dat, anders dan in de Franse zaak, geen geweld werd gebruikt. Dergelijke incidenten kunnen zich met toestemming de regering herhalen, hetgeen dan ook in het jaar 2000, op dezelfde feestdag, is gebeurd.

78. In de andere bij het Hof ingediende opmerkingen wordt onderscheid gemaakt tussen deze twee zaken. Hoewel de afsluiting van een belangrijke transitoroute in beginsel een beperking van het vrije goederenverkeer vormt, verschillen de omstandigheden in de onderhavige zaak sterk van die in de zaak Commissie/Frankrijk. Er werd slechts één route geblokkeerd, en dit slechts eenmaal, voor een relatief korte periode; de blokkade had noch tot doel noch tot gevolg dat de invoer van goederen van een bepaalde soort of herkomst werd verhinderd; er vonden geen strafbare handelingen plaats.

79. Het is waar dat tussen deze twee zaken enkele belangrijke verschillen bestaan. In de onderhavige zaak werden geen gewelddaden of strafbare handelingen gepleegd, de protesten waren niet gericht tegen producten uit andere lidstaten, maar tegen het goederenvervoer in het algemeen, en de Brenner-autoweg is niet gedurende een periode van tien jaar regelmatig geblokkeerd geweest.

80. Aan de andere kant bevatten artikel 28 EG en volgende objectieve verboden op

34 — Artikel 1.
35 — Artikelen 3 en 4.
36 — Artikel 2.

beperkingen van het goederenverkeer. Het doel van degenen die verantwoordelijk zijn voor een beperking, of de classificatie ervan naar nationaal recht, is in beginsel niet relevant. De beperkende effecten op het intracommunautaire handelsverkeer kunnen dezelfde zijn wanneer de blokkade niet specifiek tegen buitenlandse producten is gericht of wanneer het gaat om een actie die door het nationale recht is toegestaan. Verder is artikel 28 EG ook van toepassing op maatregelen die het communautaire handelsverkeer slechts potentieel belemmeren. Het is duidelijk dat soortgelijke blokkades van de Brenner-autoweg in de toekomst opnieuw kunnen worden georganiseerd. Bovendien heb ik hierboven uiteengezet waarom de gevolgen van de betrokken beperking mijns inziens niet onaanzienlijk waren.

81. Daarom ben ik van mening dat de verschillen tussen de zaak Commissie/Frankrijk en de onderhavige zaak voornamelijk in aanmerking moeten worden genomen op het niveau van de rechtvaardiging van de omstreden blokkade (zie onderstaande analyse), en geen rechtstreekse invloed hebben op de toerekenbaarheid van de beperking aan de Oostenrijkse autoriteiten.

82. Aangaande de toerekenbaarheid heeft het Hof in de zaak Commissie/Frankrijk vastgesteld dat artikel 28 EG niet alleen overheidsmaatregelen verbiedt die als zodanig het handelsverkeer tussen de lidstaten beperken, maar ook van toepassing kan zijn wanneer een lidstaat niet de vereiste maatregelen heeft getroffen ter opheffing van belemmeringen van het vrije goederenverkeer die niet door de overheid zijn veroorzaakt.

83. Niemand in de onderhavige zaak ontkent dat op de lidstaten een algemene verplichting rust om belangrijke transitoroutes open te houden voor het vrije goederenverkeer. Deze verplichting krijgt een bijzondere betekenis in het geval van een lidstaat over wiens grondgebied de belangrijkste transitoroutes van het trans-Europees vervoersnet tussen twee andere lidstaten lopen. In de onderhavige zaak hebben de Oostenrijkse autoriteiten een door particulieren veroorzaakte belemmering van het vrije goederenverkeer niet verhinderd.

84. Hieruit volgt dat, ook al zou het gedrag van de Oostenrijkse autoriteiten niet rechtstreeks onder artikel 28 EG vallen, het op zijn minst onder artikel 28 EG en volgende juncto artikel 10 EG valt.

Rechtvaardiging

85. Voor een schending van het Verdrag is niet voldoende dat een beperking waarvoor de lidstaat verantwoordelijk is in beginsel

onder artikel 28 en volgende valt. Een dergelijke beperking kan op grond van artikel 30 EG of de „Cassis de Dijon"-rechtspraak gerechtvaardigd zijn. [37]

86. Krachtens artikel 30 EG vormt artikel 28 geen beletsel voor „beperkingen van [...] doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid [...]", mits zij geen „middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen". Op grond van de „Cassis de Dijon"-rechtspraak moeten beperkingen die niet zonder meer discriminerend zijn aanvaard worden, wanneer zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan dwingende vereisten van algemeen belang.

87. Bepaalde beperkingen, zoals de wijdverbreide, in verschillende lidstaten bestaande beperkingen van het wegvervoer 's nachts en in het weekend (waarvoor de Commissie beoogt harmonisatieregels op te stellen), kunnen hun rechtvaardiging vinden in de bescherming van milieu en gezondheid. Aan de andere kant is het duidelijk dat de passiviteit van de Franse autoriteiten in de zaak Commissie/Frankrijk niet door een legitiem doel van algemeen belang werd gerechtvaardigd.

37 — Arrest van 20 februari 1979, Rewe (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8).

88. In de onderhavige zaak meenden de Oostenrijkse autoriteiten toestemming te moeten geven voor de betoging omdat de betogers overeenkomstig de Oostenrijkse grondwet hun fundamentele rechten op het gebied van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering uitoefenden.

89. Dit lijkt de eerste zaak te zijn waarin een lidstaat de noodzaak tot bescherming van fundamentele rechten heeft ingeroepen om een beperking van een van de fundamentele vrijheden [38] van het Verdrag te rechtvaardigen. Dat dit soort zaken zich tot nu toe niet vaak heeft voorgedaan, kan daaraan gelegen zijn dat beperkingen van de fundamentele vrijheden van het Verdrag doorgaans niet worden opgelegd ter bescherming van de fundamentele rechten van particulieren, maar ten behoeve van doelstellingen van meer algemeen belang, zoals volksgezondheid of consumentenbescherming. Het is evenwel denkbaar dat dergelijke zaken zich in de toekomst vaker zullen voordoen. Veel van de thans door het Hof aanvaarde rechtvaardigingsgronden kunnen ook worden beschouwd als berustend op overwegingen inzake fundamentele rechten. [39]

90. Het is van belang eerst een duidelijk onderscheid te maken tussen de in de onderhavige zaak gerezen vraag en de in eerdere zaken aan de orde gestelde vragen.

38 — Deze term mag niet worden verward met die welke wordt gebruikt in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, waarvan de volledige titel luidt: „Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden".

39 — Zie zaak Omega (C-36/02, thans bij het Hof aanhangig).

91. In de zaak ERT [40] heeft het Hof, onder verwijzing naar de zaken Cinéthèque [41] en Demirel [42], vastgesteld:

„Zodra [een nationale] regeling binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht komt, moet het Hof ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om de verenigbaarheid te kunnen beoordelen van die regeling met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het Europees Verdrag zijn neergelegd."

92. Op basis van deze algemene formule heeft het Hof in de zaak ERT vastgesteld dat een lidstaat die zich baseert op een van de aanvaarde rechtvaardigingsgronden (zoals de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid) om een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid (bijvoorbeeld het vrij verrichten van diensten) te beperken, de door het gemeenschapsrecht erkende fundamentele rechten dient te eerbiedigen.

93. Reeds vóór de zaak ERT heeft het Hof vastgesteld dat lidstaten bij de uitvoering van gemeenschapsrecht in overeenstemming met dergelijke fundamentele rechten dienen te handelen. [43]

94. De onderhavige zaak is in zoverre anders, dat hier een lidstaat zich beroept op de noodzaak tot eerbiediging van in zijn grondwet neergelegde fundamentele rechten om een beperking van een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid te rechtvaardigen.

95. In een dergelijk geval dient het Hof naar mijn mening dezelfde tweetrapsbenadering te volgen als bij het onderzoek naar de traditionele rechtvaardigingsgronden, zoals openbare orde en veiligheid, die eveneens betrekking hebben op een concrete situatie in de betrokken lidstaat. Derhalve moet worden onderzocht

a) of Oostenrijk met haar beroep op de door het Oostenrijkse recht erkende specifieke fundamentele rechten een gemeenschapsrechtelijk legitiem doel van algemeen belang nastreeft dat een beperking van een fundamentele vrijheid van het Verdrag kan rechtvaardigen;

en

40 — Arrest van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925).

41 — Arresten van 11 juli 1985, Cinéthèque/Fédération nationale des cinémas français (60/84 en 61/84, Jurispr. blz. 2605).

42 — Arrest van 30 september 1987, Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd (12/86, Jurispr. blz. 3719).

43 — Arrest van 13 juli 1989, Wachauf (C-5/88, Jurispr. blz. 2609, punt 19).

b) zo ja, of de betrokken beperking evenredig is met het nagestreefde doel.

— Het nagestreefde doel

96. Op het eerste gezicht mag het een overdreven en ongepaste inmenging lijken zich af te vragen of een lidstaat die zich beroept op de door zijn eigen rechtsorde erkende specifieke fundamentele rechten, een legitiem doel van algemeen belang nastreeft.

97. Men zou zich evenwel een (puur hypothetische) rechtsorde kunnen voorstellen van een lidstaat die uitdrukkelijk het fundamentele recht erkent om te worden beschermd tegen oneerlijke mededinging van andere, met name buitenlandse ondernemingen; of nationale rechtspraak die een vergelijkbaar recht erkent als onderdeel van het fundamentele recht om economische activiteiten te verrichten of van het fundamentele eigendomsrecht. Bovendien moet worden bedacht dat hoewel uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens blijkt dat er een basisconsensus bestaat over een kern van als fundamenteel aan te merken rechten, er tussen de grondrechten van de lidstaten toch een aantal verschillen bestaan, die doorgaans een weerspiegeling vormen van de geschiedenis en de specifieke politieke cultuur van een bepaalde lidstaat.

98. Het valt dan ook niet zonder meer uit te sluiten dat een lidstaat die zich beroept op de noodzaak tot bescherming van een door het nationale recht erkend fundamenteel recht, niettemin een doel nastreeft dat gemeenschapsrechtelijk als onrechtmatig moet worden beschouwd.

99. De onderhavige zaak is evenwel eenvoudiger.

100. Zoals gezegd beroepen de Oostenrijkse autoriteiten zich op de fundamentele vrijheden van meningsuiting en vergadering zoals die zijn erkend in de Oostenrijkse rechtsorde.

101. In de communautaire rechtsorde beschermt het Hof dezelfde, althans zeer vergelijkbare rechten als algemene rechtsbeginselen. Het is vaste rechtspraak dat „de fundamentele rechten [...] integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het Hof verzekert. Daarbij laat het Hof zich leiden door de constitutionele tradities welke aan de lidstaten gemeen zijn, alsmede door de aanwijzingen die de internationale wilsverklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens verschaffen, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten [...]. Aan het

Europees Verdrag komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe".[44] Artikel 6, lid 2, EU bevestigt dat de Unie de grondrechten dient te respecteren zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities welke aan de lidstaten gemeen zijn. Artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens waarborgt de vrijheid van meningsuiting, inclusief „de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen". Verder waarborgt artikel 11 van het Europees Verdrag het recht van vreedzame vergadering en vereniging. De vrijheden van meningsuiting en vergadering werden recentelijk in de artikelen 11 en 12 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevestigd.[45]

102. Mijns inziens streeft een lidstaat die tracht gemeenschapsrechtelijk erkende fundamentele rechten te beschermen, per definitie een legitiem doel na. Het gemeenschapsrecht kan lidstaten niet verbieden dezelfde doelen na te streven als die welke de Gemeenschap zelf dient na te streven.

103. Hieruit volgt dat Oostenrijk een legitiem doel van algemeen belang nastreefde dat een beperking van een fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen, toen het de fundamentele vrijheden van vergadering en meningsuiting van de betogers wilde beschermen.

— Evenredigheid

104. De volgende vraag is of het feit dat de demonstratie is toegestaan, de toets van het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan.

105. Mijns inziens moet de door een lidstaat gestelde noodzaak tot bescherming van fundamentele rechten worden getoetst aan het normale evenredigheidscriterium. De situatie is vergelijkbaar met die in zaken die de nationale openbare orde of veiligheid betreffen. In beide situaties gaat het om de uniforme toepassing en de doeltreffendheid van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden.

106. Wanneer de beperking echter, zoals in casu, in de eerste plaats aan particulieren valt toe te rekenen, is het wellicht minder aangewezen een al te strikt evenredigheidscriterium te hanteren. De vraag is niet zozeer wat de Oostenrijkse autoriteiten hebben ondernomen, maar of zij hebben nagelaten om activiteiten van anderen te verhinderen, en wat zij daarvoor hadden moeten ondernemen. Hoewel een lidstaat

44 — Arrest ERT, aangehaald in voetnoot 40, punt 41. Naast dergelijke algemene verklaringen kan met betrekking tot de vrijheden van meningsuiting en vergadering bijvoorbeeld worden gewezen op de arresten van 8 juli 1999, Montecatini/Commissie (C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 137), en 6 maart 2001, Connolly//Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punten 37 e.v.).

45 — Plechtig afgekondigd op 7 december 2000 in Nice door het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PB C 364, blz. 1.

een fundamentele vrijheid van het Verdrag actief moet beschermen tegen een inbreuk door particulieren, beschikt hij hierbij ongetwijfeld over een beoordelingsmarge om uit te maken wanneer hij optreedt en welke maatregelen het meest geschikt zijn om deze inbreuk weg te nemen of te beperken. [46]

107. In casu wijzen een aantal factoren erop dat de Oostenrijkse autoriteiten de grenzen van hun beoordelingsvrijheid niet hebben overschreden en dat het toestaan van de demonstratie geen belemmering van het vrije goederenverkeer veroorzaakte die onevenredig was met het nagestreefde doel. [47]

108. In de eerste plaats ging het hier om een verstoring van relatief korte duur en om een op zich staand geval, net zoals de enige soortgelijke verstoring waarvan melding is gemaakt en die ongeveer twee jaar daarna plaatsvond, een geïsoleerd geval betrof. In casu duurde de blokkade 28 uur, gedurende welke de autoweg normaliter open zou zijn geweest. Dat deze periode nauw aansloot op andere periodes gedurende welke de autoweg in ieder geval gesloten was voor bepaalde soorten goederentransport, kan een weloverwogen keuze van de betogers zijn geweest, doch men kan de blokkade niet op kunstmatige wijze dusdanig uitbreiden dat zij ook die andere periodes omvat. (Overigens zij erop gewezen dat de tijdens weekenden, feestdagen en nachten geldende beperkingen volledig in overeenstemming zijn met de verplichtingen van Oostenrijk — en de Gemeenschap — in het kader van de Alpenovereenkomst).

109. In de tweede plaats zijn maatregelen getroffen om de veroorzaakte verstoring te beperken. Het ging om serieuze maatregelen waarbij aanzienlijke middelen zijn ingezet, al zijn niet alle details ervan aan het Hof meegedeeld en bestrijdt Schmidberger de verklaringen van de Oostenrijkse regering over de beschikbaarheid van railwegvervoerfaciliteiten.

110. In de derde plaats zouden overdreven beperkingen met betrekking tot de betoging zelf de betogers hebben kunnen beroven van de rechten die de autoriteiten juist wilden beschermen. Zowel Schmidberger als de verwijzende rechter wijst erop dat de betoging ook in de nabijheid van de autoweg had kunnen plaatsvinden of in de tijd had kunnen worden beperkt, zodat zij geen noemenswaardig oponthoud zou hebben veroorzaakt. De betogers hadden hun standpunt evenwel veel minder kracht kunnen bijzetten wanneer zij de autoweg niet lang genoeg hadden geblokkeerd om „pijn te doen". Hun oproepen aan de nationale en gemeenschapsautoriteiten om

46 — Zoals blijkt uit het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 22. In het Verenigd Koninkrijk heeft het House of Lords zich in dezelfde zin uitgelaten in R v Chief Constable of Sussex ex parte International Traders Ferry Ltd [1999] 2 AC 418.

47 — Er zij aan herinnerd dat het doel van de betoging op zich niet relevant is voor de beoordeling van de bescherming van de vrijheden van meningsuiting en vergadering; zie punt 54 supra.

actie te ondernemen zouden weinig weerklank hebben gevonden, wanneer zij hun betoging hadden moeten houden op een veld naast de autoweg of men hen slechts een korte, symbolische verkeersblokkade had toegestaan.

111. Het is zelfs denkbaar dat dergelijke beperkingen reacties zouden hebben uitgelokt die tot een grotere verstoring zouden hebben geleid dan een geplande en in samenwerking met de autoriteiten gecontroleerde betoging. Anderzijds heeft het feit dat de betoging is toegestaan slechts een tijdelijke belemmering van het vrije goederenverkeer veroorzaakt; de permanente handelsstroom door de Brenner-pas werd niet in dezelfde mate gestremd als de vrijheden van de betogers zouden zijn aangetast indien de betoging helemaal niet was toegestaan.

112. Gelet op het voorgaande kan duidelijk worden gesteld dat in de omstandigheden van het onderhavige geval geen sprake is van schending van artikel 28 EG.

Voldoende gekwalificeerde schending

113. Er zij evenwel aan herinnerd dat het hier niet gaat om een declaratoire vordering om te doen vaststellen dat de betrokken lidstaat het Verdrag heeft geschonden. Het hoofdgeding betreft een vordering tot schadevergoeding en daarvoor moet niet enkel een schending van het gemeenschapsrecht worden aangetoond; deze schending dient tevens „voldoende gekwalificeerd" te zijn.

114. Het beslissende criterium om uit te maken of een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, is of de lidstaat, in het bijzonder bij de uitoefening van zijn wetgevende bevoegdheid, de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid kennelijk en ernstig heeft overschreden — een kwestie die in beginsel door de nationale rechter dient te worden beslecht. Het Hof heeft daar evenwel mogelijke criteria voor opgesteld. Elementen die in de beschouwing kunnen worden betrokken, zijn onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge van de nationale autoriteiten, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, alsmede de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is. Een schending die na het arrest van het Hof waarin zij is vastgesteld blijft voortbestaan, of waarvan het bestaan duidelijk blijkt uit de rechtspraak van het Hof, vormt altijd een voldoende gekwalificeerde schending, en wanneer de nationale autoriteiten geen beoordelingsmarge hebben, zal een schending van het gemeenschapsrecht altijd leiden tot aansprakelijkheid. [48]

48 — Arrest Brasserie du Pêcheur, punten 55-57; zie bijvoorbeeld ook arresten van 26 maart 1996, British Telecommunications (C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 42), en 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a. (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 25).

115. De rechtspraak op dit terrein gaat vooral over het vaststellen, handhaven of afdwingen van regels, dan wel over het verzuim om deze vast te stellen, en niet zozeer — zoals in de onderhavige zaak — over individuele administratieve handelingen. Twee punten zijn nochtans duidelijk: de vraag rijst enkel wanneer een lidstaat de grenzen van zijn gemeenschapsrechtelijke beoordelingsvrijheid heeft overschreden, en het begrip „gekwalificeerd" heeft betrekking op de wijze waarop dit is geschied.

116. Beslissend is daarom de vraag: hebben de Oostenrijkse autoriteiten, door de demonstratie toe te staan, de grenzen van hun beoordelingsvrijheid kennelijk zo ernstig overschreden dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht in de zin van de Brasserie du Pêcheur-rechtspraak?

117. Naar mijn mening volgt uit bovenstaande overwegingen inzake de evenredigheid, volgens welke het gezien de omstandigheden van deze zaak hoogst twijfelachtig is of de Oostenrijkse autoriteiten een schending van het gemeenschapsrecht hebben begaan, dat een dergelijke schending in ieder geval onvoldoende gekwalificeerd zou zijn om te kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van Oostenrijk. In het bijzonder de relatief korte duur en het geïsoleerde karakter van de verkeersonderbreking, alsmede de door de autoriteiten getroffen maatregelen om de verstorende gevolgen van de demonstratie te beperken, tonen aan dat de Oostenrijkse autoriteiten de grenzen van hun beoordelingsvrijheid niet kennelijk en ernstig hebben overschreden.

118. Samenvattend, en op grond van de aangevoerde feiten, ben ik van mening dat de nationale rechter zou kunnen vaststellen dat het geven van toestemming,

— teneinde burgers in staat te stellen gebruik te maken van hun vrijheden van meningsuiting en van vergadering,

— voor een betoging die eenmalig een van de belangrijke transitoroutes door de Alpen gedurende een periode van 28 uur zou blokkeren,

— waarbij vooraf passende maatregelen waren getroffen om te verzekeren dat de verstoring van het goederenvervoer ver genoeg ging om de betoging het nodige effect te doen sorteren, maar niet verder dan voor dat doel noodzakelijk was,

geen voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht oplevert om te leiden tot de aansprakelijkheid van de staat jegens personen die als direct gevolg van de betoging verlies of schade hebben geleden.

Conclusie

119. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door het Oberlandesgericht Innsbruck voorgelegde vragen als volgt te beantwoorden:

— „Volgens het gemeenschapsrecht moet een schadevordering tegen de staat kunnen worden ingesteld wanneer de eiser kan aantonen dat hij verlies of schade lijdt die in direct causaal verband staat met een voldoende gekwalificeerde schending van een gemeenschapsrechtelijke regel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen.

— Dit verlies of deze schade omvat het verlies van een mogelijkheid om winst te maken indien aan alle andere voorwaarden voor schadevergoeding is voldaan.

— Nationale regels die een vordering tot schadevergoeding voor dit verlies of deze schade uitsluiten, of die het voor de eiser onmogelijk of uiterst moeilijk maken het bestaan of de omvang van deze schade aan te tonen, mogen niet worden toegepast.

— Wanneer echter dergelijke regels ontbreken en de eiser het bestaan van dit verlies of deze schade niet kan aantonen, hoeft de nationale rechter bij wie de vordering aanhangig is niet de andere gemeenschapsrechtelijke aspecten te onderzoeken.

— De vergoeding moet evenredig zijn met het verlies of de geleden schade, maar kan, wanneer de financiële omvang daarvan niet nauwkeurig kan worden bepaald, ook worden berekend op een passende forfaitaire basis.

— Het feit dat een lidstaat in zijn nationale wetgeving niet heeft bepaald dat rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in acht moeten worden genomen, kan geen schending van het gemeenschapsrecht vormen.

— Het specifieke doel van een politieke betoging is niet relevant voor het antwoord op de vraag of het feit dat de autoriteiten van een lidstaat deze hebben toegestaan een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht vormt op grond waarvan de lidstaat aansprakelijk is.

— Gelet op de feiten van deze zaak zoals zij voor het Hof zijn uiteengezet, zou de nationale rechter kunnen vaststellen dat het geven van toestemming,

  — teneinde burgers in staat te stellen gebruik te maken van hun vrijheden van meningsuiting en van vergadering,

  — voor een betoging die eenmalig een van de belangrijke transitoroutes door de Alpen gedurende een periode van 28 uur zou blokkeren,

— waarbij vooraf passende maatregelen waren getroffen om te verzekeren dat de verstoring van het goederenvervoer ver genoeg ging om de betoging het nodige effect te doen sorteren, maar niet verder dan voor dat doel noodzakelijk was,

geen voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht oplevert om te leiden tot de aansprakelijkheid van de staat jegens personen die als direct gevolg van de betoging verlies of schade hebben geleden."